

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ (E)

Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

RADICACIÓN: 11001-03-27-000-2009-00048-00 [18033]

Acción: NULIDAD
Demandante: COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC
S.A.
Demandada: LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO,
INDUSTRIA Y TURISMO

Asunto: Antidumping

FALLO

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

En virtud de solicitud presentada por HERRAGRO S.A. y ANDINA DE HERRAMIENTAS, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantó investigación administrativa por prácticas de dumping.

La investigación se relacionaba con la importación de palas, azadones, barras y zapapicos, durante el segundo semestre de 2007 y primero de 2008, procedentes de la República Popular China.

La actuación concluyó con la Resolución 1665 del 18 de junio de 2009, en la que se decidió no imponer medidas antidumping respecto de la importación de palas, e imponerlas respecto de la importación de azadones, barras y zapapicos, por un término de cinco años.

DEMANDA

La demandante, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad de los numerales 3 y 4 de la Resolución 1665 del 18 de junio de 2009, expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por medio de la cual se impusieron derechos antidumping a las importaciones de azadones, barras y zapapicos, por el término de cinco años.

Citó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 83, 226, 227, 333, 334 y 336 de la Constitución Política
- Ley 7 de 1991.
- Ley 170 de 1994.
- Artículos 1 a 16, 20, 23 y 26 del Decreto 991 de 1998.
- Artículos 2, 3, 14, 15, 16, 28, 34, 35 y 76 del Código Contencioso Administrativo.

El concepto de violación se sintetiza así:

PRIMER CARGO. Falsa motivación

Expone la demandante que no se presentó dumping; que durante el periodo objeto de análisis, la rama de la producción nacional creció consistentemente, de acuerdo con las cifras oficiales del DANE y que los productos importados desde China se vendieron en Colombia a precios acordes con el nivel de los mercados internacionales.

Para determinar el valor normal, HERRAGRO S.A.¹ presentó una factura de la firma brasilera PARABONI, que es una pequeña empresa que no es representativa de los precios de mercado en la República del Brasil². Esa

¹ HERRAGRO S.A. fue quien, junto con ANDINA DE HERRAMIENTAS, presentó la solicitud para que se iniciara la investigación administrativa.

² El Decreto 991 de 1998 define el valor normal así:

*“Artículo 4°. Para los efectos previstos en este decreto se establecen las siguientes definiciones:
(...)”*

factura tampoco demuestra que la del Brasil sea una economía de mercado. Por ende, no se cumplió lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 991 de 1998, que regula el tema de la determinación del precio normal.

Ausencia de estudio de mercado de referencia y errores en la unidad de medición

Argumenta el demandante que hay diferencias enormes entre las economías de la República Popular China y la del Brasil y que, como no existía en el expediente administrativo un estudio sobre las razones por las cuales la economía de Brasil debiera considerarse comparable, la solicitud no ha debido admitirse o, al menos, ha debido el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, realizar dicho estudio.

Coefficiente de apertura económica

El indicador denominado “coeficiente de apertura económica” muestra que la economía del Brasil es eminentemente cerrada y, por esa razón, no puede ser considerada como una economía de referencia.

Condiciones de economía de mercado en China

El Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio establece que *“si los productores sometidos a investigación pueden demostrar claramente que en la rama de producción que produce el producto similar prevalecen las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto, el miembro de la OMC utilizará los precios o costos en China de la rama de producción sometida a investigación para determinar la comparabilidad de los precios”*.

Valor normal. Es el precio comparable realmente pagado o por pagar del producto similar al exportado hacia Colombia, cuando es vendido para consumo en el país de origen o de exportación. En su defecto, el valor normal se establecerá teniendo en cuenta el precio de exportación a un tercer país o el valor construido. Si se tratare de un país con economía centralmente planificada el valor normal corresponderá al precio doméstico o de exportación en un tercer país con economía de mercado”.

Pese a que los productores chinos intervinieron y demostraron la existencia de condiciones de mercado para esta rama de la producción, las autoridades colombianas manifestaron su intención de utilizar como economía de referencia la del Brasil. En efecto, el Ministerio se negó a tener en cuenta pruebas que demostraban que los productores chinos no estaban siendo beneficiados por subvenciones. Se negó también a *“valorar las condiciones reinantes en China como base para determinar si... los productores de la mercancía de que se trata están actuando bajo condiciones de economía de mercado, sin haber formulado una constatación de existencia de ‘dificultades especiales’ como exige el artículo 15 del Protocolo de Adhesión”*.

También dijo que el Ministerio utilizó metodologías no compatibles con la Sección 15 del Protocolo de Adhesión; que no tuvo en cuenta las dificultades con que pudieron haber tropezado los productores chinos para facilitar la información que se les solicitó, y que llegó a conclusiones desfavorables y estableció hechos esenciales sin tener en cuenta la información que ellos aportaron.

China es una economía de mercado para la rama de producción, objeto de análisis, y por esa razón sus precios debieron ser tomados en cuenta para efectos de establecer el valor normal.

Otros mercados de referencia

En caso de que no se tuviera en cuenta el mercado chino, podrían compararse los precios con los del mercado de la India, pues tienen procesos de producción, escala de producción y calidad de productos similares. De dicha comparación se desprende que el promedio de precio por kilogramo se aleja en gran medida del precio de Brasil.

Incapacidad de HERRAGRO S.A. para satisfacer el mercado

Las declaraciones de DYNA S.A. y FERRETERÍA TÉCNICA S.A. mostraron que HERRAGRO S.A. no tenía la capacidad de suplir la demanda de palas, azadones, barras y zapapicos en Colombia.

Productos similares

La calidad del acero se establece por su contenido de carbono. En Colombia el contenido mínimo es de 0,45. El de China es de 0,65. Es decir, no son productos similares a los producidos por HERRAGRO S.A., ya que su nivel de calidad y su duración son superiores.

Posición de la Sociedad de Agricultores de Colombia – SAC

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo descontextualizó un oficio enviado por la SAC como si el mismo expresara una posición favorable a la imposición de derechos antidumping, cuando lo que realmente decía dicho oficio era que ese gremio condicionaba la adopción de dichas medidas a que se respetara el debido proceso dentro de la actuación administrativa.

SEGUNDO CARGO. DESVIACIÓN DE PODER

Según los artículos 2 y 3 del Decreto 991 de 1998, la finalidad de los derechos antidumping es proteger el interés público y evitar o resarcir los daños a la rama de producción nacional. Como dentro de la actuación administrativa no se demostró dicho daño, se configuró la desviación de poder, pues la imposición de derechos antidumping perseguía fines diferentes a los señalados en las normas.

La imposición de medidas antidumping, cuando la rama de la producción nacional crece, se traduce en una desviación de poder, ya que permite que el solicitante mantenga su posición dominante.

A pesar de la existencia de cifras tomadas de fuentes oficiales, como el DANE y la Superintendencia de Sociedades, y de otras fuentes respetables

como LEGISCOMEX y WISERTRADE, que demostraban que no se había presentado afectación a la rama de producción nacional, el Ministerio decidió apearse a cifras tomadas de información supuestamente confidencial presentada por HERRAGRO S.A., información que, además, nunca se puso en conocimiento de los interesados.

Seguridad alimentaria

Dijo la demandante que la importación de insumos contribuyó a la generación de un mercado más dinámico y que los altos precios de HERRAGRO S.A. no ayudaban al crecimiento del sector, con lo cual se ponía en riesgo la seguridad alimentaria del país.

TERCER CARGO. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Ausencia de representatividad

El artículo 39 del Decreto 991 de 1998 dispone que para la apertura de investigación por dumping, se requiere petición que se encuentre apoyada por productores nacionales que representen más del 50% de la producción total del producto de que se trate.

A los documentos que acreditarían esa representatividad se les dio carácter reservado y, por ende, se limitó la posibilidad de controvertir dicha representatividad.

Ausencia de un estudio que demuestre que la economía de Brasil es comparable con la de China

No hay en el expediente ningún estudio que demuestre que Brasil deba ser tomado como país de referencia para efectos de demostrar la existencia de dumping. Únicamente se aportó una factura de una empresa brasilera denominada Paraboni.

