



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**

**RESOLUCIÓN NÚMERO 093 DE 13 MAYO 2019**

( )

"Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

**EL DIRECTOR DE COMERCIO EXTERIOR**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confiere el artículo 18 del Decreto Ley 210 de 2003 modificado por el artículo 3 del Decreto 1289 de 2015, el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1750 de 2015 y

**CONSIDERANDO**

Que mediante la Resolución 121 del 2 de agosto de 2017, publicada en el Diario Oficial 50.314 del 3 de agosto de 2017, la Dirección de Comercio Exterior ordenó la apertura de una investigación de carácter administrativo con el objeto de determinar la existencia, grado y efectos en la rama de la producción nacional, de un supuesto dumping en las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00 originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, 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 a la investigación administrativa abierta por la Dirección de Comercio Exterior le correspondió el expediente D-087-03/573-02/023-01-95, en el cual se encuentran los documentos y pruebas allegadas por todos los intervinientes en la misma.

Que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto 1750 de 2015, se informó la apertura de investigación y se enviaron comunicaciones a los importadores y comercializadores en Colombia, a los exportadores y productores extranjeros a través de los representantes diplomáticos de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania en Colombia para su conocimiento y divulgación a los Gobiernos de dichos países, así como las direcciones de Internet para descargar la citada resolución y los cuestionarios para los productores/exportadores de dichos países.

Que de conformidad con el mencionado artículo 28, mediante aviso publicado en el Diario Oficial 50.320 del 9 de agosto 2017, se 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.

Que de acuerdo con lo señalado en el Decreto 1750 de 2015, la Autoridad Investigadora garantizó la participación y el derecho de defensa de las partes interesadas, y en general, de quienes acreditaron interés en la investigación, a través de comunicaciones, envío y recibo de cuestionarios, práctica de pruebas, visitas de verificación, audiencia pública, reuniones técnicas con la Autoridad Investigadora, alegatos, envío de los hechos esenciales de la investigación y comentarios frente a dichos hechos esenciales.

Que por medio de la Resolución 191 del 1º de noviembre de 2017, publicada en el Diario Oficial 50.406 del 3 de noviembre de 2017, se determinó continuar con la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 121 de 2017, sin imposición de derechos antidumping provisionales a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético),

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00 originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania.

Que mediante Resolución 257 del 9 de noviembre de 2018, publicada en el Diario Oficial 50.772 del 9 de noviembre de 2018, previa recomendación del Comité de Prácticas Comerciales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 y 87 del Decreto 1750 de 2015, la Dirección de Comercio Exterior dispuso la terminación de la investigación administrativa abierta mediante Resolución 121 de 2017, con la imposición de derechos antidumping definitivos por un término de dos (2) años, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de dicha resolución, a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00; originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, en la forma de un gravamen ad-valorem, el cual se liquidará sobre el valor FOB declarado por el importador, adicional al arancel vigente en el Arancel de Aduanas Nacional de la siguiente manera:

De Bélgica: - MYDIBEL S.A.: 8,01%

De Países Bajos (Holanda): - AVIKO B.V.: 3,64%  
- DEMÁS EXPORTADORES: 44,52% (excepto FARMFRITES B.V.)

De Alemania: - AGRARFROST GMBH & CO. KG.: 3,21%

## I. SOLICITUDES DE REVOCATORIA DIRECTA

La Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia, en representación de la Comisión Europea, mediante escrito No. 1-2019-006319 de fecha marzo 01 de 2019, presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución 257 de 2018.

Adicionalmente, el representante legal de la empresa alemana AGRARFROST BETERILIGUNGS GmbH<sup>2</sup> (en adelante AGRARFROST), a través del escrito No. 1-2019-007335 de fecha marzo 11 de 2019, presentó solicitud de revocatoria directa parcial contra la misma Resolución.

Los solicitantes en mención, fundamentan sus solicitudes en las causales y argumentos de hecho y de derecho citados a continuación:

### 1. PETICIÓN DE LA JEFE DE LA DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN COLOMBIA

Solicita se revoque la Resolución 257 de 2018, manifestando infringe el Decreto 1750 de 2015, la Ley 170 de 1994 y el Acuerdo Antidumping de la OMC, en tanto considera que el cálculo de los márgenes de dumping no cumple con el principio básico de una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal, reflejado en las leyes mencionadas anteriormente y confirmado por diversa jurisprudencia de la OMC.

En concreto, señala que los cálculos del margen de dumping son incorrectos porque Colombia ha interpretado erróneamente, en este caso la legislación y la jurisprudencia de la OMC sobre el principio de comparación equitativa (artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC) e incurre en una serie de errores e inconsistencias de cálculos que violan este principio. Además, plantea que Colombia no ha evaluado todos los hechos reflejados en el expediente y, por lo tanto, la Autoridad Investigadora actuó de manera incompatible con el artículo 6.8 y el Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC.

Por lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en la solicitud de revocatoria directa, se tiene que la misma se fundamenta en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en adelante CPACA), esto es, "1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley", lo que a su parecer, se presenta debido a los puntos que se resumen a continuación:

#### 1.1 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE COMPARACIÓN EQUITATIVA

Señala la solicitante que el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping de la OMC establece la obligación de la Autoridad Investigadora de realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal, y de reflejar las diferencias que afectan la comparabilidad de los precios,

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

incluidas las diferencias en las características físicas y cualquier otra diferencia demostrada que afecte a la comparabilidad de precios.

Que en la legislación colombiana, esta obligación se refleja en los artículos 10 a 14 del Decreto No. 1750 de 2015, concretamente en el artículo 10 que dispone que "El precio de exportación y el valor normal se deberán examinar sobre una base comparable equitativa."

Afirma la peticionaria que las autoridades colombianas no tomaron en consideración para el cálculo de los márgenes de dumping de MYDIBEL, AVIKO y AGRARFROST el hecho de que el producto investigado se produce y vende en diferentes tipos/modelos en los mercados nacional y colombiano, y que estos tienen diferentes características, tales como el corte o la longitud, diferentes costos de producción y diferentes precios de venta. Lo anterior a pesar de que hay muchos datos en el expediente de la investigación que revelan que las empresas, desde el principio de la investigación, demostraron y reclamaron repetidamente la existencia de estas diferencias que afectan la comparabilidad de los precios.

Sostiene que al comparar el valor normal promedio con un precio de exportación promedio, las autoridades colombianas ignoraron el hecho que había una mayor proporción de modelos más caros vendidos en el mercado nacional en comparación con el mercado de exportación, lo cual creó un margen de dumping artificial, que no hubiera existido si los ajustes necesarios - para reflejar las diferencias de cada modelo- se hubieran realizado correctamente o si se hubiera realizado una comparación por modelos según lo exigido por la jurisprudencia pertinente. Añade que Colombia interpretó erróneamente la jurisprudencia de la OMC a la que alude en el escrito de revocatoria directa, para concluir sin ninguna explicación que no hay obligación de hacer ajustes a pesar de las anteriores circunstancias.

Considera que, sin embargo, lo anterior se basa en una lectura selectiva y errónea de la jurisprudencia que, cuando se lee en extenso, confirma la necesidad de reflejar en el cálculo del margen de dumping cualquier diferencia que afecte la comparabilidad de precios demostrada por los exportadores, ya sea mediante comparaciones de tipo/modelo o haciendo ajustes a cada transacción.

Para el efecto, el solicitante transcribe en su integridad el contenido de los párrafos 7.297 y 7.298 del Informe del Grupo Especial – EC "Determinados elementos de fijación de hierro o acero (China)", para concluir que al no realizar un cálculo por modelo/tipo de producto, ni tampoco realizar ajustes para cada diferencia – entre los modelos/tipos - que afecta a la comparabilidad de precios mediante ajustes individuales por transacción, Colombia está violando claramente la Ley colombiana y el Acuerdo Antidumping de la OMC.

Así mismo, la peticionaria hace referencia a los párrafos 6.116 y 6.117 del Informe del Grupo Especial – Argentina Baldosas de cerámica para el suelo, WT/DS189/R 28 Sept 2001-, para referirse a la obligación de considerar las diferencias en las características físicas.

Argumenta que Colombia utilizó sin ninguna razón sus estadísticas oficiales de importación (DIAN) para determinar el precio de exportación de los productores europeos, en lugar de utilizar las respuestas a los cuestionarios que había solicitado, y que contenían precios de exportación detallados para cada tipo/modelo de producto. Así mismo manifiesta que según los párrafos 3 y 6 del Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC, las respuestas al cuestionario son la fuente principal de información en las investigaciones antidumping y solo pueden ser ignoradas en circunstancias muy específicas que no se presentan en este caso. Es decir, rechazar información "verificable presentada adecuadamente de modo que pueda utilizarse en la investigación sin dificultades excesivas" sin una razón y sin dar la oportunidad de proporcionar más explicaciones, es contrario a los citados párrafos.

Señala que una Autoridad Investigadora solo puede rechazar la información debidamente proporcionada por las partes interesadas y utilizar los hechos de que se tenga conocimiento (artículo 6.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC), como los datos de la DIAN, "en los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación", lo que claramente no fue el caso en esta investigación.

Finalmente, menciona que en los casos en que las autoridades colombianas efectivamente aplicaron ajustes para asegurar una comparación equitativa, lo hicieron de manera inconsistente entre los tres exportadores involucrados u obviaron hacer ajustes debidamente demostrados:

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

#### **A. Ajuste por costos de empaque aplicado inconsistentemente a MYDIBEL**

Indica la peticionaria que Colombia ajustó el precio de exportación a la baja pero se negó a ajustar al mismo tiempo el valor normal para el mismo tipo de costo, lo cual resulta inconsistente con la metodología utilizada para AGRARFROST o AGRISTO, para los cuales se realizaron ajustes equivalentes de manera correcta.

Respecto al argumento de Colombia referido a no ajustar los costos de empaque en el valor normal debido que *"los costos de empaque, de inventario y almacenaje, hacen parte de los costos de producción y manejo del producto, por tal ya se encuentran incluidos dentro del precio ex – fábrica"* (Respuesta a los comentarios de Hechos Esenciales vista en página 29), señala la peticionaria que dicha explicación confirma que los costos de empaque se incluyen en el precio EXW y por ende como se han deducido del precio de exportación, para garantizar una comparación equitativa, también deben deducirse del valor normal, lo cual, de haberse realizado, habría dado lugar a un margen de dumping negativo para MYDIBEL.

#### **B. Tratamiento inconsistente de productos exportados como muestra por AGRARFROST**

Argumenta la peticionaria que Colombia, para realizar el cálculo del margen de dumping en el caso AGRARFROST, excluyó del cálculo del valor normal aquellos modelos que se exportaron a Colombia como muestra. Sin embargo, dicha metodología no se ha aplicado consistentemente entre los exportadores por cuanto dicha empresa alemana exportó una muestra a Colombia de tipo de producto "WP" (10 kg, valor cero y que aparece como muestra en el cuestionario) pero las transacciones correspondientes no se eliminaron del valor normal, lo cual creó un margen de dumping artificial, teniendo en cuenta que dicho producto es más caro en el valor normal, representa casi el 14% del volumen de ventas nacionales y no se exporta en términos comerciales normales.

De haberse realizado la exclusión "debidamente de la media del valor normal", habría dado lugar a un margen de dumping negativo para AGRARFROST, lo cual contrasta con la situación del exportador AVIKO, en donde de las transacciones nacionales del tipo "recubierto" se eliminaron del valor normal ya que este tipo se vendió a Colombia como muestra comercial en la misma proporción.

En consecuencia, la explicación consistente en que el ajuste de AGRARFROST no se realizó porque en la base de datos DIAN no se especifican los tipos de productos (Respuesta a los comentarios de Hechos Esenciales vista en página 29) es inconsistente y podría haberse verificado fácilmente durante la visita de verificación, pero no se hizo.

#### **C. Ausencia de ajuste por el tipo de aceite usado en el mercado interno por AGRARFROST**

Señala el escrito de revocatoria que la empresa alemana AGRARFROST utiliza aceite de girasol para siete (7) clientes en Alemania (13% de las ventas nacionales) y aceite de palma para todos los demás clientes nacionales, siendo el primero "más caro" que el segundo. No obstante, para la exportación, la totalidad de las ventas consisten en productos preparados con aceite de palma.

Conforme a lo anterior, afirma que la empresa alemana solicitó un ajuste al valor normal y "proporcionó todas las explicaciones necesarias y los documentos justificativos", aunado a que "las autoridades colombianas verificaron este ajuste durante la visita de verificación", en cuyo informe la empresa alemana "indica que el aceite de girasol tiene un costo más alto y el producto final tiene un costo o producción más altos", sin mencionar ningún problema.

