



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Oficina Asesora Jurídica

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR
Versión Pública:

MEMORANDO Folio No. 5590

OJ-2715

Para: Dra. ELOISA FERNANDEZ DE DELUQUE
Secretaria Técnica Comité AAA

De: Coordinador grupo Procesos Judiciales

Asunto: Demanda C.I. Invermec S.A.

Origen: 12000

Fecha: Bogotá, D.C., 20-10-10

Con el presente le allego copia de la demanda que ha instaurado en contra De la entidad, la firma **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC S.A.**, para que a la mayor brevedad posible valga decir a mas tardar el próximo 26 de los corrientes , se den a conocer al suscrito las consideraciones y análisis que le merezcan a esa dependencia, los soportes de hecho y de derecho en que se funda la menciona acción.

Lo anterior a fin de asumir una eficaz defensa de los intereses de la Nación- Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Sería de gran valor que lo aquí solicitado se alegue también en medio magnético

Cordialmente,

ALVARO PEÑARANDA ALVAREZ

Anexo: 61 en (61) folio
Proyectó: Alvaro Peñaranda A
3983



GD-FM-10-v1

LILIANA RODRÍGUEZ
Abogada

Honorables Magistrados:
CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN CUARTA
Sala de lo Contencioso Administrativo
E. S. D.

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR
Versión Pública:
Folio No. 8891

Ref.: Acción de Nulidad contra la Resolución N° 1665 del 18 de junio de 2009 *"Por la cual se adopta la decisión final de la investigación administrativa adelantada por "dumping" en las importaciones de palas, azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China"* expedida por la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

LILIANA MARÍA RODRÍGUEZ RETAMOSO, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional número 93.705 del Consejo Superior de la Judicatura, identificada como aparece al pie de la firma, obrando en calidad de apoderada de la sociedad **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC S.A.**, cuya sigla es **C.I. INVERMEC S.A.**, conforme a poder que esta sociedad me ha conferido para representarla, ejercito la **ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD** contenida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo contra la Resolución N° 1665 de fecha 18 de Junio de 2009 *"Por la cual se adopta la decisión final de la investigación administrativa adelantada por "dumping" en las importaciones de palas, azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China"* expedida por la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO con lo que se da cumplimiento a los requisitos del artículo 137 del C.C.A.

1. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES

1.1. PARTE DEMANDANTE

La sociedad **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC S.A.**, cuya sigla es **C.I. INVERMEC S.A.**, Sociedad Anónima constituida a través de Escritura Pública N° 694 de la Notaría 61 de Bogotá inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 21 de Abril de 1.994 bajo el número 444848 del libro IX, con N.I.T. 800227924-8, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., que obra a través de su Presidente el doctor **FERNANDO GÓMEZ JARAMILLO**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía N° 4'323.271 de Manizales.

1.2. PARTE DEMANDADA

Se demanda a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y**

TURISMO cuyo representante es LUIS GUILLERMO PLATA PAEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79'419.389 de Bogotá D.C., nombrado Ministro mediante Decreto N° 057 del 15 de enero de 2007 y Acta de Posesión N° 1359 del 16 de enero de 2007, o quien haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, el Decreto-Ley 210 de 2003 y demás normas concordantes.

2. LO QUE SE DEMANDA

Se solicita la nulidad parcial de la Resolución N° 1665 de fecha 18 de Junio de 2009 "*Por la cual se adopta la decisión final de la investigación administrativa adelantada por "dumping" en las importaciones de palas, azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China*" publicada en el Diario Oficial N° 47.425 el 29 de julio de 2009 de los siguientes apartes demandados:

- 2.1. El artículo 3 de la parte resolutive, que señala: "Imponer un derecho antidumping definitivo a las importaciones de azadones, barras y zapapicos, clasificadas por la subpartida 8201.30.00.00, originarias de la República Popular de China, el cual consistirá en una cantidad correspondiente a la diferencia entre el precio base FOB de USD\$1,32/kilo, el precio FOB declarado por el importador siempre que este último sea menor al precio base".
- 2.2. El artículo 4, cuyo texto reza: Artículo 4°. "El derecho antidumping estará vigente por cinco (5) años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Resolución. Estos derechos serán aplicados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN- conforme las disposiciones legales del Decreto 991 de 1998 y a lo previsto en esta Resolución, así como a las normas de recaudo, constitución de garantías, procedimientos y demás materias relacionadas con los gravámenes arancelarios que establece el Decreto 2685 de 1999 y las normas que lo modifiquen o deroguen".