La Resolución 380 del 2 de septiembre de 2009, en la página 4, hizo referencia a un estudio que no aparece en parte alguna. Y la Resolución 598 del 10 de diciembre de 2008, se refirió nuevamente al supuesto estudio (página 4, numeral 2.1.1.), que no obra en el informe técnico preliminar.

Consumo nacional aparente

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el informe técnico preliminar y en el “documento de hechos esenciales”, no incluyó la información sobre inventarios para efectos de calcular el consumo nacional aparente porque afirmó que no fueron aportados por los importadores. Esa afirmación es contraria a la realidad, ya que los importadores sí presentaron dicha información (folios 260, 1018, 1069 y 1422).

HERRAGRO S.A. como importador

HERRAGRO S.A. efectuó cuantiosas importaciones de China durante el mismo periodo del supuesto dumping (folios 1144, 1151 a 1153). Sin embargo, el Ministerio consideró que esas importaciones eran insignificantes, pese a ser las mayores del sector.

Falta de valoración de pruebas

El Ministerio no tuvo en cuenta el contenido de las siguientes pruebas:

- Carta de la Embajada de China (folios 3048 y 3050).
- Información de las empresas productoras chinas sobre la calidad del acero en China (folio 3050).
- Escrito de Tangshan Hongli sobre el desmonte de subsidios en la industria del acero en China (folios 3061 y 3062).
- Nóminas aportadas por los productores chinos que muestran salarios de más de 1.2 millones de pesos colombianos para cada trabajador de las empresas productoras chinas participantes (folios 4006, 4046 a 4053 y 3051).

- Estudio de la Universidad de Antioquia que establece la menor calidad del producto de HERRAGRO S.A. (folios 1187 a 1201).
- Informes de FERRETERÍA TÉCNICA S.A. (folio 3098), DYNA S.A. (folios 4054, 4055, 4004 y 4005), y de los productores chinos (folio 3050), sobre la falta de capacidad para atender el mercado.

Unidad de medida

De acuerdo con la Decisión 653 de 2006 del Acuerdo de Cartagena, el estudio acerca de la existencia de dumping debe fundamentarse en unidades y no en kilogramos. A pesar de ello, el Ministerio impuso la sanción utilizando la medida de peso.

Mal manejo del expediente

El expediente tuvo profusos cambios en su numeración que dificultaron tener certeza sobre su contenido.

Definición errada del concepto de rama de la producción nacional

La producción de palas, azadones y zapapicos, representa el 5.54% respecto de la producción total del sector, según las cifras expedidas por el DANE. Dicho sector se encuentra descrito en el CIIU (Código Industrial Internacional Uniforme), en la división 28 (fabricación de productos de metal), grupo 289 (fabricación de otros productos de metal), clase 2893 (fabricación de artículos de cuchillería, herramientas de manos y artículos de ferretería). Por ende, los productores que presentaron la queja ante el Ministerio no tenían la representatividad suficiente para que se iniciara la investigación administrativa.

Falta de citación previa a los productores nacionales

El Ministerio no consultó a C. I. INVERMEC S.A., a BELLOTA S.A. ni a LHAURA VET LTDA. sobre la apertura de la investigación, con lo cual se

violó lo dispuesto por el artículo 5.4. del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Periodo para valorar la práctica de dumping

El Ministerio tomó como periodo para valorar la existencia de dumping el que va de agosto de 2007 a agosto de 2008. Se violó el documento G/ADP/6 16 de mayo de 2000 y G/ADP/M/16 de 20 de septiembre de 2000, que establecen que dicho periodo debe ser de tres años.

Solicitante que es productor e importador

Si un productor es, a la vez, importador, no tiene legitimidad para actuar. HERRAGRO S.A. es productor e importador y, por ende, no tenía legitimación para actuar. Se violó el numeral 4.1.-i del Acuerdo Antidumping.

OPOSICIÓN

El **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo** se opuso a las pretensiones de la demanda³, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre la existencia de prácticas de dumping

La metodología empleada por la Subdirección de Prácticas Comerciales consiste en depurar de las bases de datos de declaraciones de importación, todas las importaciones realizadas por el peticionario, ya que, como bien lo señaló la demandante, no sería lógico que se tengan en cuenta las importaciones hechas por la misma empresa que alega el daño.

Al momento de iniciar la investigación administrativa que adelantó el Ministerio, se encontraron indicios de daño importante en los indicadores

³ Fls. 242 a 319, c.p.

económicos y financieros de la empresa peticionaria, que era representativa de la rama de producción nacional.

La empresa investigada tuvo oportunidad de evaluar detalladamente todos los argumentos técnicos y demás pruebas que se acopiaron durante las diferentes etapas de la actuación administrativa.

El Decreto 991 de 1998 no establece como restricción para la determinación de prácticas de dumping, que el peticionario sea importador del mismo bien sobre el cual se alegan dichas prácticas.

La representatividad de la rama de producción nacional se acreditó dentro de la actuación administrativa. Con la solicitud, presentaron carta de apoyo la Cámara de Fedemetal de la ANDI, Herragro S.A. y Andina de Herramientas S.A.

Según el artículo 42 del Decreto 991 de 1998, no es obligatorio que se allegue una lista de todos los productores nacionales, sino de aquellos que son conocidos y, por esa razón, la Cámara de Fedemetal de la ANDI presentó una lista de los productores conocidos por dicha asociación.

No es cierto que no se hubiera citado a los importadores y comercializadores de la respectiva rama de producción nacional. El 8 de septiembre de 2008, se remitió copia del acto de apertura de la investigación administrativa a 11 importadores y comercializadores que aparecían en la base de datos de la DIAN.

También se remitió copia de dicho acto al señor Embajador de la República Popular China en Colombia, para el conocimiento de su gobierno y de los productores y exportadores de dicho país.

Además, el 16 de septiembre de 2008, se publicó un aviso en el Diario La República para efectos de convocar a todos aquellos que tuvieran interés en

la actuación administrativa, para que expresaran su opinión y aportaran las pruebas que consideraran pertinentes.

En cuanto a las empresas C.I. INVERMEC S.A., CLC COMPRAS Y LOGÍSTICA C.I. LTDA., ENERGÍAS S.A. C.I., HIERRO CONTEMPORÁNEO S. DE H. y LHAURAVET LTDA., el Ministerio encontró que son comercializadoras y no productoras.

Daño a la rama de producción nacional

En el informe técnico que se realizó dentro de la actuación administrativa, se consignaron todos los indicadores que demostraron el daño a la rama de producción nacional, tales como el descenso en el volumen de producción destinada al consumo interno durante el periodo objeto de investigación.

No puede aceptarse el argumento de la demandante de que HERRAGRO S.A. fue una empresa rentable durante el periodo investigado, según las cifras reportadas a la Superintendencia de Sociedades, ya que dichas cifras son generales, esto es, relativas al comportamiento general de la sociedad y no a la línea de producción específica investigada.

Economía de mercado de la República Popular China

Los documentos obrantes dentro de la actuación administrativa no demostraron que en la rama de producción de productos similares, prevalecieran las condiciones de una economía de mercado. De hecho, las empresas productoras o exportadoras chinas no presentaron información, debidamente suscrita por contador o revisor fiscal, sobre la manufactura, producción y venta, con identificación de los productos objeto de investigación.

El informe técnico final le fue notificado al gobierno chino y, adicionalmente, en la etapa preliminar, fueron enviados cuestionarios, tanto a los importadores como a los productores chinos. No obstante, dichos

cuestionarios no fueron respondidos, ni se aportó información que contribuyera al análisis de los hechos objeto de investigación.

A pesar de que China ingresó a la OMC a finales del año 2001, Colombia no ha reconocido a dicho país como una economía de mercado, razón por la cual debe considerarse al mismo como un país en periodo de transición.

Otros mercados de referencia

No es cierto que las normas vigentes en la materia exijan que el mercado o mercados de referencia deban ser economías de mercado. Lo que exige el artículo 10 del Decreto 991 de 1998, es que el país de referencia tenga escalas de producción y calidad de productos similares a los del país.

Incapacidad de HERRAGRO S.A. para satisfacer el mercado

Según el informe técnico realizado, tanto en los años anteriores al periodo investigado como durante dicho periodo, la rama de producción nacional estuvo en capacidad de atender el 100% de la demanda nacional de azadones, barras y zapapicos.