Sin embargo, la única explicación al rechazo del citado ajuste se encuentra en la respuesta a los comentarios realizados por las partes interesadas al documento de Hechos Esenciales, consistente en que el margen de dumping no se determinó en función de los tipos de productos ya que éstos no se proporcionan en la base de datos de estadísticas de importación DIAN, lo cual señala "no es pertinente", por cuanto según lo expuesto, el "rechazo de los datos presentados por los exportadores en su respuesta al cuestionario solo es admisible en condiciones específicas que no prevalecen en este caso" y "cualquier diferencia que afecte la comparabilidad de precios que se haya demostrado debidamente, debe tenerse en cuenta", lo cual, de haberse realizado, habría dado lugar a un margen de dumping negativo para AGRARFROST.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

Finalmente, advierte que *"No se hubiera podido establecer un margen de dumping para ninguna de las tres empresas si los elementos anteriores se hubieran tenido debidamente en cuenta durante la investigación y, por lo tanto, existen motivos evidentes para revocar las medidas antidumping a las importaciones de los productores europeos"*.

## 2. PETICIÓN DE AGRARFROST

Solicita la revocatoria parcial de la Resolución 257 de 2018, en particular el aparte del artículo 3° en que se ordena "imponer derechos antidumping definitivos a las importaciones de papas preparadas o conservadas originarias de...Alemania, (...) Alemania-AGRARFROST GMBH & CO. KG.: 3,21%" y en segundo término que se realice la comparación para la determinación del dumping en la forma descrita en su solicitud.

Señala que su solicitud se fundamenta en que la Resolución 257 de 2018 es contraria al ordenamiento jurídico aplicable por cuanto vulnera los artículos 29 y 13 de la Constitución Política que consagran respectivamente el derecho al debido proceso y el derecho de igualdad; como también, que se expidió en infracción de los artículos 5,6,7,10 11 y 16 del Decreto 1750 de 2015, los artículos 2.4, 3.2, 5.8, 6.8 y Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC, y el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC.

Adicionalmente, funda su solicitud en que la citada Resolución causa un agravio injustificado a AGRARFROST, toda vez que con base en lo anterior, la misma estableció una barrera comercial injustificada que limita el acceso al mercado colombiano de papa congelada de la empresa y la coloca en desventaja competitiva frente a las importaciones de otros orígenes.

En consecuencia, se tiene que la petición se fundamenta en las causales establecidas en los numerales 1 y 3 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), esto es, "1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley" y "3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona", las cuales argumenta con base en los puntos que se resumen a continuación:

### 2.1 MANIFIESTA OPOSICIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA LEY APLICABLE

#### A. Se incluyó indebidamente a Alemania como país de origen en la determinación final de daño

Manifiesta el peticionario que de conformidad con el artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC, la autoridad debió dar por terminada la investigación con respecto a Alemania, al no existir un aumento considerable de las importaciones originarias de dicho país pudieran causar daño a la rama de producción nacional.

Luego de transcribir apartes del numeral 2 del artículo 16 del Decreto 1750 de 2015 y el artículo 3.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC, anota que la segunda frase del inciso 2° del artículo 16 del citado Decreto es un error de transcripción y no refleja el referido artículo 3.2 del Acuerdo, esto es, que el concepto de volumen de importaciones insignificantes no hace parte de este último artículo, sino que hace parte del artículo 5.8 del mismo Acuerdo.

Por lo tanto, el peticionario señala que dicho concepto hace parte y está relacionado con las situaciones que según el Acuerdo exigen la terminación de la investigación: (i) Cuando no hay prueba de dumping o daño, ii) Cuando habiendo prueba de dumping y daño, el volumen de las importaciones es insignificante (inferior al 3% de las importaciones), o iii) Habiendo prueba de dumping y daño, el dumping es inferior a 2% (de minimis). En las situaciones ii) y iii) ha habido una determinación de la existencia del dumping y de daño, y sin embargo no puede adoptarse una medida. En cambio, en la situación i) no hay prueba de dumping o de daño, sin ser relevante si las importaciones son superiores o no al 3%.

Asevera que conforme a las cifras de importación de la DIAN que refiere en el escrito de revocatoria, se demuestra que las importaciones de papa congelada originarias de Alemania no se incrementaron de manera significativa como lo exigen los mencionados artículos 16 del Decreto 1750 de 2015 y 3.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC, sino que disminuyeron.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

Lo anterior, advirtiendo que la metodología empleada por la autoridad para analizar el volumen de las importaciones es inexacta y no refleja de manera objetiva la reducción de las importaciones de Alemania y por el contrario obvia su tendencia, en especial que las importaciones de Alemania disminuyeron 10% en los doce meses anteriores al periodo crítico y decrecieron otro 5% en los doce meses de periodo crítico, esto es, se llevó a cabo una comparación del promedio de las importaciones en los treinta meses (periodo de referencia comprendidos entre enero de 2014 y junio de 2016) y el promedio de los doce meses (periodo crítico comprendido entre julio de 2016 y junio de 2017), lo cual lleva a conclusiones erróneas en torno de la verdadera tendencia de las importaciones originarias de Alemania entre el primer y segundo semestre de 2014, por cuanto en los periodos posteriores se advierte una clara disminución y dicho incremento resulta irrelevante frente a una alegación de daño ocurrido en julio 2016 a junio 2017.

Sostiene que siendo el periodo crítico de doce meses, el análisis de importaciones a efectos de determinar si han contribuido al daño importante exige comparar las importaciones del periodo crítico con las importaciones de los doce meses inmediatamente anteriores (1 de julio de 2015 a 30 de junio de 2016) y éstas, con las importaciones de los doce meses anteriores a este (1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015).

Realizando la anterior comparación de tres periodos iguales al periodo crítico, se muestra que las importaciones de Alemania decrecieron sistemáticamente, al pasar de 2.564 toneladas en el periodo comprendido entre julio de 2014 y junio de 2015, a 2.308 toneladas entre julio de 2015 a junio de 2016 (10% de decrecimiento), y de 2.308 toneladas a 2.203 toneladas en el periodo crítico (5% de decrecimiento).

Señala que dicha metodología es "necesariamente más precisa" que la realizada por la autoridad, siendo que esta última esconde la tendencia en la evolución de las importaciones, es decir, no refleja la disminución de las importaciones originarias de Alemania y que dicho de decrecimiento sistemático es prueba que no hay daño por parte de las mismas, lo que conforme al artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC hacía obligatorio la terminación de la investigación y ahora amerita la solicitud de revocatoria directa de la Resolución 257 de 2018.

#### **B. El cálculo de dumping contiene tres errores que se originan en el desconocimiento de la información presentada por AGRARFROST**

En este punto el peticionario expone el concepto de la práctica del dumping que se desprende del contenido de los artículos 5 del Decreto 1750 de 2015 y 2.1 de Acuerdo Antidumping de la OMC para luego señalar que los artículos 10 y 11 del Decreto 1750 de 2015, que incorporan parcialmente el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC, disponen que a efectos de determinar la existencia de dumping, el precio de exportación y el valor normal se deben examinar sobre una base comparable equitativa, para lo que se realizarán ajustes tendientes a "*contrarrestar las diferencias que influyan en la comparación de los precios*", lo cual, a la luz del último artículo citado, es una obligación y no una simple potestad de la autoridad, argumentando como reiteración de su afirmación un aparte del párrafo 7.298 del Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas -Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China WT/DS397/R,3 de diciembre de 2010.

Sobre el particular, el peticionario afirma que la comparación realizada por la autoridad entre los precios de exportación a Colombia y el valor normal de AGRARFROST adolece de tres errores, a saber:

#### **i) En el valor normal se incluye un producto que no se exportó a Colombia y se omite en cambio considerar tres productos que sí se exportaron hacia el mercado colombiano.**

a) Respecto a la inclusión de un producto que se no exportó a Colombia, el solicitante afirma que a efectos de establecer el valor normal de AGRARFROST, la autoridad obtuvo un único precio a partir de promediar el precio de venta de 9.573 operaciones en el mercado doméstico alemán de los productos que se exportan a Colombia, seleccionadas de un listado de 9.831.

Ahora bien, del listado de 9.831 operaciones que presentó AGRARFROST, se incluyen 2.631 operaciones que corresponden al tipo casquitos sazonados "WP", cuya exportación a Colombia correspondió a una sola operación, realizada como muestra sin valor comercial, lo cual se indicó

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

claramente en la hoja de Excel, es decir, se reportó dicha transacción con mención del nombre del cliente, número de factura, cantidad (10 kilos), precio (0,00 euros) y la indicación "Sample without invoicing". Lo anterior se reiteró por AGRARFROST el pasado 15 de enero de 2018 en su escrito de alegatos finales.

AGRARFROST reportó todas sus transacciones como es su obligación legal, precisando que la factura número 25932504054/18846/0, incluye la muestra del tipo WP y otros tres tipos de productos los cuales están en el mismo archivo que se exportaron como venta comercial (hojas para los tipos LS9, TS9 y TS11).

Por lo tanto, en este tipo de casos, dicho producto se excluye del valor normal del exportador investigado por cuanto no constituye una transacción comercial al país de exportación. Dicha situación es idéntica a la que se presentó con las exportaciones de la empresa AVIKO, en donde la autoridad sostuvo en la versión pública del Informe Técnico de Hechos Esenciales que "No se tuvieron en cuenta el tipo de papa "recubierta" por tener solo una única transacción de exportación hacia Colombia como muestra".

**b)** Respecto a la omisión de considerar tres productos que sí se exportaron hacia el mercado colombiano, se argumenta que en desarrollo de la obligación del Acuerdo Antidumping de la OMC de adelantar una "comparación equitativa de precios entre productos idénticos", el artículo 7 del Decreto 1750 de 2015 que incorpora el artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC, establece que "cuando el producto similar no sea vendido en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país de origen o exportador...se podrá obtener considerando el precio de exportación del producto similar a un tercer país apropiado, siempre y cuando sea representativo o con el precio calculado de un producto similar".

Conforme a lo anterior, el peticionario señala que presentó en el cuestionario para exportadores, un listado de exportaciones realizadas a terceros países. No obstante haber presentado la referida información, la autoridad no tuvo en cuenta las exportaciones a terceros países para los tres tipos de productos que fueron exportados a Colombia y que no fueron vendidos para consumo en Alemania. Lo anterior significa que tres de los diez tipos de productos exportados a Colombia (9,2% del total de las exportaciones) no tuvieron producto similar de referencia para establecer si existió dumping.

Asimismo, la comparación que prescriben los artículos 10 del Decreto 1750 de 2015 y 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC exige una comparación por tipo de producto para cada uno de los 10 tipos de papa congelada exportados a Colombia, por lo cual resultaba necesario comparar siete tipos de productos exportados a Colombia (TS9, LS9, LS11, LSSA, CL, CLS9 y WWS) con el respectivo tipo vendido en Alemania y comparar los tres tipos exportados a Colombia (TS11, TS12 y CLSS) con el respectivo tipo exportado a terceros países.

En consecuencia, el valor normal de AGRARFROST debió ser calculado con base en 7.245 operaciones del listado de ventas domésticas y adicionando operaciones del listado de exportaciones a terceros países.

- ii) La comparación no tiene en cuenta que existen diferencias entre los 10 tipos de productos vendidos y que existen diferencias en la proporción vendida de cada tipo en cada uno de los mercados**

La comparación debe realizarse por tipo de producto porque cada tipo es diferente en características y/o tamaño por lo que tienen diferencias en el costo de producción, precio de venta y se venden en proporciones significativamente diferentes en cada mercado.

Sin embargo, la autoridad omite realizar una comparación de precios por tipo de producto porque esa información no está en la base de datos de la DIAN, lo cual es lógico dado que la DIAN solo exige datos agregados por subpartida arancelaria, declarando el valor total y el peso total o unidad del producto cobijado por la respectiva clasificación arancelaria porque la información tiene por objeto el pago de aranceles aduaneros que se establecen por subpartida arancelaria, siendo esto sustancialmente diferente a la información que se requiere para un análisis de dumping y para ello se requiere la información desagregada que aparece en cada factura, en donde se identifican cada uno de los productos objeto de la venta así como la información correspondiente a su descripción, volumen

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

y precio, cuyo listado de transacción por transacción indicando para cada transacción 30 especificaciones.

En consecuencia, el hecho de que la información no se encuentre en la base de datos de la DIAN no autoriza a la autoridad para desconocer la información detallada presentada por AGRARFROST a solicitud del Ministerio y verificada por la misma.

Utilizar un único precio exportación y un único valor normal supone que todas las exportaciones a Colombia y todas las ventas en Alemania se refieren a productos idénticos y/o en cada mercado se vende igual proporción de cada tipo de producto, siendo ambos supuestos fácticamente incorrectos.