3. HECHOS

- 3.1. La solicitud que dio origen a estas Resoluciones fue efectuada por un gremio en nombre de las firmas importadoras y productoras nacionales Herragro S.A. y Andina de Herramientas. Estas compañías con antelación a su solicitud de apertura de la investigación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, realizaron cuantiosas importaciones de los productos en cuestión de la República Popular China, incurriendo en este caso en la misma circunstancia por la cual estas empresas inician posteriormente la

acción antidumping ante el citado Ministerio, pero con inventarios previamente acumulados, para pretender alegar que un aumento desmesurado en las importaciones de los productos en cuestión, había ocasionado una caída en el precio, que supuestamente estaba afectando a la producción y el empleo nacionales, fenómeno generado por su propia culpa, al parecer de forma deliberada, con la intención de eliminar a competidores eficientes.

- 3.2. Así se puede advertir, a lo largo del expediente, que Herragro S.A. después de haber logrado acceder a importaciones masivas a precios muy bajos, solicita el inicio de la investigación aparentemente con el fin de evitar que su competencia importe, de manera análoga, herramientas de la República Popular China dentro de la misma partida.
- 3.3. De esta manera, Herragro S.A., importador que es a su vez productor nacional, parecería estar buscando que con la expedición de una decisión administrativa, el Estado colombiano le consolide y amplíe la posición dominante que ha tenido tradicionalmente en el mercado de las palas, azadones, zapapicos y barras, con la imposición de derechos antidumping a las importaciones de insumos efectuadas por los productores nacionales competidores, en detrimento del interés de millones de trabajadores rurales, obreros de la construcción y de las actividades mineras, quienes utilizan esos elementos como instrumentos de trabajo.
- 3.4. En atención a la solicitud anterior, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expide la Resolución N° 0380 de Septiembre 2 de 2.008 *"por la cual se dispone 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"*. El Ministerio no consulta a otros productores nacionales con antelación a la apertura de la investigación como le exigen las normas vigentes.
- 3.5. C.I. INVERMEC S.A. (INCOLMA), empresa productora nacional, y algunos de sus distribuidores más importantes e importadores de palas, azadones, zapapicos y barras como DYNA S.A. y Cacharrería Mundial S.A. intervienen en esta acción.
- 3.6. C.I. INVERMEC S.A. (INCOLMA) desde su creación ha sido una empresa con un enorme liderazgo moral y ética mercantil. C.I. INVERMEC S.A. (INCOLMA) genera más ochocientos (800) empleos directos, vende utensilios agrícolas y de otros tipos en el mercado nacional y exporta a 35 mercados diferentes. El objeto de esta empresa consiste en la fabricación o ensamble directamente o a través de subcontratación con terceros, de todo tipo de herramientas, especialmente de herramientas para la agricultura y la construcción, herramientas de mano para el mantenimiento de equipos, herramientas de corte para el trabajo de

materiales ferrosos y no ferrosos, herramientas manuales con motor incorporado para ser vendidos en el mercado nacional o en el exterior. La historia de C.I. INVERMEC S.A. empieza en el año 1.961 como Sociedad Industria Colombiana de Herramientas (INCOLMA). Posteriormente, en el año 1.994 se crea C.I. INVERMEC S.A. que absorbe a INCOLMA en el año 2003. La estructura actual de producción de C.I. INVERMEC S.A. surge, entre otras razones, para adaptarse a las nuevas condiciones globalizadas de mercado. Deja de producir aquellas líneas en las que no es competitiva y se concentra en aquellas en las que tiene una ventaja comparativa (por precio o calidad).