Productos similares

Según Memorando del 21 de agosto de 2008 del Grupo de Origen y Producción Nacional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del análisis de la información técnica suministrada por los peticionarios se observó que los productos nacionales y los importados son similares.

Adicionalmente, el Ministerio practicó visita a las instalaciones de HERRAGRO S.A. y se observó que cuenta con máquinas de alta tecnología, y cumple con normas ICONTEC, ISO 9001-2000 y NTC-ISO 14001-2004. Así mismo, tiene laboratorio de control de calidad para análisis de dureza, torque, corrosión, análisis dimensional y de los productos terminados.

Posición de la Sociedad de Agricultores de Colombia – SAC

En cuanto a los argumentos de la SAC, el último oficio remitido por ese gremio fue presentado de manera extemporánea y no fue tenido en cuenta.

TERCER CARGO. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Ausencia de representatividad

Parte de la información que presentó la solicitante HERRAGRO S.A. tenía carácter reservado y era obligación del Ministerio proteger y garantizar el derecho a la intimidad respecto de dicha información sensible para la empresa, relacionada con sus cifras económicas y financieras, planes de inversión, estructuras de costos, etc.

Durante la etapa de pruebas, el Ministerio constató que HERRAGRO S.A. representa el 72.43% de la producción nacional de palas y el 100% de la producción de azadones, barras y zapapicos.

No es cierto que se hubiera omitido tener en cuenta las cifras del DANE relativas a la clasificación CIIU 2893, que define el Grupo “Fabricación de artículos de cuchillería, herramientas de mano y artículos de ferretería”. Lo que ocurrió es que el Ministerio contaba con información específica de los productos objeto de investigación, mientras que la clasificación arancelaria mencionada incluye otros productos, tales como tijeras, machetes, guadañas, sierras, alicates, pinzas, destornilladores, cizallas, cucharas, tenedores y cuchillos.

Unidades de medida

De acuerdo con el artículo 3 de la Decisión 653 de 2006 del Acuerdo de Cartagena, las unidades de medida que aparecen en el Anexo de dicha

Decisión corresponden a la codificación en que deben ser registradas las estadísticas de cada subpartida NANDINA. El propósito de dicha disposición es homologar las estadísticas de comercio internacional de los países de la región, pero en las investigaciones antidumping prevalece la obligación que tiene el Estado de investigar la ocurrencia de prácticas desleales de comercio. Para tal efecto, en la identificación del producto se analiza la información disponible, en la medida justa de las posibilidades técnicas y administrativas que se tuvieron al iniciar la investigación.

Mal manejo del expediente

Si bien es cierto que se cometieron algunos errores en el manejo del expediente administrativo, tales como doble foliación, falta de cuidado con algunos de los documentos, y agregación tardía de actas y otros documentos, se tomaron los correctivos necesarios y se hizo una fe de erratas en los casos en que fue necesario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** presentó alegatos de conclusión.

Respecto de los hechos probados dijo que, en la contestación de la demanda, el Ministerio demandado confirmó que HERRAGRO S.A. tenía la calidad de importador, y reconoció la existencia de un manejo poco ortodoxo del expediente.

En todo lo demás, los alegatos presentados por la demandante son reiteración de los argumentos expuestos en la demanda.

El **Ministerio demandado** guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público emitió concepto en el que solicitó a esta Corporación negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Falsa motivación

La demandante no demostró que la información, con fundamento en la cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo impuso los derechos antidumping, fuera falsa o desfigurada. Los datos aportados por INVERMEC se referían a una clasificación arancelaria que incluía bienes diferentes a los que fueron objeto de investigación.

Respecto de la determinación del valor normal, el artículo 10 del Decreto 991 de 1998 exigía tres requisitos para efectos de seleccionar un tercer país con economía de mercado: a) los criterios de producción en país con economía de mercado y de país con economía central planificada, b) la escala de producción, y c) la calidad de los productos. En consecuencia, la escogencia de Brasil como país de referencia para la determinación del precio normal no violó la normativa vigente, toda vez que se trata de una economía emergente, con avances considerables en el sector agrícola, y con una escala de producción que la clasifican entre las grandes economías del mundo, con procesos, escala y calidad similares a los de China.

Quedó demostrada, dentro de la actuación administrativa, la identidad de características entre los productos de origen chino y los de origen nacional, producidos por HERRAGRO S.A.

Desviación de poder

Del informe evaluativo técnico final, que obra en la actuación administrativa, se desprende que hubo un daño importante a la producción nacional, que se

reflejó en el desempeño negativo de la mayor parte de los indicadores económicos y financieros de la rama de la producción durante el segundo semestre de 2007 y primero de 2008 (volumen de producción destinada al mercado interno, volumen de ventas nacionales, participación de las importaciones investigadas con respecto a la producción destinada al mercado interno, porcentaje de uso de la capacidad instalada con respecto al mercado interno, productividad con respecto al mercado interno, precio real implícito, participación de las ventas nacionales de la rama de la producción nacional, participación de las importaciones, ingresos por ventas, utilidad bruta, utilidad operacional, margen de utilidad operacional y valor del inventario final).

El daño a la producción nacional no puede ser explicado por el comportamiento de importaciones no investigadas, ni por el desplazamiento del producto por restricciones al mercado en los países vecinos, ni por prácticas restrictivas a la competencia internacional, ni por el comportamiento de las exportaciones, ni por la contracción del mercado, ni por la influencia tecnológica del producto nacional colombiano.

En conclusión, para el Ministerio Público no se demostró la desviación de poder y, en cambio, sí estaba demostrada la existencia del daño a la producción nacional.

Debido proceso

Respecto al manejo irregular del expediente, aunque es cierto que se presentaron inconsistencias en la foliación y en la agregación de algunos informes, se realizaron las correcciones respectivas y, en todo caso, no se violó el debido proceso y se permitió el conocimiento de todas las pruebas a las partes interesadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar la legalidad del acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo impuso el derecho antidumping a las importaciones de azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China, por el término de cinco años.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Marco conceptual

Los derechos antidumping se enmarcan dentro del campo del derecho de la libre competencia en el comercio internacional. El dumping se puede definir como la venta de productos a precios discriminatorios, esto es, la venta al extranjero a precios inferiores (en ocasiones incluso por debajo del costo de producción) a aquellos que rigen para el mercado interno del país vendedor.

Se considera al dumping como una práctica desleal de comercio, o cuando menos como una práctica no deseable⁴, ya que la finalidad del dumping es, generalmente, la de acceder o dominar los mercados extranjeros, con la consecuencia de afectar negativamente al sector de la producción que opera en el país importador.

El dumping es, pues, un instrumento de política económica que un país decide aplicar con diversos fines: penetración de mercados extranjeros, mantenimiento de precios altos en el mercado interno, incentivación a las exportaciones propias, respuesta a políticas proteccionistas de otros países, etc. Lo cierto es que se ha considerado que, sea cual sea la motivación del país exportador, se trata de prácticas de comercio que van en contra del principio de la libre competencia.

Históricamente muchos países han acudido a las prácticas de dumping. De hecho, hay autores que afirman que sería difícil encontrar algún país que no lo haya hecho. En la actualidad, los países que presentan sistema de

⁴ De hecho, el Acuerdo de la OMC no define el dumping como una práctica desleal, ni tampoco lo considera ilegal, sino que se limita a contemplar la manera en que los gobiernos pueden reaccionar frente al mismo.

economía central planificada, si bien no son los únicos que acuden a dicha práctica, sí son los que mayores dificultades presentan para efectos de la prueba del dumping. Lo anterior debido a que en dichas economías se hace más difícil establecer los costos de producción, de comercialización y de transporte, pues dichos elementos dependen de políticas estatales y, además, no obedecen a leyes de mercado libre, sino a propósitos políticos, militares, estratégicos, etc.

Debido a las dificultades que pueden presentarse para establecer los elementos que configuran prácticas de dumping, tanto en las economías centralmente planificadas como en las economías de mercado, las legislaciones antidumping han tenido que acudir a fórmulas que permitan salvar dichos obstáculos. Así, por ejemplo, respecto de la determinación del precio interno del producto en el país productor, como es evidente que el país exportador generalmente no estará interesado en facilitar esa información al país que sospecha de la ocurrencia del dumping, las legislaciones permiten que se compare el precio de exportación con el precio del mismo producto en las exportaciones hacia un tercer país o, incluso, que se tome como precio normal el de las exportaciones desde ese tercer país hacia el país que adelanta la investigación.