Es obligación legal tener la información presentada por AGRARFROST como fundamento para los cálculos que realice la entidad, salvo que se determine su presentación por fuera de plazo, que este incompleta o no sea fidedigna, cosas que no ocurrieron en el presente caso y por ende resulta contrario a los artículos 5, 6, 7, 10 y 11 del Decreto 1750 de 2015 y los artículos 2.4 y 6.8 y el Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC.

**iii) La comparación no tiene en cuenta el ajuste necesario para reflejar la diferencia en el costo de producción que ocurre cuando un producto tiene la característica de ser preparado con aceite de girasol, lo que supone un mayor costo que aquél preparado en aceite de palma, utilizado normalmente**

Recuerda que AGRARFROST desde su respuesta a cuestionarios y en la visita de verificación solicitó un ajuste aplicable al valor normal de ventas a clientes que exigen que su producto se prepare con aceite de girasol e indicó el monto y las transacciones para las cuales se solicita el ajuste en listado de ventas domésticas (1.917 de las 9.876 transacciones de ventas en Alemania relativas a 9 artículos de 7 clientes).

Asimismo, durante la visita se verificó el mayor valor que tiene el aceite de girasol mediante la revisión de los pagos realizados por AGRARFROST por compras de aceite de girasol y aceite de palma en el periodo de investigación y el mayor costo de producción que genera por kilo de producto final. Adicionalmente, se verificó que las transacciones para las cuales se solicita el ajuste en el archivo "ventas en Alemania" corresponden a transacciones de clientes con un contrato de suministro cuyas especificaciones de producto indicaban que se debía utilizar dicho aceite.

Sin embargo, la autoridad sin razón alguna no tuvo en cuenta lo anterior, a pesar de que en el presente caso no solo se acreditó la existencia de la diferencia y su influencia en la comparabilidad de los precios, sino que la misma fue verificada y constatada por la autoridad en el transcurso de la investigación. Adicionalmente, el peticionario adjunta a su solicitud otro ejemplo denominado "Prueba Documental No. 1"(confidencial) que permite apreciar el ajuste solicitado.

Adicionalmente, para mostrar la relación entre la especificación y la solicitud del ajuste, se adjunta la factura No. 2720331243 denominada "Prueba Documental No. 2"(confidencial), del mismo comprador y que es una factura que fue seleccionada por la autoridad en la solicitud SPC 413 y entregada por AGRARFROST en diciembre de 2017. Dicha factura muestra el artículo 13555 cuya descripción (confidencial) corresponde a la ficha de especificación de producto que se adjunta con indicación de ser preparado con aceite de girasol y la misma se encuentra relacionada en el listado de "ventas domésticas" hoja TS9 con solicitud de ajuste, a diferencia de otras que no presentan la citada solicitud por cuanto son preparados con aceite de palma.

En consecuencia, no tener en cuenta el deprecado ajuste es contrario al artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

En resumen de lo expuesto, se asevera que los tres errores surgen por no haber considerado la información presentada por AGRARFROST y verificada por la autoridad, por cuanto desde septiembre de 2017 dicha empresa presentó la información de manera completa, oportuna y en el formato dispuesto, la cual se complementó con respuestas detalladas a las preguntas realizadas mediante la comunicación SPC 413, durante la visita de verificación y con la entrega de copia de todos los documentos originales solicitados.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

### **C. Infracción a los principios de igualdad y no discriminación**

Manifiesta el peticionario que de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, la sentencia C-816 de 2011 de la Corte Constitucional, el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 y jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias, se afirma que la Resolución 257 de 2018 desconoció los principios de igualdad y de no discriminación al otorgar un trato diferente a las importaciones de AGRARFROST y a las importaciones de AVIKO en el cálculo del valor normal, por cuanto para dicho cálculo en el primero, la autoridad incluyó en el valor normal 2.637 operaciones realizadas por AGRARFROST del tipo WP, cuya exportación, se reitera, correspondió a una sola operación a Colombia y se realizó como muestra sin valor. En contraste, para el valor normal de AVIKO, la autoridad sí excluyó del valor normal las ventas en Países Bajos (Holanda) el tipo de papa "recubierto", tal como se señala en la página 70 de la versión pública del Informe Técnico Final de Hechos Esenciales, por tener solo una única transacción de exportación hacia Colombia como muestra.

Es decir, la autoridad otorgó un trato dispar a productos importados similares provenientes de Países Bajos (Holanda) y Alemania, en donde subyace la obligación de brindar el mismo tratamiento con el fin de ajustar la Resolución 257 de 2018 al ordenamiento jurídico.

### **D. Cálculo del margen de dumping de AGRARFROST**

Sostiene que para corregir los citados errores acreditado en las secciones precedentes, es menester que la autoridad realice un cálculo de margen de dumping para AGRARFROST utilizando una metodología acorde con los artículos 5, 6, 7, 10 y 11 del Decreto 1750 de 2015, los artículos 2.4, 6.8 y Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC, el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en relación con el precio de exportación, el valor normal y la comparación entre estos para establecer el margen de dumping.

### **2.2 AGRAVIO INJUSTIFICADO A AGRARFROST**

En este punto argumenta el peticionario que una parte significativa de la información presentada y verificada por la autoridad no fue tomada en cuenta, llevando a errores importantes que resultaron en una conclusión errada sobre la existencia de dumping en las exportaciones de AGRARFROST. En consecuencia, los derechos antidumping que han estado vigentes desde el 9 de noviembre hasta la fecha suponen una barrera al comercio que grava injustificadamente el acceso al mercado colombiano en las exportaciones de AGRARFROST y lo sitúa en desventaja frente al acceso otorgado a otros exportadores de papa congelada.

## **II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

### **1. Competencia**

Este Despacho es competente para resolver la solicitud de revocatoria directa a la que se refiere la presente Resolución, teniendo en cuenta que es el mismo que la expidió y que el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) dispone con respecto a la competencia de la revocatoria directa de actos administrativos que:

*"Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona"*

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

## **2. Oportunidad y procedencia para decidir conjuntamente las solicitudes de Revocatoria Directa**

La Administración se encuentra en oportunidad para decidir por cuanto no se ha notificado auto admisorio de demanda contra la Resolución 257 de 2018 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la presentación de las solicitudes de revocatoria directa resultan procedentes por tratarse de un acto administrativo de carácter general conforme lo señala el artículo 93 del CPACA.

Asimismo, de conformidad con los principios de eficacia y economía que orientan la actuación administrativa, teniendo en cuenta que las solicitudes pretenden la revocatoria del mismo acto administrativo por razones de hecho y de derecho similares, las dos peticiones fueron radicadas en un término cercano -01 y 11 marzo de 2019 -, que la autoridad competente para la contestación es la misma, el procedimiento administrativo para resolver es el mismo, las pretensiones son similares y no se contraponen, y que al ser un acto administrativo de carácter general la decisión que se adopte afectará indistintamente a los dos peticionarios, es procedente jurídicamente resolver de manera conjunta las correspondientes solicitudes de revocatoria directa, teniendo en cuenta como fecha de recepción para el término de los dos (2) meses de que trata el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), la fecha de la última solicitud, esto es, el 11 de marzo de 2019.

## **3. Marco legal de las investigaciones antidumping**

Las investigaciones antidumping se desarrollan al amparo de la Ley 170 de 1994 que aprobó la adhesión de Colombia a la OMC y a sus acuerdos multilaterales, entre ellos el Acuerdo Relativo a la aplicación del Acuerdo Antidumping de la OMC y del Decreto 1750 de 2015, norma nacional que regula el procedimiento que permite la imposición de derechos antidumping y su término de vigencia.

Cabe resaltar que el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994, conocido como Acuerdo Antidumping de la OMC, desarrolla los principios fundamentales establecidos en el artículo citado con miras a su aplicación en la investigación, determinación y adopción de derechos antidumping que responden al interés general.

En efecto, tanto las normas multilaterales como las nacionales disponen que la investigación antidumping debe establecer claramente: (i) que existe dumping en las importaciones investigadas, (ii) que existe daño importante o amenaza de daño importante a la producción nacional, o retraso en forma importante del establecimiento de una rama de producción en Colombia, y (iii) que haya evidencia de relación causal entre las importaciones a precios de dumping y el daño importante registrado en la rama de producción nacional.

De igual manera, las citadas disposiciones del Acuerdo Antidumping y la norma nacional, exigen que también debe examinarse cualquier otro factor de que se tenga conocimiento distinto de las importaciones objeto de dumping que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional. Es así como los daños causados por esos otros factores no se atribuirán a las importaciones objeto de dumping según el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping de la OMC y el numeral 5 del artículo 16 del Decreto 1750 de 2015.

Por otra parte, se destaca que el Decreto 1750 de 2015 establece que además de informar a las partes interesadas sobre cada etapa de la investigación, dispone en sus artículos 28, 31, 34, 35 y 37, en cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que en el desarrollo de la investigación antidumping las partes cuentan con un periodo en el que pueden allegar las pruebas que resulten útiles, necesarias y eficaces para la verificación de los hechos investigados, tienen la oportunidad de intervenir al aportar sus respuestas a cuestionarios, presentar alegatos de conclusión, solicitar una audiencia pública entre intervinientes y realizar comentarios al documento de hechos esenciales.

Señalado así el marco normativo dentro del cual se desarrolló la actuación administrativa dentro de la investigación antidumping en cuestión, es importante señalar que en la decisión adoptada en la Resolución 257 del 9 de noviembre de 2018, la Dirección de Comercio Exterior tuvo en cuenta todos y cada uno de los elementos y requisitos requeridos tanto por el Acuerdo Antidumping de la OMC, como por el Decreto 1750 de 2015. Tal como lo demuestra el contenido de la resolución de determinación final, se realizó una investigación previa por parte de la Subdirección de Prácticas Comerciales, cuyos

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

resultados consignados en el informe Técnico Final fueron debidamente evaluados por el Comité de Prácticas Comerciales, de acuerdo con la competencia que le otorga el artículo 87 del Decreto 1750 de 2015.

En este marco, se considera pertinente dar respuesta a los argumentos presentados por los recurrentes sobre los procedimientos y análisis efectuados por la Dirección de Comercio Exterior, a través de la Subdirección de Prácticas Comerciales, en adelante la Autoridad Investigadora.

#### 4. Antecedentes

1. La FEDERACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES DE PAPA – FEDEPAPA, en nombre de la rama de producción nacional, presentó solicitud de apertura de investigación por supuesto dumping en las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) congeladas, clasificada por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00 originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda), y Alemania.
2. A través de Resolución 121 de 2017, la Dirección de Comercio Exterior ordenó la apertura de la investigación solicitada por la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES DE PAPA – FEDEPAPA, correspondiéndole el expediente D-087-03/573-02/023-01-95.
3. Mediante la Resolución 191 de 2017, la Dirección de Comercio Exterior determinó continuar con la investigación administrativa abierta con la Resolución 121 de 2017, sin imposición de derechos antidumping provisionales a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00 originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania.
4. La compañía FARM FRITES B.V., mediante e-mail recibido el 4 de enero de 2018, presentó propuesta de compromiso de precios de acuerdo con el capítulo VII del Decreto 1750 de 2015, cuyos términos y condiciones se comunicaron mediante Resolución 009 del 16 de enero de 2018. Frente a la oferta de compromiso de precios se pronunciaron FEDEPAPA y LAMBWESTON.
5. De conformidad con el artículo 37 del Decreto 1750 de 2015, la Dirección de Comercio Exterior convocó al Comité de Prácticas Comerciales para llevar a cabo la sesión 122 realizada el 6 y 15 de marzo de 2018, con el fin de presentar los resultados de la investigación antidumping. Sin embargo, en el marco de lo establecido en el inciso segundo del citado artículo 37, el Comité de Prácticas Comerciales solicitó realizar la práctica de visitas *in situ* a las instalaciones de las empresas MYDIBEL S.A, ECOFROST S.A., AGRISTO N.V., AVIKO B.V., FARMFRITES B.V., CLAREBOUT POTATOES N.V. y AGRARFROST GMBH & CO. KG, las cuales se practicaron durante el mes de abril del año 2018 a las empresas MYDIBEL S.A (16 y 17), ECOFROST S.A. (18 y 19) y AGRISTO N.V. (20) en Bélgica; y a las empresas AVIKO B.V. (23 y 24) y FARMFRITES B.V. (25 y 26) en Países Bajos (Holanda). Adicionalmente, se practicaron visitas *in situ* durante el mes de mayo del mismo año a las empresas CLAREBOUT POTATOES N.V. (3 y 4) en Bélgica y AGRARFROST GMBH & CO. KG. (15 y 17) en Alemania.