- 3.7. Con esta restricción a las importaciones de la China se pondrían en peligro los más de 800 empleos directos que genera CI INVERMEC S.A., productor nacional que utiliza insumos provenientes de la China en sus procesos de integración vertical, además de generar un enorme daño a la economía colombiana, especialmente a la agricultura, a la minería, a la construcción y a los consumidores de alimentos.
- 3.8. En la investigación intervienen importantes gremios como son la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) y la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC).
- 3.9. C.I. INVERMEC S.A. aporta estadísticas del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE que demuestran que la producción nacional de palas, azadones, zapapicos y barras ha aumentado durante los años en que se da el supuesto dumping.
- 3.10. FENALCO, con fundamento en estudios económicos y jurídicos, sostiene que las importaciones de palas, azadones, zapapicos y barras provenientes de la República Popular China tienen precios competitivos en el mercado internacional y se producen en condiciones de sana competencia. La SAC hace una intervención en la que defiende la sana utilización de los instrumentos de defensa comercial en un contexto en el que se respete el debido proceso.
- 3.11. En la investigación también intervienen las empresas productoras chinas Tangshan Renhe Hardware Tool Co Ltd, Tangshan Hongli Hardware Tools Co Ltd, Shandong Panghu Tools y Luannan Guozhu Hardware Tool Manufacturing Co Ltd, sociedades limitadas sin participación estatal de la República Popular de la China y la representación diplomática de este país en Colombia.
- 3.12. Las empresas productoras chinas intervienen para mostrar que no incurren en prácticas de dumping. Particularmente, demuestran que:

- 3.12.1. En esta Rama de la Producción la República Popular China cuenta con más de 100 empresas privadas productoras en competencia.
- 3.12.2. El mercado del acero en China desmontó todos sus subsidios desde el año 2007.
- 3.12.3. Los salarios cancelados a los trabajadores son muy superiores al salario mínimo en Colombia. Al respecto, Luannan Ghoushu tiene un Salario promedio de \$1'251.128⁰⁰ pesos colombianos, Shandong Pangu Tools tiene un salario promedio de \$1'449.489⁰⁰; y
- 3.12.4. La calidad del acero para las herramientas agrícolas está en función de su contenido de Carbono. En Colombia el mínimo es del 0,45. Los aceros de las palas, azadones, zapapicos y barras producidos por estas empresas productoras chinas tienen contenidos de carbono alrededor de 0,65. Por lo tanto, su participación en el mercado se está dando por su alto nivel de calidad y no por prácticas anti competitivas o ventas de productos a precios de dumping como erradamente lo sostiene Herragro S.A.
- 3.13. La representación diplomática sostiene que conforme al Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio países como Nueva Zelanda, Rusia, ASEAN, Suráfrica, Brasil, Argentina, Chile, Australia, Pakistán, Corea del Sur y Egipto, entre otros, han reconocido el status de este país como economía de mercado para "ramas específicas de la producción".
- 3.14. Sobre el particular, los tribunales de la Unión Europea reconocen a la República Popular China como economía de mercado para ramas específicas de la producción de conformidad con el Protocolo de Adhesión en los siguientes casos que fueron mencionados al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo durante el periodo probatorio:
- Sun Sang Kong Yuen Shoes Factory v Council T- 409 de 2006
 - Zhejiang Aokang Shoes v Council T – 407 de 2006
 - Shandong Reipu Biochemicals Co. Ltd v Council T – 413 de 2003
- 3.15. Pese a que se aportó evidencia que demuestra la inexistencia de dumping y el crecimiento de la Rama de la Producción Nacional el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expide la Resolución N° 0518 de Diciembre 10 de 2.008 *"por la cual se adopta la determinación preliminar en la investigación administrativa iniciada por la Resolución 0380 del 2 de septiembre de 2008"*. A través de la primera resolución impone un derecho antidumping preliminar de 1,41 USD por unidad a las importaciones de azadones, zapapicos y barras provenientes de la República Popular China.
- 3.16. Posteriormente, expide la Resolución N° 0618 de Diciembre 18 de 2.008 *"por la cual se aclara la Resolución 0598 del 10 de diciembre de 2008"*. Con esta

resolución desconoce la NANDINA, que es la nomenclatura arancelaria común de los países de la Comunidad Andina de la cual Colombia es miembro de pleno derecho, puesto que aclara que el derecho antidumping se impone por kilogramo y no por unidad como lo exige la cuantificación de estas partidas. Dado que se trata de utensilios bastante pesados y a que cuando la calidad del acero aumenta el peso también tiende a ser mayor, esta resolución implica una multiplicación del derecho antidumping contraria a las sanas prácticas del derecho de competencia y desestimula la importación de utensilios de alta calidad.