En la medida en que la existencia del dumping lleve aparejada la ocurrencia de un daño al sector productivo del país importador, o la amenaza del mismo, o que impida o dificulte el establecimiento de dicho sector, los acuerdos de comercio internacional contemplan las llamadas medidas o derechos antidumping, que son los mecanismos de reacción con que cuentan los países para defenderse de las prácticas de dumping.

Ante la comprobación de que se produjo el dumping y de que, como consecuencia del mismo, se ha producido un daño, amenaza de daño, o un obstáculo al establecimiento a la rama de producción nacional, la respuesta no es la de prohibir o limitar el ingreso del producto respectivo, sino la de imponer el pago de derechos antidumping, que no son otra cosa que derechos de carácter aduanero, cuya finalidad es la de corregir el

desequilibrio o anomalía que se produjo como consecuencia de las importaciones realizadas a precios inferiores a los normales. Por esta razón, los derechos antidumping son de carácter temporal, ya que solo pueden estar vigentes durante el tiempo que sea necesario para contrarrestar dicho desequilibrio.

Las primeras leyes antidumping datan de comienzos del siglo XX. Canadá en 1904, Nueva Zelanda en 1905 y Australia en 1906, fueron las primeras naciones en expedir leyes antidumping. Luego, Estados Unidos expidió la “*Antidumping Act*” de 1921, cuyos lineamientos generales han guiado la mayoría de legislaciones en el mundo, incluida la colombiana, hoy recogida en el Decreto 2550 de 2010, que derogó el Decreto 991 de 1998, norma esta última que se encontraba vigente para la época de los hechos objeto de esta controversia.

Con fundamento en el Decreto 991 de 1998, pueden señalarse como rasgos característicos de las medidas antidumping las siguientes:

- Se trata de una decisión que adopta el país importador en interés general del sector de la producción afectado y de la economía nacional.
- Procede cuando se comprueba la existencia de prácticas de dumping, el daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional o cuando se impide su establecimiento, y la relación de causalidad entre aquellas y estas.
- Implica que se adelante una investigación previa a la imposición de las medidas, dentro de la cual se permite la intervención de los productores, importadores y exportadores cuyos intereses estén en juego, a quienes se permite el acceso a la información que se recaude, con las limitaciones propias de aquella información que sea de carácter confidencial.

- El objetivo de las medidas antidumping, que son de carácter temporal, es el de restablecer el desequilibrio ocasionado con las importaciones hechas a precios inferiores al valor normal.
- Las medidas antidumping son impuestas por el Ejecutivo, pero el artículo 13 del Acuerdo GATT prevé la “revisión judicial”, según la cual los países miembros deben asegurar la existencia de tribunales o procedimientos independientes de las autoridades encargadas de aplicarlas, que permitan la revisión de las medidas adoptadas.

No sobra añadir que la aplicación de los derechos antidumping se encuentra consagrada, para los países miembros de la OMC, en el artículo 6 del GATT de 1994, y en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Acuerdo GATT, que fue aprobado en la llamada “ronda Uruguay”, adoptado por Colombia mediante la Ley 170 de 1994.

Dentro del marco normativo y conceptual que se acaba de plantear, procede la Sala al estudio de los cargos de nulidad.

1) PRIMER CARGO. FALSA MOTIVACIÓN

Crecimiento de la rama de producción nacional

El cargo planteado en la demanda se fundamenta en que no hubo dumping ya que, durante el periodo que fue objeto de investigación, la rama de la producción nacional creció y los productos importados de China se vendieron en Colombia a precios acordes con el nivel de los mercados internacionales.

En la demanda se transcribieron las cifras de producción y venta de azadones, barras, palas y zapapicos que, según la demandante, muestran el crecimiento de la producción nacional⁵. Varias observaciones deben hacerse respecto a dichas cifras.

⁵ Fls. 13 a 16, c.p.

En primer lugar, las cifras relativas a artículos producidos (correspondientes a los dos cuadros que aparecen en el folio 13 del cuaderno principal), describen la cantidad de azadones, zapapicos, barras y barretones producidos durante los años 2004 y 2005. El periodo durante el cual, según el acto administrativo acusado, se produjo la situación de dumping, es el comprendido entre el segundo semestre del año 2007 y el primero del 2008. No hay cifras comparables respecto de este periodo. En consecuencia, no podría determinarse si, con los parámetros señalados, se produjo o no un incremento de la producción nacional en el ramo respectivo.

Adicionalmente, debe decir la Sala que, para efectos de determinar si era o no procedente la imposición de derechos antidumping, debe analizarse si se produjo un daño o amenaza de daño a la producción nacional, en la rama respectiva. La cantidad de bienes producidos es apenas uno de los indicadores que sirven para determinar si se produjo daño a la producción nacional.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 991 de 1998 disponía:

*“Artículo 16 . **Examen del daño importante y la relación causal entre las importaciones objeto de "dumping" y ese daño.** La determinación de la existencia del daño deberá basarse en pruebas suficientes y comprenderá el examen objetivo de los siguientes factores:*

1. Comportamiento de todos los factores e índices económicos que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos, la magnitud del margen de "dumping", los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o inversión. Esta enumeración no es exhaustiva y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

2. Volumen de las importaciones a precios de "dumping", particularmente para determinar si se han incrementado de

manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción total o el consumo en el país, entre otros.

Normalmente se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de "dumping" cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en Colombia, salvo que, los países que individualmente representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en Colombia representen en conjunto más del 7 por ciento de esas importaciones.

3. Para determinar el efecto de las importaciones objeto de "dumping", sobre los precios, el Incomex tendrá en cuenta, entre otros factores, si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de "dumping" en comparación con el precio de un producto similar fabricado en Colombia, o si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o impedir en la misma medida la subida que en otro caso se hubiera producido.

4. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto del "dumping" y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que disponga el Incomex e incluirá entre otros elementos, una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes de que tratan los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo. El Incomex también examinará cualesquiera otros factores de que tenga conocimiento, distintos de las importaciones objeto del "dumping", que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de "dumping". Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de "dumping", la contratación de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional.

El efecto de las importaciones objeto de "dumping" se evaluará en relación con la producción nacional del producto similar cuando los datos disponibles permitan identificarla separadamente con arreglo a criterios tales como el proceso de producción, las ventas de los productores y sus beneficios. Si no es posible efectuar tal identificación separada de esa producción, los efectos de las importaciones objeto de "dumping" se evaluarán examinando la producción del grupo o gama más restringido de productos que incluya el producto similar y a cuyo respecto pueda proporcionarse la información necesaria.

Parágrafo. La ausencia de tendencias negativas o la presencia de tendencias positivas, en algunos o varios de los factores considerados en el presente artículo, no constituye un criterio decisivo de la existencia de daño importante y la relación causal entre las importaciones con "dumping" y ese daño importante". (Subrayado por la Sala).

Como se puede apreciar, la simple constatación de que durante el periodo objeto de análisis se produjo un aumento en la producción, o se mantuvo estable, no es suficiente para demostrar la ausencia de daño importante o, como dice la norma, no es un criterio decisivo para establecer dicho elemento.

También incluyó la demandante dos cuadros (folios 15 y 16), que contienen cifras de ventas y exportaciones de azadones, barras, zapapicos y palas, realizadas por HERRAGRO S.A. durante los años 2005, 2006 y 2007.

Esas cifras tampoco son concluyentes, por el mismo motivo ya indicado, esto es, porque los indicadores deben ser analizados en conjunto y no de manera aislada, pero también porque no se sabe si esas ventas corresponden únicamente a productos producidos por HERRAGRO S.A. o si se incluyeron productos importados por la empresa, incluso de China, lo cual produciría una distorsión. Tampoco se discriminan en esas cifras de ventas, las correspondientes al periodo objeto de análisis, es decir el segundo semestre de 2007, ni se incluyen las correspondientes al primer semestre de 2008.