Una vez practicadas las citadas visitas *in situ* y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 1750 de 2015, la Dirección de Comercio Exterior convocó al Comité de Prácticas Comerciales para llevar a cabo la sesión 124, la cual se celebró el 22 de agosto de 2018, con el fin de presentar los resultados de la investigación antidumping. Los análisis realizados por la Autoridad Investigadora para la etapa final, de acuerdo con la metodología establecida en el Documento Técnico de Hechos Esenciales, en resumen muestran que:

- En el periodo de análisis del dumping que corresponde al periodo comprendido entre 24 de julio de 2016 y 24 de julio de 2017, cuya metodología está detallada en el Documento de Hechos Esenciales presentado al Comité, con la información aportada por los exportadores de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, se encontró práctica de dumping por parte de algunos productores/exportadores, en las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

subpartida arancelaria 2004.10.00.00 originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, tomando como base los datos de ventas en los correspondientes mercados domésticos en USD/TON para el valor normal, y los de las importaciones fuente de base de datos de la DIAN para el precio de exportación, obteniendo como resultado los márgenes individuales de dumping que se relacionan a continuación, incluyendo aquellos sobre los cuáles no se encontró margen o el mismo resultó de *minimis*:

EMPRESA EXPORTADORA	PAIS	VALOR NORMAL (USD/TON)	PRECIO DE EXPORTACION (EXW USD/TON)	MARGEN ABSOLUTO	MARGEN RELATIVO
AGRISTO	BELGICA	630,72	630,44	0,28	0,04%
CLAREBOUT	BELGICA	622,09	616,86	5,23	0,85%
ECOFROST S.A	BELGICA	535,83	632,16	-96,33	-15,24%
MYDIBEL	BELGICA	710,81	658,11	52,7	8,01%
DEMÁS	BELGICA	755,66	741,03	14,63	1,97%
FARM FRITES	PAISES BAJOS (HOLANDA)	545,39	636,63	-91,24	-14,33%
AVIKO	PAISES BAJOS (HOLANDA)	754,75	728,27	26,48	3,64%
DEMÁS	PAISES BAJOS (HOLANDA)	1043,41	721,99	321,42	44,52%
AGRARFROST	ALEMANIA	724,43	701,88	22,55	3,21%
DEMÁS	ALEMANIA	843,11	704,44	138,67	19,69%

- En el periodo de análisis del dumping se registraron las siguientes importaciones totales por países investigados e individuales sobre las empresas productoras/exportadoras que participaron en la investigación y demás que no participaron, incluyendo aquellas importaciones con volúmenes insignificantes, es decir menores al 3%:

PAIS	EMPRESA	SIEMB (TON)	PARTICIPACION TOTAL IMPORTACIONES
BELGICA	N.V MYDIBEL S.A.	21978,75	66,97%
	ECOFROST S.A	1178,04	3,59%
	CLAREBOUT-POTATOES N.V.	599,76	1,83%
	AGRISTO N.V.	201,6	0,61%
	DEMÁS	1026,0791	3,13%
<b>Total BELGICA</b>		<b>24984,2291</b>	<b>76,12%</b>
HOLANDA	FARM FRITES INTERNATIONAL B.V.	1655,0645	5,04%
	AVIKO B. V.	1112,53	3,39%
	DEMÁS	2981,43	9,08%
<b>Total HOLANDA</b>		<b>5749,0245</b>	<b>17,52%</b>
ALEMANIA FEDERAL	AGRARFROST GMBH & CO.,KG	1576,56	4,80%
	DEMÁS	510,78	1,56%
<b>Total ALEMANIA FEDERAL</b>		<b>2087,34</b>	<b>6,36%</b>
<b>Total general</b>		<b>32820,5936</b>	<b>100,00%</b>

- Al comparar las cifras que comprenden el periodo referente (I semestre de 2014 a I semestre de 2016) y el periodo crítico (II semestre de 2016 a I semestre de 2017), se observa que los tres países investigados aumentaron sus exportaciones a Colombia. Las importaciones originarias de Bélgica aumentaron 77,03%, las de Países Bajos (Holanda) 5,65% y las de Alemania 1,44%.
- Al analizar en conjunto las importaciones de los tres países investigados, éstas ganaron participación en el mercado en 51,85%, al pasar de un volumen promedio de 10.932 toneladas durante el periodo referente a 16.599 toneladas en el periodo crítico. Por su parte, al adelantar la comparación de los mismos periodos, para las importaciones originarias de los demás países, se observa que las mismas disminuyeron en un 40,21%, al pasar de 3.338 toneladas en el periodo referente a 1.996 toneladas en el periodo crítico. Lo anterior, teniendo en cuenta que el volumen promedio del total importado aumentó, entre el periodo referente y el periodo crítico, en 4.326 toneladas, lo que representó una variación del 30,31%, al pasar 14.269 toneladas en el periodo referente a 18.595 toneladas en el periodo de la práctica del dumping.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

- Al comparar la participación de los países proveedores de las importaciones del periodo crítico frente al periodo referente, se observa que las importaciones originarias de los países investigados, ganaron participación en 14,26 puntos porcentuales; puntos que perdieron las importaciones originarias de los demás países, que pasaron de 25,05% a 10,79%.
- Al comparar el promedio de los precios FOB del periodo crítico frente al periodo de referencia, se observa que para el precio promedio total de los tres países investigados, se aprecia que este se incrementó en 1,66%, pues de USD 730,49/tonelada en el periodo referente pasó a USD 742,61/tonelada en el periodo crítico. Sin embargo, este precio es el más bajo del promedio de las importaciones de los demás países. En efecto, en el caso del precio promedio de las importaciones originarias de los demás países, este tuvo una variación absoluta positiva de USD 22,55 por tonelada, al pasar de USD 1.102,30/tonelada en el periodo referente a USD 1.124,85/tonelada en el periodo crítico, lo que representó un incremento del 2,05%.
- Al analizar en conjunto el comportamiento de todas las variables económicas y financieras relacionadas con la línea de producción del bien objeto de investigación y el impacto de las importaciones con dumping, se encontró que la rama de producción nacional tuvo daño importante en las variables de inventario final de producto terminado, uso de la capacidad instalada, precio real implícito, reducción de la participación de mercado por parte de los productores nacionales peticionarios y no peticionarios, incremento de la participación de mercado de las importaciones con dumping que desplazaron a los productores nacionales y la participación de las importaciones investigadas con respecto al volumen de producción se incrementó en 25.7 puntos porcentuales. Adicionalmente, se redujo en 1.7 puntos porcentuales el margen de utilidad bruta, la utilidad operacional disminuyó en 87.69% y el margen de utilidad operacional presentó reducción de 3.1 puntos porcentuales. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2015, en concordancia con el artículo 3 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
- Con respecto al comportamiento del Consumo Nacional Aparente (CNA), al comparar el promedio registrado en la situación previa a la práctica del dumping (primer semestre de 2014 al primero de 2016), contra el periodo del dumping (segundo semestre de 2016 y primero de 2017), se encontró que el CNA aumentó en 22.28%, pero las importaciones con dumping crecieron el 51.85%, en tanto que las ventas de los productores peticionarios aunque aumentaron en 19.77% los demás productores nacionales redujeron sus ventas locales en 54.76%. Igualmente la participación de mercado de las importaciones sin dumping se redujo en 40.21%.
- En el documento de Hechos Esenciales (folio 5906 del expediente) se presenta una gráfica en donde se observa que el precio real implícito de la tonelada de papa congelada vendida localmente por la rama de producción nacional presentó una reducción de dicho precio en los últimos tres semestres analizados y especialmente en los dos semestres de la práctica del dumping, al comparar la situación de precios nacionales más elevados entre el primer semestre de 2014 y el segundo semestre de 2015.
- Al analizar otros factores de no atribución, se observó que el comportamiento del volumen y precio de las importaciones no investigadas, las prácticas comerciales restrictivas de productores extranjeros, los resultados de las exportaciones y la capacidad de satisfacción de mercado de la rama de producción nacional, no son la causa del daño importante encontrado en la rama de producción nacional.
- De acuerdo con lo anterior, se estableció la existencia de práctica del dumping por parte de algunos productores/exportadores, daño importante y relación de causalidad entre las importaciones con dumping y el daño importante ocasionado a la rama de producción nacional.

Expuestos los resultados de la investigación, que podrán consultarse con mayor detalle en el Informe Técnico Final elaborado por la Autoridad Investigadora, se puso de presente que una vez evaluados los resultados finales de la investigación por los miembros del Comité de Prácticas Comerciales en sesión 124 del 22 de agosto de 2018, de conformidad con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 37 del Decreto 1750 de 2015, su Secretaría Técnica remitió a todas las partes interesadas los Hechos Esenciales de la investigación para que en el

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

término previsto en el mencionado artículo, expresaran por escrito sus comentarios antes de que dicho Comité emitiera su recomendación final a la Dirección de Comercio Exterior.

Que vencido el término legal, expresaron por escrito sus comentarios sobre los Hechos Esenciales el peticionario FEDEPAPA que actúa en nombre de la rama de producción nacional; las empresas productoras y exportadoras AGRISTO N.V., CLAREBOUT POTATOES N.V., ECOFROST S.A. y MYDIBEL S.A. de Bélgica; AVIKO B.V. de Países Bajos (Holanda) y AGRARFROST GMBH & CO. KG de Alemania; los gremios BELGAPOM de Bélgica y VAVI de Países Bajos (Holanda); así como la Comisión Europea-Dirección General de Comercio de la Unión Europea, documentos que se encuentran en el expediente D-087-03/573-02/023-01-95, junto con los comentarios realizados por parte de la Autoridad Investigadora respecto a los mismos, lo cual se sometió a consideración del Comité de Prácticas Comerciales para la recomendación final en la sesión 125 de fecha 31 de octubre de 2018.

6. Que en la citada sesión 125, el Comité de Prácticas Comerciales, por mayoría, concluyó que los elementos planteados por las partes interesadas al documento de Hechos Esenciales no desvirtuaban la existencia de evidencias de la práctica de dumping por parte de algunas empresas productoras y exportadoras, cuyos márgenes de dumping se calcularon individualmente, habida cuenta que participaron durante la investigación; también encontró daño importante a la rama de producción nacional y relación causal entre las importaciones a precios de dumping y el daño importante observado.

Adicionalmente, para la recomendación final de imposición de medidas antidumping definitivas, el Comité de Prácticas Comerciales tuvo en cuenta los siguientes criterios: i) Que la empresa productora/exportadora en particular o las demás exportaciones de un país específico, tengan un margen de dumping superior al 2% y ii) que su participación en el total de importaciones durante el periodo del dumping sea superior al 3%. Lo anterior, además del interés público de prevenir y corregir la causación de un daño importante en la rama de producción nacional recomendó:

- Disponer la terminación de la investigación administrativa abierta mediante Resolución No. 121 del 2 de agosto de 2017.
  - No imponer derechos antidumping definitivos a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00; originarias de Bélgica a las empresas AGRISTO N.V., CLAREBOUT POTATOES N.V. y ECOFROST S.A.; y originarias de Países Bajos (Holanda) a la empresa FARMFRITES B.V.
  - Imponer derechos antidumping definitivos por el término de dos (2) años a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00; originarias de Bélgica a la empresa MYDIBEL S.A., en la forma de un gravamen ad-valorem de 8,01%; originarias de Países Bajos (Holanda) a la empresa AVIKO B.V., en la forma de un gravamen ad-valorem de 3,64% y a las demás en la forma de un gravamen ad-valorem de 44,52%, excluyendo a FARMFRITES B.V.; originarias de Alemania a la empresa AGRARFROST GMBH & CO. KG., en la forma de un gravamen ad-valorem de 3,21%.
  - De conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 87 del Decreto 1750 de 2015, el Comité de Prácticas Comerciales no evaluó la oferta del compromiso relativo a precios ofrecido por la empresa FARMFRITES B.V., dado que esta empresa no presentó margen de dumping.
7. Finalmente, mediante Resolución 257 de 2018, la Dirección de Comercio Exterior de conformidad con el concepto antes citado del Comité de Prácticas Comerciales (artículo 87 del Decreto 1750 de 2015), dispuso la terminación de la investigación administrativa abierta mediante Resolución 121 de 2017 y emitió la determinación final, considerando los aspectos pertinentes de hecho y de derecho soportes de la mencionada investigación que reposan en el expediente D-215-43-97.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

**5. Análisis sobre la afirmación de violación al principio de comparación equitativa presentado por la Delegación de la Unión Europea en Colombia**

El principal aspecto de inconformidad por parte del peticionario de la Delegación de la Unión Europea en Colombia consiste en que a su parecer se vulneraron los artículos 10 a 14 del Decreto 1750 de 2015 y el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC, por cuanto Colombia interpretó erróneamente el principio de comparación equitativa y no evaluó todos los hechos reflejados en el expediente, dado que no se realizó una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal, es decir, no se reflejaron las diferencias que afectan la comparabilidad de los precios de las mismas, las cuales se resumen en:

1. No tomar en consideración para el cálculo del margen de dumping de MYDIBEL, AVIKO Y AGRARFROST el hecho de que el producto investigado se produce y vende en diferentes tipos/modelos en los mercados de origen y colombiano, lo cual crea márgenes de dumping artificiales. Por lo tanto, debió haberse realizado los ajustes necesarios o realizar la comparación por modelos.
2. Que para determinar el precio de exportación, Colombia sin ninguna razón utilizó sus estadísticas oficiales de importación de la DIAN, en lugar de utilizar la información presentada mediante cuestionarios por las empresas europeas participantes, las cuales contienen los precios de exportación detallados por cada tipo/modelo de producto, vulnerando de contera lo dispuesto en los párrafos 3 y 7 del Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC y no resultando aplicable lo establecido en el artículo 6.7 del mismo Acuerdo.
3. Finalmente, que para asegurar una comparación equitativa, se debieron aplicar los siguientes ajustes:
  - 3.1. MYDIBEL: Ajustar por costos de empaque el valor normal.
  - 3.2. AGRARFROST: Excluir dentro del cálculo de precio de exportación la muestra comercial WP y no incluir dentro del cálculo de precio de valor normal las transacciones correspondientes dicha muestra comercial. Como también, ajustar el costo por el tipo de aceite girasol usado en el mercado de origen.