3.17. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo incurre en las siguientes irregularidades, entre otras:

3.17.1. Descontextualiza un oficio presentado por la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) que se refiere a la importancia del debido proceso en la investigación.

3.17.2. Hace un uso equivocado del concepto de confidencialidad, en contravía de los parámetros internacionales existentes en la materia y de las normas nacionales que regulan el tema.

3.17.3. Abre la investigación sin efectuar consultas previas a otros productores nacionales diferentes a HERRAGRO S.A. y ANDINA DE HERRAMIENTAS S.A. como es el caso de C.I. INVERMEC S.A.

3.17.4. Omite mencionar las cifras de la Encuesta Anual Manufacturera del DANE aportadas varias veces al expediente y que muestran el alto y dinámico crecimiento de la Rama de la Producción Nacional de palas, azadones, zapapicos y barras en los años del supuesto Dumping.¹

3.17.5. Desconoce cifras de la Superintendencia de Sociedades y declaraciones de los solicitantes que demuestran que durante los últimos años la producción nacional y las ventas de palas, azadones, zapapicos y barras han presentado un enorme crecimiento tanto en ventas locales como de exportación.²

¹ Estas cifras de carácter público fundamentadas en la Encuesta Anual Manufacturera del DANE fueron aportadas con la respuesta al cuestionario de C.I. INVERMEC S.A el 24 de octubre de 2009 y radicadas bajo el número 1-2008-047454. Fueron aportadas nuevamente el 29 de octubre de 2009 radicadas con el número 1-2008-048280 con la solicitud de terminación anticipada de la investigación. Posteriormente fueron presentadas en la audiencia pública y radicadas el 13 de marzo de 2009 bajo los números 1-2009-008113 dejando por escrito los argumentos presentados en la audiencia y aportadas en la respuesta otorgada a la pregunta de los solicitantes en la audiencia bajo el número 1-2009-008115.

² Se aportó bajo el radicado 1-2009-009093 de Marzo 20 de 2009 un estado financiero con la correlación entre las cifras públicas del solicitante en la Superintendencia de Sociedades y las declaraciones de los solicitantes durante el proceso que muestran el excelente desempeño en las ventas de estos productos. Los solicitantes declararon a folios 3267 y 3487 que el 56% de su producción total corresponde a azadones, zapapicos, barras y palas, y que éstos productos equivalen al 50% de las ventas nacionales y otro porcentaje similar de las ventas al exterior. Con

3.17.6. Califica a productores nacionales reconocidos como C.I. INVERMEC S.A. y BELLOTA S.A. como si solamente fueran importadores. Y por el contrario, califica al solicitante HERRAGRO S.A. como si fuera solamente productor, pese a que ha presentado un importante nivel de importaciones en ambas partidas³. Es decir utiliza un doble estándar para calificar a cada una de las partes en litigio

3.17.7. Menciona un documento inexistente para fundamentar el valor normal (economía del tercer país de referencia): Un supuesto estudio que demuestra que Brasil es una economía comparable con la China y que no aparece en el expediente.⁴

3.17.8. Omite mencionar las cifras que demuestran que el mercado de Brasil no es representativo a nivel internacional y que, por el contrario, existen economías como la mexicana y la india que presentan un nivel de similitud mayor a la economía china con base en los criterios del artículo 10 del Decreto 991 de 1998.

3.17.9. Descontextualiza y omite la integridad de las pruebas presentadas por los productores chinos que demuestran que para esta rama de la producción en la China hay una economía de mercado, que hay más de 100 empresas en competencia, que los salarios son en el equivalente en pesos colombianos de más de \$1'200.000, es decir salarios altos que no tienen dumping social y que la penetración de los productos se debe a su calidad y alto contenido de carbono.⁵

estas afirmaciones pudo hacerse una correlación entre los estados financieros de los solicitantes tomados de la Superintendencia de Sociedades que demuestran el buen desempeño de la producción y ventas de palas, azadones, zapapicos y barras durante el periodo en estudio. Esto además del excelente desempeño de la empresa solicitante, Herragro S.A., durante el periodo del supuesto dumping.