Respecto de la afirmación consistente en que los productos importados desde China se vendieron en Colombia a precios acordes con el nivel de los mercados internacionales, no se indicó en la demanda cuál fue el precio al cual se vendieron, ni cuáles eran los niveles normales de los mercados internacionales. En consecuencia, resulta imposible contrastar los precios normales de venta en los mercados internacionales con los precios de venta en Colombia, de los productos importados.

Determinación del valor normal

En varios acápite de la demanda⁶, la demandante alude a diferentes aspectos que guardan relación con la determinación del precio normal, como elemento de referencia para efectos de establecer la existencia de prácticas de dumping. Por razones de claridad y concreción, la Sala estudiará conjuntamente dichos argumentos.

Lo primero que se debe señalar es que para que proceda la imposición de derechos antidumping, se requiere acreditar que el país de exportación (en este caso, China), vendió bienes con destino a ser exportados hacia Colombia, a precios inferiores a aquellos considerados “**normales**” y que se haya producido un daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional respectiva, o que se produzca un retraso importante en el establecimiento de la rama de la producción nacional (artículo 4 del Decreto 991 de 1998), y que exista relación de causalidad entre el dumping y el daño.

Ahora bien, respecto del **precio normal**, el Decreto 991 de 1998 contempla diferentes hipótesis y métodos para determinarlo. En principio, precio normal es el que se paga cuando el producto es vendido para consumo interno en el país de origen, en operaciones comerciales normales. En su defecto, es el precio por el cual se vende el mismo bien a un tercer país. Sin embargo, cuando el país de origen es de aquellos que tienen economía central planificada, el valor normal corresponderá al precio doméstico o de exportación en un tercer país que tenga economía de mercado.

Cuando se utiliza este último método, es decir, el de acudir al precio de un tercer país con economía de mercado, se deben tener en cuenta tres criterios: a) los procesos de producción en el país con economía de mercado y en el que tiene economía central planificada, b) la escala de producción, y c) la calidad de los productos (artículo 10 del Decreto 991 de 1998).

⁶ “Sobre la Determinación del Valor Normal”, folio 17, c.p., “Coeficiente de Apertura Económica”, folio 18, c.p., “Condiciones de Economía de Mercado en la China”, folio 19, c.p., “Otros mercados de Referencia, folio 22, c.p.

Los argumentos de la demandante, con los cuales pretende desvirtuar la existencia del dumping, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Que para determinar el precio normal, la Administración solo tuvo en cuenta una factura aportada por la empresa que pidió que se abriera la investigación, que corresponde a una pequeña empresa denominada PARABONI, no representativa de los precios de mercado de Brasil.
- Que dicha factura no demuestra que la de Brasil sea una economía de mercado.
- Que existen enormes diferencias entre las economías de la República Popular China y la de Brasil y que, en consecuencia, no podía tenerse esta última como una economía comparable, ya que el “coeficiente de apertura económica” muestra que la economía del Brasil es eminentemente cerrada.
- Que en la rama de la producción objeto de análisis, China tiene condiciones de mercado y así lo demostraron los productores chinos que intervinieron en la actuación administrativa.
- Que se ha debido tener en cuenta el mercado de la India como país de referencia, que es similar al de China.

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

En el informe técnico que obra en la carpeta de antecedentes administrativos (folio 4.925), el Ministerio dijo que, en efecto, para determinar el valor normal, en la etapa preliminar de la actuación solamente se tomó la información de la factura aportada por la peticionaria, pues en ese momento era la mejor información disponible. En el mismo informe técnico se narró que, mediante documento allegado por el peticionario el 13 de marzo de 2009, y debido a las observaciones que formuló INVERMEC en la audiencia pública celebrada dentro de la investigación administrativa, solicitó que se calculara nuevamente el valor normal del mercado interno brasileño a partir del precio de exportación hacia Colombia, de los productos objeto de investigación. Frente a dicha solicitud, el Ministerio decidió tomar, para el cálculo *“la senda*

*del precio FOB de exportación de **azadones, barras y zapapicos** de Brasil a Colombia, obtenido de la base de datos de declaraciones de importación con fuente DIAN... Así las cosas, la SPC⁷ calculó el promedio ponderado del precio FOB de exportación de Brasil a Colombia, transacción por transacción, para obtener un valor normal en USD/kg de US\$3,63/Kg en el periodo de análisis”⁸.*

De lo anterior se deduce que, por una parte, no es cierto que se hubiera tomado como base única, para efectos de determinar el valor normal, una factura de la empresa brasileña PARABONI, pues lo que se desprende del informe técnico transcrito es que se tuvieron en cuenta otros elementos probatorios; y, en segundo lugar, que en este tipo de investigaciones administrativas, la autoridad encargada de adelantarlas debe tener en cuenta el principio de la “mejor información disponible” (artículo 4 del Decreto 991 de 1998), según el cual, los hechos se pueden dar por demostrados con fundamento en la información que repose en el expediente, siempre que no se cuente con elementos probatorios que acrediten otra cosa, cuando la parte interesada se negó a permitir el acceso a la información, o no la facilitó dentro de un plazo prudencial.

En el presente caso, son los importadores quienes tienen acceso a la información relativa a los precios de los productos que ellos compran en el mercado internacional e importan luego a Colombia. En consecuencia, era INVERMEC quien tenía la facilidad de acceder a esa información y de aportarla a la actuación.

Ahora bien, aun si se aceptara que la factura de la empresa PARABONI no demuestra, por sí sola, que la de Brasil sea una economía de mercado, lo cierto es que, para efectos de tener a un tercer país como país de referencia, el Decreto 991 de 1998 no exige que se realice dentro de la actuación administrativa un estudio destinado a demostrar que el país que se ha tomado como referencia tiene una economía de mercado. Realmente, en

⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

⁸ Fl. 379, c.a.

estos casos, quien tendría que demostrar que ello no es así, sería el interesado, ya que se asume que, en condiciones normales, el mercado internacional se rige por leyes del comercio internacional. En todo caso, el artículo 10 exige únicamente que el país de referencia tenga procesos y escalas de producción similares a los del país exportador y calidad comparable de los productos.

Por la misma razón, no es relevante que existan “enormes diferencias entre las economías de la República Popular China y la de Brasil”, según se afirmó en la demanda, pues, se reitera, a pesar de esas diferencias, lo que realmente es decisivo es que los procesos de producción y los productos mismos sean similares.

Finalmente, en cuanto a lo que la demandante denomina “coeficiente de apertura económica”, la Sala señala que es un concepto que no se encuentra en las normas que regulan el tema de las prácticas de dumping y que, además, como ya se dijo, para efectos de tomar un tercer país como país de referencia, lo que realmente importa es que tenga unas condiciones que permitan asumir que los precios de venta de los productos objeto de investigación, en dicho país de referencia, son precios normales, esto es, que son precios en cuya fijación intervienen las leyes de oferta y demanda del comercio internacional o del mercado interno de dicho país, y no que se trata de precios impuestos en virtud de un régimen de planificación central o de economías fuertemente dirigidas por los gobiernos, en las que dichos precios pueden resultar artificiales.

No hay en el expediente administrativo, ni en el proceso judicial, prueba alguna que apunte a que la economía brasileña, en esa rama de producción, o de manera general, sea una economía centralmente planificada o una economía cerrada. Por las mismas razones, no había razón alguna para tener a la India como país de referencia.

Condiciones de economía de mercado en China

Según la demandante, en la rama específica de la producción, China tiene condiciones de economía de mercado y así lo demostró dentro de la actuación administrativa.

Al respecto, la Sala observa que el acto administrativo acusado partió de la base de que no estaba cabalmente demostrado que, en la rama específica de la producción, existieran condiciones de mercado en la República Popular China. Como demostración de tal afirmación, mencionó la demandante que los productores chinos no recibían subvenciones del gobierno.

El dumping es, en esencia, una práctica que consiste en la fijación de precios inferiores a los normales del mercado con la finalidad de afectar una rama de la producción en un país determinado. Aunque la demostración de que el país exportador cuenta con un sistema de economía central planificada puede, eventualmente, indicar la posible existencia de dichas prácticas, no es determinante por sí solo. De hecho, es posible que países con economía de mercado incurran en dichas prácticas y, viceversa, que países con economías centralmente planificadas, no lo hagan. Para llegar a la conclusión de que se produjo el dumping, lo que se debe demostrar es, en primer lugar, una divergencia⁹ entre el valor pagado por el producto importado y el valor normal del mismo, divergencia que es la que, en últimas, produce o amenaza producir un daño importante a la rama de la producción respectiva en el país importador.