Al respecto, es importante precisar que: i) Colombia no interpretó erróneamente el principio de comparación equitativa y (ii) Colombia si evaluó todos los hechos reflejados en el expediente.

Debe advertirse que la resolución cuya revocatoria directa se solicita, se presume legal en virtud del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), por lo que sostener que el acto administrativo es el resultado de una manifiesta oposición a la ley, requiere de unos sólidos argumentos probatorios que permitan desvirtuar dicha presunción de legalidad. Sobre el tema se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de mayo de 2017:

*"En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.*

(...)

*Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación número 76001-23-31-000-2010-01591-01 (5738), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

Conforme a lo anterior, se advierte que en la solicitud de revocatoria directa elevada por la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia no se aporta prueba alguna que permita su valoración y análisis por parte de la Dirección de Comercio Exterior, por lo tanto se procede a analizar los argumentos expuestos:

1. Frente a los argumentos de márgenes de dumping artificiales por no tener en cuenta que se produce y vende en diferentes tipos/modelos en los mercados de origen y colombiano y no haberse realizado los ajustes o la comparación por modelos, se informa que durante toda la investigación antidumping abierta con la Resolución 121 del 2 de agosto de 2017 y finalizada mediante la Resolución 257 de 2018, el producto objeto de investigación definido clara, expresa e inequívocamente correspondió exclusivamente a importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) y congeladas Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, el cual solamente se clasifica arancelariamente en Colombia por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2015 en concordancia con el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC, esto es, con el fin de establecer una comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación **se podrán** efectuar ajustes para contrarrestar, entre otras, las diferencias en las condiciones de venta, tributación, niveles comerciales, cantidades y características físicas y cualesquiera otras diferencias de las **se demuestre** que influyen en la comparación de los precios.

El monto de los ajustes se calculará con fundamento en la información pertinente correspondiente al período de investigación de la práctica o con los datos del último ejercicio económico de que se disponga. La Autoridad Investigadora deberá asegurarse que no se dupliquen los ajustes ya realizados.

Respecto de la situación que plantea la Delegación de la Unión Europea, cabe observar que no es un caso en que la Autoridad Investigadora no adoptó ninguna medida para asegurar una comparación equitativa, como establece el párrafo 4 del artículo 2.

En la citada investigación para efectos de establecer el valor normal del producto objeto de investigación en el mercado doméstico, se calculó el precio promedio ponderado transacción por transacción en USD/Ton en términos Ex – fábrica. Conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1750 de 2015, al precio Ex – fábrica, se le restaron los gastos con información debidamente aportada por las compañías europeas en su respuesta a cuestionarios con los soportes probatorios que se consideraron procedentes, que se hicieron parte en la investigación que correspondían al producto objeto de investigación, es decir, el importado papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00, similar al producto de fabricación nacional.

Para estimar los correspondientes valores, se calculó el precio por tonelada, en euros, y posteriormente de acuerdo con la tasa de cambio reportada por el Banco de la República de Colombia correspondiente a la fecha de cada factura, se convirtió de euros a dólares.

Para el precio de exportación, es decir, el precio FOB de ingreso a Colombia, se obtuvo a partir de la información de la base datos de importación fuente DIAN, durante el periodo del dumping comprendido entre el 24 de julio de 2016 y 24 de julio de 2017.

Lo cierto es que la Autoridad Investigadora contaba con la facultad de realizar una valoración individual y conjunta de la prueba a la luz del artículo 176 del Código General del Proceso, para determinar qué diferencia en realidad influía en la comparabilidad de los precios.

Sobre las metodologías que pueden utilizarse para realizar una comparación equitativa, se pronunció el Grupo Especial en el asunto COMUNIDADES EUROPEAS - MEDIDAS ANTIDUMPING DEFINITIVAS SOBRE DETERMINADOS ELEMENTOS DE FIJACIÓN DE HIERRO O ACERO PROCEDENTES DE CHINA, "en relación con la reclamación de China porque la Comisión Europea supuestamente infringió la obligación de realizar una comparación equitativa que figura en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping a) al no basar la comparación entre el valor normal y el precio de exportación en la totalidad de los números de control de los productos y b) al no realizar ajustes para tener en cuenta las diferencias de calidad y las

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

diferencias de las características físicas que inflúan en la comparabilidad de los precios", observó lo siguiente entre otros elementos:

*"7.297. En el párrafo 4 del artículo 2 no hay ninguna orientación metodológica sobre la manera de tener debidamente en cuenta las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios. Entendemos que, para cumplir la prescripción del párrafo 4 del artículo 2 de que se tengan debidamente en cuenta las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios entre las ventas del producto importado y las ventas del producto similar en el país de exportación, la mayor parte de las autoridades investigadoras o bien efectúan comparaciones de los precios de las transacciones para grupos de mercancías que poseen características comunes dentro del producto similar, o realizan un ajuste para tener en cuenta cada diferencia que influye en la comparabilidad de los precios en el valor normal o el precio de exportación de cada transacción que haya de compararse. Es evidente para nosotros que las autoridades investigadoras pueden considerar más práctico el primer método en determinados casos, puesto que puede reducir al mínimo o incluso eliminar la necesidad de realizar ajustes para cada diferencia que influya en la comparabilidad de los precios, lo cual puede ser una tarea difícil. No obstante, las autoridades tienen libertad para aplicar el segundo método y efectuar ajustes para tener en cuenta cada diferencia de las características físicas que influya en la comparabilidad de los precios*

*7.298... Si no se demuestra a las autoridades que existe una diferencia que influye en la comparabilidad de los precios, no hay ninguna obligación de efectuar un ajuste. Además, la obligación de realizar una comparación equitativa no significa que las autoridades deban aceptar todas las solicitudes de que se efectúe un ajuste. La autoridad "debe adoptar medidas a fin de que quede claro cuál es el ajuste reclamado, y determinar seguidamente el grado en que tal ajuste se justifica. Si no se solicita ningún ajuste o si se solicita un ajuste con respecto a una diferencia de la cual no se ha demostrado que influya en la comparabilidad de los precios o si la autoridad determina que el ajuste no se justifica, no es necesario realizar ningún ajuste...". (Subrayado por fuera del texto original. Se omitieron las notas al pie del texto original)*

En materia de ajustes tanto para el valor normal (precio de venta doméstica en el país exportador)<sup>2</sup> como para el precio de exportación hacia Colombia, se debe precisar que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto 1750 de 2015, la Autoridad Investigadora debe asegurarse que se demuestre debidamente su existencia y la afectación sobre el valor normal o el precio de exportación y evitar su duplicidad. En consecuencia, en la investigación de papas congeladas se analizaron y valoraron aquellos ajustes solicitados por los productores exportadores, sobre los cuales se encontró mérito probatorio que demuestran que influyen en la comparación de los precios entre el valor normal y el de exportación.

Por lo tanto, para la etapa final, evaluada la información aportada por las partes interesadas vertida al expediente en el curso de la investigación, la Autoridad Investigadora determinó el valor normal con la información aportada por los exportadores de Bélgica: CLAREBOUT POTATOES NV, AGRISTO NV, ECOFROST S.A. y MYDIBEL S.A.; de Países Bajos (Holanda): AVIKO B.V. y FARM FRITES INTERNATIONAL B.V y de Alemania: AGRARFROST GMBH & CO. KG, correspondiente a ventas en el mercado interno del producto investigado en cada uno de los países, durante el periodo del dumping, comprendido entre el 24 de julio de 2016 al 24 de julio de 2017. Con el fin de verificar la idoneidad de la información, la Autoridad Investigadora requirió a cada una de las empresas participantes una muestra de 120 facturas, seleccionadas por mayor volumen y en las visitas *in situ*, sin embargo, el cálculo del valor normal se realizó con base al total de la información aportada.

Es así como a partir de la información suministrada por CLAREBOUT POTATOES NV, AGRISTO NV, ECOFROST S.A y MYDIBEL S.A DE BÉLGICA; AVIKO B.V y FARM FRITES INTERNATIONAL B.V. de Países Bajos (Holanda) y AGRARFROST GMBH & CO. KG de Alemania, empresas que colaboraron en la investigación, se procedió a calcular un valor normal por tonelada para cada una de ellas a partir de la información de ventas domésticas aportada, con el fin de determinarles márgenes de dumping individuales, en tanto que para las demás empresas exportadoras de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania del producto objeto de investigación que no colaboraron con la investigación, se tomó el valor normal más alto por país, lo cual se encuentra en el correspondiente Informe Técnico Final.

Por lo tanto, en este punto de inconformidad por parte de la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia, basta con advertir que el peticionario realiza una argumentación en abstracto, es decir, no concreta, ni explica específicamente los ajustes que fueron debidamente demostrados por las empresas europeas que afectaban una comparación equitativa y que en su opinión la autoridad

<sup>2</sup> El artículo 6 del Decreto 1750 de 2015 establece que: Valor Normal, es el valor realmente pagado o por pagar, por un producto similar al importado a Colombia, cuando este es vendido para consumo en el mercado interno del país de origen en operaciones comerciales normales.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

arbitrariamente rechazó, teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponde a cada una de las empresas interesadas participantes.

Por lo demás, para la Autoridad Investigadora resulta claro que en el presente asunto debe ajustarse cualquier diferencia que afecte la comparabilidad equitativa entre los precios de valor normal y de exportación, pero siempre bajo la carga probatoria de su demostración en una afectación concreta, ya que frente a una afirmación negativa indefinida como la hace el peticionario de la revocatoria directa al señalar que no se realizaron ajustes que debieron haberse realizado, lo procedente es especificar el correspondiente ajuste con el fin de poder responder el mismo, lo cual se echa de menos en el presente punto.

Sostener que la Autoridad Investigadora debe aplicar sin objeción alguna todos los ajustes que propone el exportador, desconocería su facultad de apreciación de las pruebas y más grave aún, podría devenir en una vulneración al derecho de defensa del productor nacional o de cualquier parte interesada, quien por supuesto debe contar con la posibilidad de pronunciarse y debatir lo que pretenda demostrar cualquier elemento probatorio aportado a la investigación.

Al respecto se pronunció el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos – Madera Blanda V (WT/DS264/R) lo siguiente:

*"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 una diferencia de características físicas es uno de los factores que pueden influir en la comparabilidad de los precios. 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 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 influyen en la comparabilidad de los precios'. Además, esa interpretación tendría muy poco sentido en la práctica, ya que no todas las diferencias de características físicas influyen necesariamente en la comparabilidad de los precios.*

(...)

*Estamos de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto CE – Accesorios de tubería en que la prescripción de la última frase del párrafo 4 del artículo 2, de que las autoridades 'no...impondrán una carga probatoria que no sea razonable' a los interesados, no exime a éstos de la carga de justificar sus afirmaciones respecto de los ajustes pretendidos. En conformidad con los criterios expresados por ese Grupo Especial, consideramos que el párrafo 4 del artículo 2 obliga a las autoridades investigadoras a asegurar una comparación equitativa y a que los interesados justifiquen sus afirmaciones respecto a los ajustes en la forma más constructiva que sea posible. Sobre la base de nuestra interpretación del párrafo 4 del artículo 2, consideramos que el deber de la autoridad investigadora de asegurar una comparación equitativa no puede significar que esté obligada a conceder cualquier ajuste que se reclame. Por otro lado, entendemos que una autoridad investigadora que tenga en su poder las pruebas necesarias para justificar el reclamo de un ajuste no tendría fundamento para rechazarlo. Por último, teniendo en cuenta el texto del párrafo 4 del artículo 2, consideramos que esa disposición no impone a las autoridades investigadoras ningún método determinado para*

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

**examinar si una diferencia influye o no en la comparabilidad de los precios". <sup>3</sup>(Subrayado por fuera del texto original).**

Como lo ha señalado la Jurisprudencia de la OMC y que ha sido reiterada en varios casos de solución de diferencias, las Autoridades Investigadoras tienen libertad para aplicar el método y efectuar ajustes, y no existe en las disposiciones del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping ninguna orientación metodológica que obligue a establecer únicamente los cálculos de márgenes de dumping por los tipos o modelos de productos.