³ Las cifras sobre las importaciones efectuadas por el solicitante se encuentran incluso en el documento sobre hechos esenciales en las páginas 60 y 61 para palas (8201.10.00.00) y en las páginas 98 y 99 para azadones, zapapicos y barras (8201.30.00.00). Al respecto, pese a la contundencia de las cifras que muestran que Herragro S.A. fue el mayor importador de azadones, zapapicos y barras en el segundo semestre de 2007 y que importa en esta partida desde el año 2005 y que en palas ocupa el segundo lugar.

Este desconocimiento del Test de Igualdad lleva a la vulneración del derecho a la igualdad y al debido proceso. Al encontrarse, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo frente a dos situaciones iguales debería calificarlas de la misma manera.

⁴ Sobre este aspecto, es al solicitante a quien corresponde la carga de aportar elementos que demuestren porque Brasil es una economía de mercado comparable y al Ministerio le corresponde hacer un estudio de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 991 de 1.998. Este estudio no existe en el expediente. Lo único que existe es una factura aislada que es desconocida a través del informe de hechos esenciales. Por lo tanto, no hay un sustento para continuar la investigación y establecer a Brasil como el mercado referente para el precio normal.

⁵ Un poder de los productores chinos fue recibido directamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el día anterior a la audiencia. Esta situación no fue informada por el Ministerio durante la misma y se conoció por los reportes de entrega de documentos de DHL. Dado que estos poderes estaban notariados y el proceso de consularización puede demorarse hasta 8 meses se presentó un recurso radicado bajo el N° 1-2009-008121 con el fin de que en atención a los principios del debido proceso y derecho de defensa se tuvieran en

3.17.10. Omite y descontextualiza las cifras de la Superintendencia de Sociedades que muestran el excelente desempeño de las empresas solicitantes Herragro S.A. y Andina de Herramientas S.A. durante los últimos años y de cómo no existe el supuesto daño alegado desde la presentación de la solicitud. Es decir una entidad oficial desconoce en sus decisiones, las pruebas derivadas de los balances registrados ante otra entidad oficial.

3.17.11. Sin la existencia de un desdoblamiento oficialmente aceptado por la DIAN como autoridad aduanera, en la partida de palas entre palas para la jardinería y palas para la agricultura, la minería y la construcción o respecto a los producciones específicas para azadones, zapapicos y barras procede, el Ministerio, a construir supuestos discrecionales ("economía creativa" llamada sutilmente por los expertos) que parten de la base de excluir a productores nacionales, que producen dentro de la misma partida, para intentar sustentar procedimentalmente una investigación que se abrió sin cumplir con los parámetros del Decreto 991 de 1.998 o del Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio de consulta previa a los productores nacionales.⁶

3.17.12. Hace un cálculo errado del Consumo Nacional Aparente manifestando que los inventarios aportados por los importadores no fueron recibidos – afirmación contraria a la realidad dado que las respuestas a los cuestionarios se encuentran en el expediente- y mostrando de esta manera unas conclusiones que se apartan de la realidad.⁷

3.17.13. Desconoce las cifras sobre valor efectivo de protección superior al 70% del arancel vigente que otorga un margen amplio de protección a la producción local de palas, azadones, zapapicos y barras.⁸

cuenta. Mientras tanto, la apoderada actuó con base en la figura de agencia procesal. Finalmente, la consularización terminó hacia el mes de abril y se aportaron los poderes consularizados que confirmaron la actuación.

Las demás pruebas fueron aportadas por los productores chinos al expediente antes de la celebración de la audiencia pública y con posterioridad a la misma, durante el periodo probatorio, a través de faxes recibidos directamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y los siguientes escritos: 1-2009-008112 de Marzo 13 de 2009, 1-2009-008117 de Marzo 13 de 2009

⁶ Al respecto, aparecen las actas de las visitas a Troquelados Metálicos Técnicos folios 3278 a 3290, Lhaura Vet folios 3301 a 3333 muestra que hay producción en ambas partidas y C.I. INVERMEC S.A. folios 3565 a 3763 y las fotos de su proceso productivo a folios 4644 a 4705 muestran evidentemente la existencia de otros productores nacionales.