En el caso bajo estudio, dentro de la actuación administrativa se demostró la divergencia de precios mencionada. Las pruebas que, según la demandante, demostraban que en esa rama de la producción, la República Popular China tenía condiciones de mercado, no son suficientes para desvirtuar la práctica de dumping. En efecto, aun si se admitiese que el gobierno chino no da subvenciones a las empresas de esa rama de producción, lo cierto es que durante el periodo objeto de investigación, se hicieron exportaciones de

⁹ Divergencia en virtud de la cual el precio pagado sea inferior en las exportaciones, con respecto al precio interno en el país de origen.

China hacia Colombia a precios sustancialmente inferiores a los del valor normal para los productos en cuestión.

En cuanto a la determinación del valor normal y la diferencia de precios entre los productos importados y los de producción nacional, el Ministerio tuvo en cuenta inicialmente una factura aportada por los peticionarios, correspondiente a la empresa brasileña PARABONI. Sin embargo, debido a cuestionamientos formulados por INVERMEC dentro de la actuación administrativa, se tomó la información proveniente de declaraciones de importación correspondientes al periodo objeto de investigación, de las cuales se obtuvo un promedio ponderado de 3,63 dólares por kilogramo¹⁰.

Por su parte, el precio de exportación de China hacia Colombia fue obtenido a partir de la información disponible en la base de datos de declaraciones de importación de la DIAN, que arrojó un promedio ponderado de 1,08 dólares por kilogramo.

Tanto el precio de las importaciones de Brasil, como el de las importaciones de China corresponde a precios FOB y son, por ende, precios comprables.

En cuanto a la prueba del daño a la rama de la producción nacional, dentro de la investigación administrativa se determinó que la mayor parte de los indicadores económicos de la rama de producción nacional mostraron un desempeño negativo durante el periodo que fue objeto de investigación. En los folios 4.929 a 4.966 está descrito de manera detallada el comportamiento de cada uno de dichos indicadores. En resumen, disminuyó la participación de mercado de los productores nacionales en 8.26 puntos porcentuales, también disminuyó la participación de mercado de los demás países en 5.5. puntos porcentuales, mientras que la participación de China aumentó en 13.8 puntos porcentuales. Las importaciones procedentes de China aumentaron en 11 puntos, mientras que las demás importaciones perdieron 6.1 puntos y la producción nacional perdió 6.1 puntos porcentuales.

¹⁰ Fl. 4.888, c.p.

En otras palabras, las importaciones de barras, azadones y zapapicos, durante el periodo objeto de investigación, desplazaron del mercado a los productores nacionales.

También hubo desempeño negativo del volumen de producción destinado al mercado interno, y del volumen de ventas nacionales durante el segundo semestre de 2007 y primero de 2008. Al mismo tiempo hubo un aumento significativo (del orden de 25 puntos porcentuales) del volumen de importaciones.

El uso de la capacidad instalada, que desde el año 2005 hasta antes de empezar el periodo objeto de investigación había venido creciendo, tan pronto empezó la práctica de dumping, se redujo y fue el más bajo de todos los periodos objeto de registro.

También bajaron la productividad, el precio real implícito, y las ventas nacionales de los peticionarios con respecto al consumo nacional aparente, entre otros.

A pesar de que dentro de la actuación administrativa se abrió la posibilidad de que tanto el gobierno chino como las empresas de ese país aportaran pruebas para demostrar que en el sector prevalecían las condiciones de una economía de mercado, los documentos que fueron aportados no eran concluyentes. En efecto, se aportaron unos listados de salarios de algunas empresas chinas del sector, con el objeto de demostrar que dichos salarios tenían unos niveles superiores a los de Colombia. Y se aportó una certificación expedida por una de dichas empresas, en la que se afirma que en China existen condiciones de economía de mercado en ese sector específico.

Al respecto, la Sala debe precisar que para que se pudieran tener en cuenta los precios del país exportador, no bastaba con una certificación expedida por una de las empresas que operan en dicho país, que afirma la condición de ser un sector con características de economía de mercado. Tampoco el

hecho de que los salarios pagados sean superiores a los del mercado colombiano. Esos son elementos dispersos que tendrían algún valor probatorio si estuvieran acompañados de otras pruebas más sólidas.

Para que se pueda llegar a la conclusión de que un sector específico de la economía de un país determinado está regido por leyes del libre mercado, es necesario demostrar que los procesos de extracción, producción, manufactura, distribución, comercialización y venta de los productos están sometidos a reglas claras y contrastables frente a lo que el comercio internacional entiende por libre comercio, esto es, por empresas que no están sometidas a un control directo por parte del gobierno. Para ello existen, además, los canales oficiales propios de los gobiernos y de los organismos y tratados multilaterales de comercio. Pero, en todo caso, no es una certificación expedida por una empresa, el medio idóneo para acreditar esos hechos.

Incapacidad de HERRAGRO S.A. para satisfacer el mercado interno

Según la demandante, HERRAGRO S.A. no tenía la capacidad para suplir el mercado interno de palas, azadones, barras y zapapicos.

La Sala entiende que el cargo está dirigido a desvirtuar uno de los elementos del dumping, es decir, el relativo al daño ocasionado a la rama de la producción nacional.

A pesar de la afirmación hecha por la demandante, en el informe técnico final¹¹, se da cuenta de que *“El productor nacional fabrica los azadones, barras y zapapicos con estándares de tecnología que le permiten competir en el mercado nacional e internacional... la rama de producción nacional, entre el primer semestre de 2005 y el primero de 2006, estuvo en capacidad de atender el 100% de la demanda nacional de palas y tal situación se mantuvo en el segundo semestre de 2007 y primero de 2008, aún en presencia de las importaciones con dumping originarias de China. En la situación previa a las*

¹¹ Fls. 418 y 419, c.a.

importaciones con dumping, la rama de producción nacional estuvo en capacidad de atender el 240% de la demanda y en los últimos semestres dicha capacidad de atención se redujo al 210%”.

Es conveniente aclarar que aunque el informe pareciera referirse exclusivamente a la producción de palas, en realidad la información se refiere a todos los productos que fueron objeto de análisis en la actuación administrativa, tal como se desprende de la anotación obrante en el folio 419 del cuaderno de antecedentes administrativos, que dice que *“Para estimar la capacidad disponible para el mercado local, se tomó la capacidad instalada total y se le restaron las toneladas exportadas por la rama de producción nacional”* (subrayado por la Sala).

Productos similares

Dijo la demandante que los productos originarios de China y los fabricados en Colombia, que fueron objeto de investigación, no son similares, ya que los producidos en China son de calidad superior. En efecto, se afirmó que mientras los productos fabricados en Colombia tienen una composición mínima de carbono del 0.45, los de China tienen, en promedio, un 0.65. A mayor cantidad de carbono, mayor dureza del metal y menor ductilidad.

El demandado adujo que eso no es cierto y que los productos de China y Colombia tienen similares características, según lo conceptuado por el Grupo de Origen y Producción Nacional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Al respecto, la Sala observa que en el folio 4.845 del cuaderno de antecedentes administrativos, en la denominada “evaluación técnica del mérito para la imposición de derechos definitivos”, se mencionó el estudio hecho por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sobre la similaridad entre los productos de fabricación nacional y los importados de la China.

En esa evaluación se mencionó que los peticionarios presentaron una descripción detallada y catálogos de las características químicas, físicas, insumos y diagrama e informe de los procesos productivos, tanto del producto importado como del producido en Colombia.

Agregaron que los procesos de producción de palas, azadones, barras y zapapicos son universales, lo que implica que estos son iguales en Colombia y en China. Que, por ende, no existen diferencias entre el producto nacional y el importado, salvo la marca y la etiqueta. Que tampoco existen diferencias en cuanto al nombre comercial y técnico, tipo, características físicas y químicas, normas técnicas y uso.