De esta forma, se considera que el argumento según el cual no se llevó a cabo una comparación equitativa al calcular el margen de dumping, no se encuentra llamado a prosperar por lo que se concluye que la Autoridad Investigadora, contrario a lo que afirma la solicitud de revocatoria directa, sí cumplió con lo dispuesto tanto en los artículos 10 y 11 del Decreto 1750 de 2015, como en el artículo el 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC

2. Frente a los cuestionamientos sobre la utilización de Colombia de estadísticas oficiales de importación de la DIAN, en lugar de utilizar las informaciones sobre precio de exportación presentada en respuesta de cuestionarios por las empresas europeas participantes, se debe precisar lo siguiente:

En nuestras investigaciones la fuente oficial de Colombia referente a los datos de importaciones es la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la cual se alimenta de la información reportada por el importador, que a su vez tiene como soporte los documentos expedidos por el exportador y es la que se usa para calcular el precio FOB de exportación hacia Colombia.

Las declaraciones de importación según la legislación aduanera de Colombia (Decreto 390 de 2016) deben coincidir con la información que contienen los documentos en los cuales se soportan, so pena de la responsabilidad que debe asumir el declarante conforme el artículo 40 del mencionado decreto, que entre otras cosas, dispone lo siguiente:

**"El declarante responderá por la entrega de los documentos que deba aportar como soporte de la declaración aduanera, con el cumplimiento de los requisitos legales, así como por la autenticidad de los mismos. También responderá por el pago de los derechos e impuestos, intereses, valor del rescate y sanciones a que haya lugar (...)"**. (Subrayado y negrillas por fuera de texto original).

En consecuencia, la relación de ventas que allegaron cada una de las empresas, deben guardar una estricta relación con lo consignado en la declaración aduanera de importación, por lo que la información de la base de datos DIAN se considera como prueba útil, confiable y eficaz en el cálculo del precio de exportación.

Es decir, en el presente asunto, la información obtenida de la DIAN son los precios a los cuales legalmente ingresan las importaciones del producto objeto de investigación de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) y congeladas originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania, clasificada bajo la subpartida arancelaria 2004.10.00.00, la cual no ha sido tachada o declarada falsa por ninguna autoridad administrativa o judicial competente en Colombia.

Adicionalmente, es pertinente mencionar que la Autoridad Investigadora revisó detenidamente la descripción de la casilla 91 de cada una de las Declaraciones de Importación aportadas por las empresas importadoras (Calypso del Caribe S.A., Distribuidora de Pescado y Mariscos de la Sabana S.A., Colombiana de Comercio S.A.-Corbeta S.A., Distribuidora el Amazonas S.A.S) que contestaron cuestionarios.

De igual manera, en la investigación se consultó la base de datos de estadísticas de Comercio Exterior [http://madb.europa.eu/madb/statistical\\_form.htm](http://madb.europa.eu/madb/statistical_form.htm), con el fin de verificar el volumen en toneladas de las exportaciones de Alemania, Bélgica y Países Bajos (Holanda) hacia Colombia, que según la Comisión Europea se dividen en papa tradicional y de especialidades (tipo) de papa, clasificadas por estos

<sup>3</sup> Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá, WT/DS264/R, 13 de abril de 2004. Párrafos 7.165 y 7.167.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

países por dos subpartidas arancelarias 2004.10.10 y 2004.10.99, respectivamente, encontrando que entre 2014 y 2016 las exportaciones de las especialidades de papa hacia Colombia desde los países investigados por la subpartida arancelaria europea 2004.10.99 participaron solo un 0.18% y Alemania solo registra exportaciones por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00.

En consecuencia, teniendo en cuenta la definición clara, expresa e inequívoca del producto objeto de investigación y que la información oficial aduanera no ha sido declarada administrativa o judicialmente como falsa, la Autoridad Investigadora optó por la información oficial nacional que corresponde a los datos de las importaciones que efectivamente ingresaron a Colombia.

De esta manera, se considera que el argumento según el cual no se utilizaron las informaciones sobre precio de exportación presentadas en respuesta a los cuestionarios por las empresas europeas participantes, no se encuentra llamado a prosperar, por lo que se concluye que la Autoridad Investigadora, contrario a lo que afirma la solicitud de revocatoria directa, sí cumplió con lo dispuesto tanto en los artículos 10 del Decreto 1750 de 2015, como en el artículo el 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC

3. En relación con los ajustes que según el argumento de la Jefe Delegación de la Unión Europea debió hacerse para una comparación equitativa en el caso de MYDIBEL y AGRARFROST, se procede a precisar lo siguiente:

En primer término, nos referimos al argumento de la Jefe de la Delegación de la Unión Europea referido a que según los párrafos 3 y 7 del Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC, se tiene que las respuestas al cuestionario son la fuente principal de información en las investigaciones antidumping y solo pueden ser ignoradas en circunstancias muy específicas que no se presentan en este caso.

Sobre el particular, cabe precisar que las disposiciones de los párrafos 3 y 6 del Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC, hacen referencia a la utilización de la mejor información disponible, en el sentido del párrafo 8 del artículo 6 del mismo acuerdo, en los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación.

Por lo tanto, de conformidad con el párrafo 6 del Artículo. 6 del Acuerdo Antidumping y lo dispuesto en el Decreto 1750 de 2015, las autoridades se cerciorarán de la exactitud y pertinencia de la información presentada por todas las partes interesadas, en la que basen sus conclusiones.

En este orden, en el curso de la investigación las respuestas a cuestionarios no son la única fuente principal de información.

Ahora bien, nos referimos a los casos concretos de las empresas europeas señaladas en el escrito de revocatoria directa:

Para determinar el valor normal durante el periodo del dumping, comprendido entre 24 de julio de 2016 y 24 de julio de 2017, la compañía MYBIDEL S.A, aportó un listado con 4.430 operaciones de ventas a sus clientes en Bélgica. Conforme a lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1750 de 2015 se excluyeron las ventas por debajo del costo, por corresponder más del 20% de sus ventas y las devoluciones, quedando para evaluación un total de 2.555 operaciones. Con el fin de verificar la idoneidad de la información, la Autoridad Investigadora requirió a MYBIDEL S.A una muestra de 120 facturas, seleccionadas por mayor volumen y realizó una visita in situ. No obstante, se aclara que el cálculo del valor normal se realizó con base en las 2.555 operaciones.

Así mismo, se calculó el precio promedio ponderado transacción por transacción en USD/Ton en términos Ex – fábrica. Conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1750, al precio Ex – fábrica se le restaron los gastos de crédito, transporte y comisión de distribución, información debidamente aportada por la compañía en su respuesta a cuestionarios con los soportes probatorios que se consideraron procedentes, y se encontró un valor normal Ex – fábrica de 710,81 USD/Ton para MYBIDEL S.A.

Con respecto a los ajustes que no se consideraron procedentes para el cálculo del valor normal, tales como costo empaques, de inventarios, y almacenaje, se reitera que los mismos hacen parte de los

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

costos de producción y manejo del producto, por tanto, ya se encuentran incluidos dentro del precio ex fábrica (precio doméstico en la puerta de la fábrica).

Para la determinación del precio de exportación de las papas congeladas de MYDIBEL S.A. y con el fin de realizar una comparación adecuada de precios entre el valor normal y el precio de exportación, conforme a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 1750 de 2015, en concordancia con el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC: al precio FOB en USD promedio ponderado transacción por transacción, durante el periodo del dumping comprendido entre el 24 de julio de 2016 y 24 de julio de 2017, consultado en las importaciones de papa congeladas clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00, originarias de Bélgica de la empresa MYDIBEL S.A. (fuente DIAN), se le restó el precio promedio ponderado transacción por transacción de costo de almacenaje, de empaque, seguro de crédito y costos FOB, obtenido en la información aportada por la compañía en su respuesta a cuestionarios, convertidos a dólares con la tasa de cambio del Banco de la República, para llevarlo a valor ex fábrica, conforme al artículo 12 del Decreto 1750 de 2015. Lo anterior, produjo como resultado un precio de exportación en términos Ex – fábrica para MYDIBEL S.A de 658,11 USD/Ton.

Además, se reitera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2015, en concordancia con el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC, el monto de los ajustes se calculó con fundamento en la información pertinente, conducente y útil, no estando demostrado el alegado ajuste que ahora solicita la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia.

Respecto de los ajustes al valor normal para AGRARFROST sobre un tipo de producto denominado WP sin valor comercial, así como también por tipo de aceites, es pertinente señalar que sobre los mismos aspectos AGRARFROST presenta igual solicitud.

En cuanto a este punto, debemos remitirnos a lo expuesto en el numeral 1 de nuestras consideraciones para resolver lo planteado por la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en su solicitud de revocatoria directa, respecto de las metodologías de cálculo por tipos o modelos de productos.

En cuanto a los ajustes sobre un tipo de producto denominado WP, la empresa alemana AGRARFROST en su solicitud de revocatoria directa, refiere a la factura No. 259325054 que se encuentra en una relación de ventas enviada en su respuesta de cuestionario, pero que no fue aportada como soporte probatorio.

Sobre el particular, se debe aclarar que la factura con número 259325054 no se encontró dentro de la base de importaciones para la subpartida 2004.10.00.00 (fuente DIAN). Sin embargo, al revisar esta base, se encuentra la factura con número similar No. 2593025054, con un valor FOB de USD 18.699,04, la cual es soporte de la declaración de importación No. 192017000065757 que en la base de datos DIAN en la columna de exportador aparece el nombre de la empresa AGRARFROST GMBH & CO.KG, siendo esta última la única fuente de información disponible para la Autoridad Investigadora.

Así, se observó que la misma fue una importación con valor FOB mayor a cero (0), reembolsable y pagada mediante giro directo, lo que no permite evidenciar que dentro de esta transacción se encontraba una muestra sin valor comercial, toda vez que la factura soporte no fue allegada dentro del periodo de investigación.

Por tal motivo, no se encontró ninguna evidencia debidamente soportada que demuestre que efectivamente se realizó una exportación sin valor comercial y la sola relación de la transacción mencionada tanto en respuesta a cuestionarios, como en el escrito de su solicitud de revocatoria, no es suficiente para determinar una violación al análisis realizado por la Autoridad Investigadora.

De otro lado, en relación con los ajustes por tipo de aceite, se aclara que en la investigación no se pudo determinar con precisión cuando el producto vendido en el mercado doméstico de Alemania está sujeto en varios casos a mayores costos por tipo de aceite de freír, dependiendo de las exigencias de compradores locales.

Si bien en el acta de visita, AGRARFROST señaló que la empresa presentó el detalle de los contratos de compras de los dos tipos de aceite y las facturas pagadas en el periodo de investigación por compra de cada uno de los aceites, no reposa en la misma ningún documento sobre este aspecto, así como tampoco fue enviado en respuesta de cuestionarios.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

Por tales razones, no se efectuó el ajuste solicitado por tipo de aceite. No obstante, sobre este mismo punto nos pronunciaremos más adelante en las consideraciones para resolver lo planteado directamente por la empresa AGRARFROST.

Cabe reiterar que la metodología utilizada en Colombia para el cálculo de los márgenes de dumping individuales se fundamentó en la comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación teniendo en cuenta aquellos ajustes debidamente demostrados por las empresas europeas que se hicieron parte en la investigación que correspondían al producto objeto de investigación, es decir, el importado papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00, similar al producto de fabricación nacional.

Como lo señala la Jurisprudencia de la OMC antes mencionada y que ha sido reiterada en varios casos de solución de diferencias, las autoridades investigadoras tienen libertad para aplicar el método y efectuar ajustes, debido a que en las disposiciones del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping no existe ninguna orientación metodológica que obligue a establecer únicamente los cálculos de márgenes de dumping los tipos o modelos de productos.

#### **6. Análisis sobre los conceptos de violación presentados por la empresa alemana AGRARFROST**

##### **6.1 Se incluyó indebidamente a Alemania como país de origen en la determinación final de daño.**

En este punto, sustancialmente el peticionario fundamenta su concepto de violación en que conforme a las cifras de importación de la DIAN, se demuestra que las importaciones de papa congelada originarias de Alemania no se incrementaron de manera significativa como lo exigen los artículos 16 del Decreto 1750 de 2015 y 3.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC, por cuanto la metodología empleada para analizar el volumen de las importaciones es inexacta y no refleja de manera objetiva la reducción de las importaciones en Alemania y por el contrario ocultan su tendencia.

Al respecto, se aclara que Alemania se mantuvo en la investigación dado que el volumen de las importaciones en cada uno de los semestres analizados, tal como se muestra en la página 89 del Informe Técnico de Hechos Esenciales, se situó por encima del nivel de insignificancia (3%) establecido en el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping de la OMC. Por consiguiente, las importaciones originarias de Alemania, se consideran significativas.

Cabe aclarar que en virtud de lo establecido en el artículo 19 del Decreto 1750, en concordancia con el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping de la OMC, cuando las importaciones de un producto procedente de más de un país sean objeto simultáneamente de una investigación antidumping, la Autoridad Investigadora podrá evaluar acumulativamente los efectos de esas importaciones siempre que determine que el margen establecido de las importaciones del producto de cada país proveedor es más que de minimis y el volumen de las importaciones de cada país no es insignificante.

En este sentido, como se muestra en el Informe Técnico Final, el análisis de las importaciones en la investigación en cuestión, se realizó de forma acumulada y en el análisis de la participación por país, se observó que Alemania no era insignificante. Además, el margen de dumping fue más que de minimis.

De otra parte, cuestiona la metodología del periodo de análisis de las importaciones a efectos de determinar si han contribuido al daño importante. Exige comparar las importaciones del periodo crítico con las importaciones de los doce meses inmediatamente anteriores (1 de julio de 2015 a 30 de junio de 2016) y éstas, con las importaciones de los doce meses anteriores a este (1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015).

En lo referente a la metodología de análisis de los volúmenes de importaciones realizada por la Autoridad Investigadora, durante toda la investigación hasta su etapa final que se consigna en el Informe Técnico Final, se presentan evaluaciones de forma semestral y de comparación de los promedios del periodo crítico frente al de referencia.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

Si se observan las cifras semestrales en valores absolutos de las importaciones originarias de Alemania (página 87 Informe Técnico Hechos Esenciales) en un análisis de puntas como lo señalan en sus comentarios, lo cual no es la metodología utilizada por la Autoridad Investigadora colombiana, se podría afirmar que estas importaciones se incrementaron al pasar de 557 toneladas a 885 toneladas. Sin embargo, la Autoridad Investigadora realiza el análisis semestral de forma secuencial, lo que es importante al momento de evaluar cifras con comportamientos variables como se registraron en la investigación adelantada.

Asimismo, la metodología del análisis comparativo entre los periodos de referencia y el crítico tiene como objeto el evaluar los cambios o fluctuaciones que registraron las importaciones en el periodo de la práctica del dumping o crítico frente a un periodo anterior, es decir el de referencia. Esta metodología es la aplicada históricamente por Colombia en todas sus investigaciones.

Adicionalmente, cabe resaltar, que las disposiciones del artículo 3 del Acuerdo Antidumping de la OMC, no brindan ninguna orientación sobre una determinada metodología sobre la comparación de los periodos de análisis, a la cual obligatoriamente deba sujetarse la Autoridad Investigadora de un país.

Aunado a lo anterior, el artículo 3.1 del Acuerdo Antidumping otorga cierta discrecionalidad a las autoridades para adoptar una metodología que guíe el análisis de daño que inicia con el análisis de importaciones. Este razonamiento ha sido objeto de análisis por el Órgano de Apelación en el caso de México – Carne y Arroz, en donde se señaló:

*"México tiene razón cuando afirma que en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 no se prescribe una metodología que la autoridad investigadora deba aplicar al realizar un análisis del daño. Por consiguiente, la autoridad investigadora goza de ciertas facultades discrecionales cuando adopta una metodología que oriente su análisis del daño. Dentro de los límites de estas facultades discrecionales, cabe esperar que la autoridad investigadora tenga que basarse en hipótesis razonables o inferir conclusiones. No obstante, al hacerlo, la autoridad investigadora debe asegurarse de que sus determinaciones se basen en "pruebas positivas". Por consiguiente, cuando, en el marco de la metodología utilizada por la autoridad investigadora, una determinación se basa en hipótesis, estas hipótesis deben derivarse, como conclusiones razonables, de una base fáctica creíble y deben explicarse suficientemente para que pueda verificarse su objetividad y credibilidad."*

**6.2 El cálculo de dumping contiene tres errores que se originan en el desconocimiento de la información presentada por AGRARFROST. i) En el valor normal se incluye un producto WP que se exportó a Colombia sin valor comercial y se omite en cambio considerar tres productos que sí se exportaron hacia el mercado colombiano; ii) La comparación no tiene en cuenta que existen diferencias entre los 10 tipos de productos vendidos y que existen diferencias en la proporción vendida de cada tipo en cada uno de los mercados; iii) La comparación no tiene en cuenta el ajuste necesario para reflejar la diferencia en el costo de producción que ocurre cuando un producto tiene la característica de ser preparado con aceite de girasol, lo que supone un mayor costo que aquél preparado en aceite de palma, utilizado normalmente**

Sobre el particular, como ya se mencionó en las respuestas que sobre el tema también presentó la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia, debe tenerse en cuenta que AGRARFROST en su solicitud de revocatoria directa, hace referencia a la factura No. 259325054 que se encuentra en la relación enviada en su respuesta de cuestionario, sin embargo en esa ocasión no envió la citada factura como soporte probatorio, así como tampoco lo hace con ocasión de la solicitud de revocatoria directa.

De todas maneras, en aras de aclarar la situación planteada por esta empresa en su solicitud de revocatoria directa, se hizo una revisión en la base de datos DIAN, con el fin de identificar la factura con número 259325054. Al realizar la revisión no se encontró dentro de la base de datos de importaciones para la subpartida 2004.10.00.00, fuente DIAN, este número de factura. Sin embargo, en la base de datos se encuentra la factura con un número similar que corresponde al 2593025054, con un valor FOB de USD 18.699,04, la cual es soporte de la declaración de importación No. 192017000065757 que en la base de datos DIAN, en la columna de exportador, aparece el nombre de

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

la empresa AGRARFROST GMBH & CO.KG, siendo ésta la única fuente de información disponible para la Autoridad Investigadora. Así, se observó que corresponde a una importación con valor FOB mayor a cero (0), reembolsable y pagada mediante giro directo, lo que no permite evidenciar que dentro de esta transacción se encontraba una muestra sin valor comercial.

Por tal motivo, no se encontró ninguna evidencia debidamente soportada que demuestre que efectivamente se realizó una exportación sin valor comercial y la sola relación de la transacción mencionada tanto en respuesta a cuestionarios como en el escrito de solicitud de revocatoria no es suficiente para determinar una violación al análisis realizado por la Autoridad Investigadora.

De otro lado, en relación con los ajustes teniendo en cuenta 10 tipos de productos, nos remitimos a la respuesta emitida sobre el mismo asunto en el **punto II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER, numeral 5** de la presente resolución, en donde claramente se precisaron todos los aspectos analizados en la investigación, desde la perspectiva de la norma nacional como la del Acuerdo Antidumping y jurisprudenciales de la OMC, según las cuales se concluye que la Autoridad Investigadora, contrario a lo que afirma la solicitud de revocatoria directa, sí cumplió con una comparación equitativa de acuerdo con lo dispuesto tanto en los artículos 10 y 11 del Decreto 1750 de 2015, como en el artículo el 2.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

También como se señaló en las consideraciones para resolver, cabe reiterar que la metodología utilizada en Colombia para el cálculo de los márgenes de dumping individuales se fundamentó en la comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación teniendo en cuenta aquellos ajustes debidamente demostrados por las empresas europeas que se hicieron parte en la investigación que correspondían al producto objeto de investigación, es decir, el importado papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00, similar al producto de fabricación nacional.

Asimismo, vale la pena reiterar que según la Jurisprudencia de la OMC arriba mencionada y que ha sido reiterada en varios casos de solución de diferencias, las autoridades investigadoras tienen libertad para aplicar el método y efectuar ajustes ya sea por tipos o modelos de productos o bien realizando ajustes que consideren debidamente demostrados, debido a que en las disposiciones del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping no existe ninguna orientación metodológica que obligue a establecer únicamente los cálculos de márgenes de dumping por los tipos o modelos de productos.

De todas formas, respecto a los cuestionamientos referidos a que la Autoridad Investigadora no realizó ajustes por tipo de aceite, en la investigación no se pudo determinar con precisión cuando el producto vendido en el mercado doméstico de Alemania está sujeto en varios casos a mayores costos por tipo de aceite de freír, dependiendo de las exigencias de compradores locales. En respuesta a cuestionarios (folio 1964), AGRARFROST señala que el producto para el mercado doméstico puede estar hecho en aceite de girasol o en aceite de palma, mientras que el producto de exportación, está preparado en todos los casos con aceite de palma y presenta hoja en Excel donde relaciona una columna especificando el "ajuste por aceite" pero no presenta ningún soporte probatorio. Sobre este aspecto, en la determinación final no fue posible establecer con certeza esta diferencia.

Si bien, en el acta de visita AGRARFROST Señaló que la empresa presentó el detalle de los contratos de compras de los dos tipo de aceite y las facturas pagadas en el periodo de investigación por compra de cada uno de los aceites, no reposa en la misma ningún documento sobre este aspecto, así como tampoco fue enviado en respuesta de cuestionarios.

Ahora bien, con la solicitud de revocatoria directa AGRARFROST remite una prueba sobre los tipos de aceite, allegando una ficha de especificaciones del producto por parte de un comprador y una factura número 2720331243. Al respecto, es pertinente señalar que se trata de pruebas nuevas que no fueron aportadas, ni analizadas durante de la investigación, así como tampoco fueron conocidas por las otras partes interesadas, por lo tanto, se advierte que según los artículos 31 del Decreto 1750 de 2015 y 40 del CPACA no es procedente aportar estos elementos probatorios nuevos, y la actuación administrativa que nos ocupa ya ha concluido con la Resolución 257 de 2018, que se solicita revocar.

Los artículos referidos señalan en su orden:

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

**"Artículo 40. Pruebas.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo."

**"Artículo 31. Práctica de Pruebas.** La autoridad investigadora de oficio o por solicitud de parte interesada, practicará las pruebas que considere útiles, necesarias y eficaces para la verificación de los hechos investigados. Serán admisibles los medios de prueba testimoniales y documentales, así como los demás previstos en el presente decreto de conformidad con lo establecido por el Acuerdo Relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC.

El término para la práctica de pruebas vencerá 1 mes después de la fecha de la publicación de la resolución que contiene la determinación preliminar. Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad investigadora podrá decretar pruebas de oficio desde el inicio de la investigación hasta la formulación de la recomendación final por parte del Comité de Prácticas Comerciales.

La autoridad investigadora podrá ordenar la práctica y solicitar las pruebas e informaciones en el país o países de origen del producto objeto de investigación, a través de las autoridades nacionales especializadas. Lo anterior sin perjuicio de lo relacionado con las disposiciones sobre visitas de verificación en el territorio del país de origen del producto objeto de investigación."

### **6.3 Infracción a los principios de igualdad y no discriminación**

Como se mencionó en la respuesta al argumento presentado por la Delegación de la Unión Europea, en la investigación de papas congeladas se analizaron y valoraron aquellos ajustes solicitados por los productores exportadores, sobre los cuales se encontró mérito probatorio que demuestran que influyen en la comparación de los precios entre el valor normal y el de exportación. En materia de ajustes tanto para el valor normal (precio de venta doméstica en el país exportador), como el precio de exportación hacia Colombia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto 1750 de 2015, la Autoridad Investigadora debe asegurarse que se demuestre debidamente su existencia y la afectación sobre el valor normal o el precio de exportación y evitar su duplicidad.

AGRARFROST fundamenta el argumento de violación al principio de igualdad y no discriminación al hecho que la Autoridad Investigadora, en el caso de AVIKO excluyó del valor las ventas en Holanda por tener una única exportación hacia Colombia como muestra sin valor comercial. Al respecto, cabe reiterar que en el caso de AGRARFROST no se encontró ninguna evidencia debidamente soportada que demuestre que efectivamente se realizó una exportación sin valor comercial.

No obstante, como ya se le respondió anteriormente a AGRARFROST, dentro de la investigación no presentaron evidencia debidamente soportada que demuestre que efectivamente se realizó una exportación sin valor comercial y la sola relación de la transacción en un cuadro elaborado por ellos mismos mencionada tanto en respuesta a cuestionario, como en el escrito de solicitud de revocatoria sin ningún soporte probatorio, no son elementos de juicio suficientes para aceptar dicho ajuste.