También se mencionó en la evaluación técnica que mediante memorando SPC-187, del 14 de agosto de 2008, la Subdirección de Prácticas Comerciales solicitó al Grupo de Origen y Producción Nacional, concepto sobre la similitud entre los productos de fabricación nacional y los importados, dependencia que dio respuesta mediante memorando del 21 de agosto de 2008, en el sentido de conceptuar que, teniendo en cuenta la información técnica suministrada por los peticionarios, se concluyó que los productos nacionales y los importados son similares. Adicionalmente dijo que en las visitas practicadas por la entidad a las plantas de producción de la empresa HERRAGRO S.A. se observó que en el proceso de producción se utilizan troqueles, hornos, máquinas inyectoras, biseladoras y durómetro, para establecer la dureza y temple de los productos terminados. Agregó que durante dichas visitas se observó que HERRAGRO S.A. cuenta con máquinas de alta tecnología para la fabricación de palas, azadones, barras y zapapicos y que cumple con normas técnicas ICONTEC y certificaciones ISO 9001-2000 y NTC-ISO 1401-2004.

En consecuencia, queda desvirtuado el supuesto fáctico en el que se fundamenta el cargo.

Posición de la Sociedad de Agricultores de Colombia – SAC

Según la demandante, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo descontextualizó un oficio enviado por la SAC como si el mismo expresara una posición favorable a la imposición de derechos antidumping, cuando lo que realmente decía dicho oficio era que ese gremio condicionaba la adopción de dichas medidas a que se respetara el debido proceso dentro de la actuación administrativa.

Al respecto, la Sala precisa que la manifestación hecha por la SAC no es más que una opinión, cuyos efectos no van más allá de servir como mera ilustración, pero que no puede atar ni condicionar la decisión, ni en la vía administrativa, ni mucho menos en la judicial. El acto administrativo encuentra su apoyo en el principio de legalidad, en la medida en que es la ley la que le da legitimación y, por ende, solamente puede excluirse del ordenamiento jurídico en aquellos casos en que se demuestre la violación de dicho principio de legalidad. En el fondo, todas las causales de nulidad del acto administrativo son modalidades de la violación de la ley.

Por lo anterior, resulta irrelevante determinar el sentido de una opinión que haya sido expresada por un tercero dentro de la actuación administrativa, pues la misma no tiene la capacidad de desvirtuar la legalidad del acto ni de confirmarla.

SEGUNDO CARGO. DESVIACIÓN DE PODER

Según la demandante, la finalidad de los derechos antidumping es proteger el interés público y evitar o resarcir los daños a la rama de producción nacional. Dijo que, como dentro de la actuación administrativa no se demostró dicho daño, se configuró la desviación de poder pues la imposición de derechos antidumping perseguía fines diferentes a los señalados en las normas. Que la imposición de medidas antidumping cuando la rama de la producción nacional crece se traduce en una desviación de poder ya que permite que el solicitante mantenga su posición dominante.

Además, dijo la demandante que la importación de insumos ha contribuido a la generación de un mercado más dinámico, ya que los altos precios de HERRAGRO S.A. no contribuían al crecimiento del sector.

La Sala precisa que, cuando se trata de un cargo de nulidad por desviación de poder, para su prosperidad es necesario demostrar que el funcionario que expidió el acto obró con un propósito distinto al que está contemplado en la norma. En el caso bajo estudio, dice la demandante que dicho propósito desviado fue el de permitirle a la empresa solicitante –HERRAGRO S.A.- mantener su posición dominante en el mercado colombiano.

Lo primero que se debe señalar es que no hay prueba que acredite que existe una posición dominante de parte de HERRAGRO S.A. en el mercado nacional y específicamente en el mercado de los productos que fueron objeto de medidas antidumping.

En segundo lugar, tampoco hay evidencia en el expediente que demuestre que el propósito buscado por el Ministerio no era el de la protección del interés general sino el de mantener dicha supuesta posición de dominio. En cambio, sí existe prueba de que las importaciones efectuadas durante el periodo investigado se hicieron con violación de las normas sobre dumping y que el valor de los productos importados fue inferior a lo que se conoce como valor normal para esos productos.

También quedó demostrado que hubo un daño a la rama de la producción nacional. Ese daño se materializó como una afectación negativa de varios indicadores económicos y financieros, tales como el volumen de producción del mercado interno, el volumen de ventas nacionales, el uso de la capacidad instalada, la productividad, el precio, la participación de las ventas, la utilidad bruta, la utilidad operacional, etc.

Por último, la afirmación de que los altos precios de los productos fabricados por HERRAGRO S.A. estaban afectando la seguridad alimentaria, aparte de

que no constituye, en estricto sentido, un cargo de nulidad por desvío de poder, tampoco fue demostrada por la demandante.

En consecuencia, no se demostró la desviación de poder alegada en la demanda.

No prospera el cargo.

TERCER CARGO. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Dijo la demandante que se violó el debido proceso por varios motivos que pasa la Sala a resolver.

Ausencia de representatividad

El artículo 39 del Decreto 991 de 1998 dispone que para la apertura de investigación por dumping, se requiere petición que se encuentre apoyada por productores nacionales que representen más del 50% de la producción total del producto de que se trate. A los documentos que acreditarían esa representatividad se les dio carácter reservado y, por ende, se limitó la posibilidad de controvertir dicha representatividad.

La Sala considera que, del análisis de la actuación administrativa se desprende que todos los interesados tuvieron acceso a la información que era necesaria para garantizar el derecho de defensa. Respecto al tema específico de la representatividad, en los folios 1.117 y 1.118 de la actuación administrativa obra copia de la “Evaluación técnica del mérito para la imposición de derechos definitivos... versión pública”, documento en el que consta que:

“Para el recibo de conformidad y apertura de la investigación, la SPC evaluó la solicitud presentada por la Cámara de Fedemetal de la ANDI y Herragro S.A., en nombre de la rama de producción nacional... y encontró que cumplía los requisitos establecidos... dado que dicha empresa representa más del 50% de la rama de producción nacional.

*Como prueba de ello, la SPC evaluó la certificación expedida por la Cámara de Fedemetal de la ANDI del 17 de abril de 2008, en la cual consta que la empresa HERRAGRO S.A. se dedica a la producción en Colombia de **palas, barras, azadones y zapapicos** y tomó en cuenta que de acuerdo con la información estadística que maneja dicha agremiación estima que representa el 72.4% de la producción nacional de palas, clasificadas por la sub partida 8201.10.00.00 y el 100% de la producción nacional de azadones, zapapicos y barras clasificadas por la sub partida 8201.30.00.00”.*

Es decir, que de la simple lectura del documento mencionado, se desprende el contenido de la certificación con fundamento en la cual se dio por acreditado el requisito de la representatividad. Información que era suficiente para que cualquier interesado pudiera controvertirla, si era necesario.

Consumo nacional aparente

Dijo la demandante que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el informe técnico preliminar y en el “documento de hechos esenciales”, no incluyó la información sobre inventarios para efectos de calcular el consumo nacional aparente porque afirmó que no fueron aportados por los importadores. Esa afirmación es contraria a la realidad, ya que los importadores sí presentaron dicha información (folios 260, 1018, 1069 y 1422).

Al respecto, basta con decir que se trata de un error irrelevante que no alcanza a producir la nulidad del acto. Lo cierto es que en los documentos técnicos que obran en la actuación administrativa se demostró el daño producido a la rama de producción nacional, que era el elemento fundamental para imponer derechos antidumping.

HERRAGRO S.A. como importador

Dijo la demandante que HERRAGRO S.A. efectuó cuantiosas importaciones de China durante el mismo periodo del supuesto dumping (folios 1144, 1151 a 1153). Sin embargo, el Ministerio consideró que esas importaciones eran insignificantes, pese a ser las mayores del sector.

La Sala debe precisar nuevamente que el argumento hace una afirmación sin explicar de qué manera la misma podría configurar causal de nulidad del acto acusado. El numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo contempla, como parte del contenido de la demanda, la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación. De manera que si en la demanda el actor se limita a afirmar que la Administración hizo o dejó de hacer algo, pero no explica las razones por las cuales dicha acción u omisión constituyen vulneración de una norma específica, ni tampoco es posible deducir dicha vulneración del contexto mismo de la actuación, es imposible para el juez hacer un pronunciamiento de fondo sobre la acusación.