Frente al principio de igualdad y no discriminación la Corte Constitucional en Colombia en Sentencia T-030/17 ha señalado:

*"La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras."*

(...)

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

*La discriminación puede revestir diversas formas. En efecto, es directa cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, entre otras. La discriminación es indirecta cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de los mismos. En ese sentido, las medidas neutrales en principio, no implican factores diferenciadores entre las personas, pero producen desigualdades de trato entre unas y otras."*

Tal como se ha venido explicando en las consideraciones para resolver, se realizó una comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación. Para la etapa final, evaluada la información aportada por las partes interesadas vertida al expediente en el curso de la investigación, la Autoridad Investigadora determinó el valor normal con la información aportada por los exportadores de Bélgica: CLAREBOUT POTATOES NV, AGRISTO NV, ECOFROST SA Y MYDIBEL S.A; de Países Bajos (Holanda): AVIKO B.V. y FARM FRITES INTERNATIONAL B.V y de Alemania: AGRARFROST GMBH & CO. KG, correspondiente a ventas en el mercado interno del producto investigado en cada uno de los países, durante el periodo del dumping, comprendido entre el 24 de julio de 2016 al 24 de julio de 2017. Con el fin de verificar la idoneidad de la información, la Autoridad Investigadora requirió a cada una de las empresas participantes una muestra de 120 facturas, seleccionadas por mayor volumen y en las visitas *in situ*, sin embargo, el cálculo del valor normal se realizó con base al total de la información aportada.

Es así como a partir de la información suministrada por CLAREBOUT POTATOES NV, AGRISTO NV, ECOFROST S.A y MYDIBEL S.A DE BÉLGICA; AVIKO B.V y FARM FRITES INTERNATIONAL B.V. de Países Bajos (Holanda) y AGRARFROST GMBH & CO. KG de Alemania, empresas que colaboraron en la investigación, se procedió a calcular un valor normal por tonelada para cada una de ellas a partir de la información de ventas domésticas aportada, con el fin de determinarles márgenes de dumping individuales, en tanto que para las demás empresas exportadoras de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania del producto objeto de investigación que no colaboraron con la investigación, se tomó el valor normal más alto por país, lo cual se encuentra en correspondiente Informe Técnico Final.

Por lo demás, para esta Autoridad resulta claro que en el presente asunto debe ajustarse cualquier diferencia que afecte la comparabilidad equitativa entre los precios de valor normal y de exportación, pero siempre bajo la carga probatoria de su demostración.

En cuanto al principio de Nación más favorecida (NMF), Artículo I del GATT de 1994, cabe señalar como lo menciona la información básica de la página web de la OMC, que en virtud de los Acuerdos de la OMC los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC.

No obstante, este principio tiene excepciones, por ejemplo los países pueden establecer un acuerdo de libre comercio que se aplique únicamente a los productos objeto de comercio dentro del grupo y hacer discriminaciones con respecto a los productos de terceros países, o pueden otorgar acceso especial a sus mercados a los países en desarrollo, o bien un país puede adoptar medidas como son las de antidumping o derechos compensatorios respecto de los productos **que se consideren objeto de un comercio desleal (tales como prácticas de dumping o subvenciones).**

Así las cosas, no resulta claro el argumento de la empresa alemana AGRARFROST sobre la violación de este principio.

En este sentido, no se determina una clara omisión del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 la Constitución Política, así como tampoco al principio de no discriminación del artículo I del GATT.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

#### 6.4 Agravio injustificado a AGRARFROST

En la solicitud de revocatoria directa AGRARFROST argumentó que el acto administrativo cuestionado le causa un agravio injustificado por cuanto como consecuencia de la conclusión errada sobre la existencia de dumping en sus exportaciones los derechos antidumping que han estado vigentes desde el 9 de noviembre hasta la fecha suponen una barrera al comercio que grava injustificadamente el acceso al mercado colombiano y lo sitúa en desventaja frente al acceso otorgado a otros exportadores de papa congelada.

No obstante lo anterior, el peticionario no allegó prueba alguna para demostrar las consecuencias perjudiciales de la decisión adoptada por la Resolución 257 de 2018.

En primer lugar, se debe precisar que los derechos antidumping no son una barrera injustificada al comercio. En virtud de lo dispuesto en el artículo VI del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping de la OMC, estas medidas son unas herramientas legítimas a las cuales pueden acudir los Países Miembros de la OMC para establecer medidas antidumping si, tras realizar la correspondiente investigación de conformidad con las disposiciones del Acuerdo, se formula una determinación en el sentido de que se está practicando el dumping y se está causando un daño a una rama de producción nacional.

De igual manera, nuestra norma nacional en el artículo 49 del Decreto 1750 de 2015 dispone claramente que en ningún caso las investigaciones antidumping y en consecuencia el establecimiento de los derechos antidumping obstaculizarán la introducción de la mercancía en el territorio nacional.

Ahora bien, para determinar la procedencia de la revocatoria directa de la Resolución 257 de 2018, conforme a la tercera causal del artículo 93 del CPACA, resulta pertinente comprender, según lo expuesto en líneas anteriores, que en definitiva no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo conforme al artículo 88 del mismo Código.

Por este motivo, una vez se han demostrado los fundamentos fácticos y jurídicos para imponer la citada medida antidumping definitiva por medio del acto administrativo impugnado y teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la legalidad del mismo, se puede descartar desde ya la ocurrencia de un agravio injustificado entendido como un perjuicio que se ocasiona a una persona sin motivo, razón o fundamento.

No obstante, con el objetivo de realizar un examen completo de la solicitud de revocación, se procederá a determinar lo que debe entenderse por el concepto de daño antijurídico, en atención al llamado que realiza el peticionario sobre unas cargas que se impusieron de manera injustificada. Lo anterior, no obstante reiterar que no se aportan pruebas que permiten determinar la afectación de la compañía como resultado de las medida impuesta por el Ministerio.

Así las cosas, a continuación se relaciona lo que ha entendido la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado<sup>4</sup> respecto al concepto de daño antijurídico:

*"Sobre la noción de daño antijurídico, ha dicho la jurisprudencia, que "equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar (...)"<sup>5</sup>. En consecuencia, "sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga"<sup>6</sup>.*

(...)

*De acuerdo con lo anterior, se tiene que la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño antijurídico no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación 08001-23-31-000-1998-12677-01 (44657), C.P. Ramiro Pazos Guerrero, septiembre 14 de 2017.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de julio de 1993, Exp. 8163, C.P. Juan de Dios Montes, de 13 de abril de 2000, Exp. 11.892, C.P. Ricardo Hoyos Duque, de 30 de noviembre de 2000, Exp. 11.955, C.P. María Elena Giraldo Gómez, y de 28 de abril de 2010, Exp. 18.478, C.P. Enrique Gil Botero, entre otras.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de febrero de 2012, Exp. 20.106, C.P. Enrique Gil Botero.

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

*que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño antijurídico no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo".*

Conforme a la citada providencia y ante la ausencia de pruebas aportadas con la solicitud de revocatoria, los argumentos expuestos por la empresa AGRARFROST no logran probar unos perjuicios ciertos generados o futuros como consecuencia de la Resolución 257 de 2018, por lo tanto la solicitud de revocatoria directa es improcedente en lo que a dicho numeral se refiere.

#### **7. Recomendación del Comité de Prácticas Comerciales**

Se debe precisar que el Informe Técnico Final que presenta la Autoridad Investigadora al Comité de Prácticas Comerciales es un documento en donde se detallan los resultados técnicos de la investigación.

En el marco de lo establecido en el artículo 87 del Decreto 1750 de 2015, la Dirección de Comercio Exterior emite la decisión final sobre la investigación, previa recomendación final del Comité de Prácticas Comerciales, toda vez que éste es el órgano competente para conceptuar sobre los resultados del estudio final adelantado y recomendar la imposición, supresión, prórroga o modificación de los derechos antidumping definitivos.

Lo anterior adquiere mayor relevancia cuando el artículo 87 del citado Decreto establece que la imposición de derechos antidumping definitivos por parte de la Dirección de Comercio Exterior debe hacerla de conformidad con el concepto del Comité de Prácticas Comerciales.

En efecto, en el presente asunto el Comité de Prácticas Comerciales considerando no solo los resultados contenidos en el Informe Técnico Final, sino también los comentarios realizados por la partes interesadas participantes en la investigación a los Hechos Esenciales y las observaciones presentadas por la Autoridad Investigadora, sin perjuicio de todo el acervo probatorio y argumentos presentados por la partes interesadas intervinientes a lo largo de la investigación y que reposan en el expediente D-087-03/573-02/023-01-95, conceptuó en su recomendación final a la Dirección de Comercio Exterior la imposición de la medida de defensa solo a algunas empresas europeas en las condiciones que se explican en la Resolución 257 de 2018.

Efectuadas las anteriores consideraciones, resulta claro que los fundamentos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta por la Dirección de Comercio Exterior para emitir la decisión objeto de la presente solicitud de revocatoria, en especial, su obligación de decidir de conformidad con la recomendación final del Comité de Prácticas Comerciales (artículo 87 del Decreto 1750 de 2015), corresponden al normal procedimiento administrativo especial de formación de la voluntad decisoria de la Administración, esto es, atienden a completos análisis realizados con cifras obtenidas de autoridades competentes e información allegada por los peticionarios y las partes interesadas participantes, desarrollado en cumplimiento y con sujeción a las normas contenidas en la Ley 170 de 1994 y el Decreto 1750 de 2015.

Cabe observar que conforme al procedimiento administrativo especial establecido por el Decreto 1750 de 2015 la formación de la voluntad decisoria de la administración es el resultado de una serie de etapas lógicas, secuenciales y concatenadas, en donde varias instancias participan de conformidad con las competencias establecidas en dicho Decreto, esto es, la decisión administrativa de la Dirección de Comercio Exterior en el presente asunto no se materializa sin la recomendación final del Comité de Prácticas Comerciales, de la cual se desprendió la misma.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que la medida impuesta fue establecida previa evaluación y recomendación del Comité de Prácticas Comerciales de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 1750 de 2015, la Dirección de Comercio Exterior estimó necesario, pertinente y conducente someter a evaluación y recomendación del citado Comité los argumentos formulados por la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia y la empresa alemana AGRARFROST en sus correspondientes solicitudes de revocatoria directa.

En ese orden, se convocó al Comité de Prácticas Comerciales a la sesión extraordinaria 129 el 2 de mayo de 2019, la cual fue suspendida y continuada en sesión virtual convocada el 7 de mayo y

Continuación de la resolución "Por la cual se resuelven unas solicitudes de revocatoria directa"

finalizada el 10 de mayo de 2019. En dicha sesión el Comité evaluó los argumentos de las solicitudes de revocatoria directa presentadas tanto por la Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia, como por el representante legal de la empresa AGRARFROST y determinó por mayoría que no se configuran los elementos constitutivos de las causales invocadas por el recurrente, y por lo tanto no es procedente acceder a las solicitudes de revocatoria presentadas.

### III. CONCLUSIONES RESPECTO A LAS SOLICITUDES DE REVOCATORIA DIRECTA

Como quedó demostrado, los argumentos formulados por los peticionarios recurrentes no lograron desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución 257 del 9 de noviembre de 2018, y asimismo los análisis efectuados por esta Dirección, de todas las actuaciones que conllevaron a adoptar la decisión contenida en el Resolución 257 de 2018, permiten concluir que dicha resolución no es opuesta a la Constitución Política o a la Ley, ni causa un agravio injustificado, por lo que no se configuran las causales de revocación 1 y 3 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

Corresponde a la Dirección de Comercio Exterior en el marco de lo dispuesto del artículo 87 del Decreto 1750 de 2015 resolver de conformidad con la recomendación efectuada por el Comité de Prácticas Comerciales en la sesión extraordinaria 129 de 2019, no revocar la Resolución 257 del 9 de noviembre de 2018.

En mérito de lo expuesto,

#### RESUELVE:

**Artículo 1°.** No revocar la Resolución 257 del 9 de noviembre de 2018, por medio de la cual se adoptó la determinación final en la investigación administrativa iniciada mediante la Resolución 121 del 2 de agosto de 2017.

**Artículo 2°.** Comunicar la presente resolución a la Jefe de la Delegación de Unión Europea en Colombia y al representante legal de la empresa AGRARFROST.

**Artículo 3°.** Contra la presente resolución no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Artículo 4°.** La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

#### PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D. C., a los **13 MAYO 2019**

  
**LUIS FERNANDO FUENTES IBARRA**

Proyectó: Carlos Andrés Camacho Nieto  
Revisó: Eloísa Fernández- Diana M. Pinzón- Roberto Rojas  
Aprobó: Luis Fernando Fuentes Ibarra