Eso es precisamente lo que ocurre en el presente caso, ya que la demandante afirma que HERRAGRO S.A. hizo cuantiosas importaciones durante el periodo objeto de análisis, pero no encuentra la Sala la razón para que ese hecho, de ser cierto, constituya causal de nulidad del acto. La exportación de bienes hacia Colombia a precios sustancialmente inferiores a los del valor normal en el país de exportación, no se desvirtúa por el hecho de que otra empresa haya hecho importaciones.

Falta de valoración de pruebas

Afirmó la demandante que el Ministerio no tuvo en cuenta el contenido de las siguientes pruebas:

- Carta de la Embajada de China (folios 3048 y 3050).
- Información de las empresas productoras chinas sobre la calidad del acero en China (folio 3050).

- Escrito de Tangshan Hongli sobre el desmonte de subsidios en la industria del acero en China (folios 3061 y 3062).
- Nóminas aportadas por los productores chinos que muestran salarios de más de 1.2 millones de pesos colombianos para cada trabajador de las empresas productoras chinas participantes (folios 4006, 4046 a 4053 y 3051).
- Estudio de la Universidad de Antioquia que establece la menor calidad del producto de HERRAGRO S.A. (folios 1187 a 1201).
- Informes de FERRETERÍA TÉCNICA S.A. (folio 3098), DYNA S.A. (folios 4054, 4055, 4004 y 4005), y de los productores chinos (folio 3050), sobre la falta de capacidad para atender el mercado.

Sobre las pruebas relacionadas con el acero en China y la superior calidad de los productos originarios de ese país, ya la Sala dijo que, de haberse tenido en cuenta ese aspecto, los derechos antidumping probablemente tendrían que haber sido impuestos con mayor severidad.

Respecto a las pruebas relacionadas con el desmonte de subsidios y las nóminas de los trabajadores de las empresas chinas, se reitera que en una investigación por prácticas de dumping, la Administración solamente tiene que demostrar que se exportaron hacia Colombia productos a precios inferiores al valor normal y que esas exportaciones a menor precio del producto exportado produjeron un daño importante a la rama de la producción nacional respectiva. La existencia de subsidios y los niveles salariales del país de origen no son más que elementos accesorios y, en todo caso, como ya se dijo, son hechos para cuya prueba no bastaba con aportar una o varias certificaciones expedidas por empresas chinas del sector.

Unidad de medida

Según la demandante, de acuerdo con la Decisión 653 de 2006 del Acuerdo de Cartagena, el estudio acerca de la existencia de dumping debe fundamentarse en unidades y no en kilogramos. A pesar de ello, el Ministerio impuso la sanción utilizando la medida de peso.

El artículo 3 de la Decisión 653 del Acuerdo de Cartagena dispone:

“Artículo 3.- Las unidades físicas, expresadas en términos de masa, longitud, área, volumen, energía eléctrica y número, en que deben ser registradas las estadísticas correspondientes a cada subpartida NANDINA, figuran en el Anexo de la presente Decisión”.

Como se puede observar, la norma se refiere a la expresión de las unidades físicas en el registro de estadísticas a que se refiere la Decisión 653. En la parte considerativa de la misma se anuncia que el objeto de dichas disposiciones es el de facilitar la recopilación, comparación y análisis de las estadísticas del comercio internacional. Nada tiene que ver, pues, con las medidas para el control de prácticas de dumping. Y es evidente que las dos disposiciones, esto es, la Decisión 653 por un lado y las normas sobre control de prácticas restrictivas de la competencia, por el otro, obedecen a propósitos sustancialmente diferentes. La Decisión 653 busca unificar las unidades de medidas para efectos de facilitar la comparación y el conocimiento estadístico del comercio internacional, al paso que las normas sobre dumping son mecanismos de protección del comercio internacional y de garantía para las empresas y economías de aquellos países que puedan verse afectados o amenazados por prácticas desleales en el comercio internacional. Para esto último, en ocasiones puede resultar adecuada la utilización de unidades de medida en kilogramos.

Mal manejo del expediente

Dijo la demandante que el expediente tuvo profusos cambios en su numeración, lo que dificultó tener certeza sobre su contenido.

La Sala considera que si bien es cierto que el expediente administrativo tiene errores en la foliación, eso no ocasionó ninguna violación de las garantías de los interesados. Todas las pruebas estaban a su disposición. Como se verá más adelante, aunque existió una parte de los documentos que estaba sometida a reserva y que por esa razón no era de libre acceso, lo cierto es

que toda la información que era fundamental para la decisión, fue conocida por todos los intervinientes.

Definición errada del concepto de rama de la producción nacional

Dijo la demandante que la producción de palas, azadones y zapapicos, sumadas, representan el 5.54% respecto de la producción total del sector, según las cifras expedidas por el DANE. Que dicho sector se encuentra descrito en el CIU (Código Industrial Internacional Uniforme), en la división 28 (fabricación de productos de metal), grupo 289 (fabricación de otros productos de metal), clase 2893 (fabricación de artículos de cuchillería, herramientas de manos y artículos de ferretería) y que, por ende, los productores que presentaron la queja ante el Ministerio no tenían la representatividad suficiente para que se iniciara la investigación administrativa.

La Sala encuentra que el argumento no puede conducir a la nulidad del acto acusado. El hecho de que en el Código Industrial Internacional Uniforme, se haya hecho una clasificación de productos, no quiere decir que toda investigación administrativa por prácticas de dumping tenga que abarcar la totalidad de la división, grupo o clase respectiva, ya que puede ocurrir que la práctica de dumping solamente haya cobijado a un producto o productos específicos.

Falta de citación previa a los productores nacionales

Según la demandante, el Ministerio no consultó a C. I. INVERMEC S.A., a BELLOTA S.A. ni a LHAURA VET LTDA. sobre la apertura de la investigación, con lo cual se violó lo dispuesto por el artículo 5.4. del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Respecto de INVERMEC, la Sala encuentra que intervino a lo largo de toda la actuación administrativa y, en consecuencia, mal podría aceptarse el

argumento de que no fue citada, cuando lo que aparece evidenciado en el expediente es que desde las primeras etapas de la actuación hizo parte de la misma.

Respecto de BELLOTA S.A. y LHAURAVET LTDA., la Sala reitera que el requisito exigido por el Decreto 991 de 1998 es que la solicitud de investigación cuente con el apoyo de una parte significativa de la rama de la producción nacional que, como ya se dijo, fue un requisito debidamente acreditado.

Periodo para valorar la práctica de dumping

Según la demandante el Ministerio tomó como periodo para valorar la existencia de dumping el que va de agosto de 2007 a agosto de 2008, lo que resultaría violatorio del documento G/ADP/6 16 de mayo de 2000 y G/ADP/M/16 de 20 de septiembre de 2000 de la OMC, que establece que dicho periodo debe ser de tres años.

La Sala, sin embargo, encuentra que el documento **G/ADP/6 del 16 de mayo de 2000**, dice:

“El Comité considera que sería conveniente disponer de directrices para determinar qué período o períodos de recopilación de datos serían adecuados para el examen de la existencia de dumping y de daño. No obstante, el Comité reconoce asimismo que la existencia de tales directrices no excluye la posibilidad de que las autoridades investigadoras tomen en cuenta las circunstancias particulares de una determinada investigación al establecer los períodos de recopilación de los datos con respecto tanto al dumping como al daño, y asegurarse de que esos períodos sean adecuados en cada caso”.

Es decir que el mismo documento invocado por la demandante admite que las autoridades de cada país pueden adoptar, para cada caso, plazos diferentes a los recomendados.

Solicitante que es exportador e importador

Dijo la demandante que si un exportador es, a la vez, importador, no tiene legitimidad para actuar y que como HERRAGRO S.A. es productor e importador, no tenía legitimación para actuar.

Sobre este aspecto ya la Sala se pronunció al resolver el primer cargo. Se reitera que el hecho de que una o varias empresas que hacen parte de la rama de producción afectada, hayan realizado también importaciones, no desvirtúa la existencia de las prácticas de dumping ni la existencia del daño a dicha rama, como ya se dijo.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

Presidenta de la Sección

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**