⁷ Pese a que se señaló este hecho en la audiencia, la información sobre inventarios no se tiene en cuenta en el informe de hechos esenciales respecto a palas en el 2.2.2 página 53 nota de pie de página 28 y en azadones, zapapicos y barras página 92 numeral 3.2.2 nota de pie de página 39.

⁸ Este valor se presentó en la audiencia pública y se refrendó a través de los escritos 1-2009-008113 de marzo 13 de 2009 y 1-2009-009094 de Marzo 20 de 2009

- 3.17.14. Descontextualiza y desconoce el acta de la Visita In Situ practicada al productor nacional C.I. INVERMEC S.A. La producción de esta empresa tiene un capacidad de 1000 palas diarias que equivalen a 365.000 palas en un año. La empresa produce más de 800 empleos directos.
- 3.18. En el expediente se logró comprobar de manera evidente y contundente a través de cifras de carácter público, recolectadas y expedidas por entidades de carácter oficial como el DANE y la Superintendencia de Sociedades, cifras de LEGISCOMEX y WISERTRADE, información otorgada de manera oportuna por importantes productores de la República Popular China y de Colombia y muchas otras pruebas, de la inexistencia de la práctica de dumping y la inexistencia de daño a la Rama de la Producción Nacional.
- 3.19. Pese a que todo lo anterior, se le puso de presente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, este continuó omitiendo la valoración de las pruebas presentadas.
- 3.20. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo celebró una audiencia donde se expusieron todos los temas anteriores. Pese a la existencia de una grabación, el Ministerio posteriormente elaboró un acta que fue objeto de varios reparos debido a que excluyeron la mayoría de los argumentos que demostraban la inexistencia de dumping. Esta acta posteriormente fue corregida, **con posterioridad a la expedición de la decisión final pero antes de su publicación**, pero sin embargo, la decisión final no reflejó la realidad económica y jurídica demostrada a lo largo del expediente.
- 3.21. Finalmente, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió la Resolución N° 1665 de fecha 18 de Junio de 2009 "*Por la cual se adopta la decisión final de la investigación administrativa adelantada por "dumping" en las importaciones de palas, azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China*" no impone derechos antidumping a las palas. Sin embargo, impone derechos antidumping en la partida 8201.30.00.00 correspondiente a azadones, zapapicos y barras con un desconocimiento grave del derecho al debido proceso.
- 3.22. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo impone derechos antidumping en abierta contradicción del Decreto 991 de 1.998 y los compromisos asumidos por el país en el **Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994** o Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio.
- 3.23. Esta Resolución expedida sin seguir los parámetros constitucionales y multilaterales puede llevar a Colombia al incumplimiento de sus

compromisos internacionales y a ser objeto de una nueva sanción en la Organización Mundial del Comercio.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En nuestro concepto, la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo incurre en las siguientes causales de nulidad al expedir la resolución objeto de esta acción:

- 4.1. Falsa Motivación
- 4.2. Desviación de Poder
- 4.3. Desconocimiento del Debido Proceso
- 4.4. Ilegalidad o Violación de La Ley.

4.1. PRIMER CARGO: FALSA MOTIVACIÓN

Se desconoce jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado – Sección Cuarta que con ponencia del Honorable Consejero Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas sobre el particular establece:

“(…) El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo impone el deber de motivar la sentencia, para lo cual se deben analizar los hechos, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, todo eso con el fin de resolver todas las peticiones y cuestiones propuestas en el proceso. Preciado lo anterior, se observa que la falsa motivación tiene lugar cuando no existe correspondencia entre la parte motiva y resolutive del acto, o cuando los motivos invocados como fuente de la decisión por parte de la Administración no son reales o no existen, o están desfigurados al punto de no corresponder a la realidad.”⁹

“se observa que la *falsa motivación* tiene lugar cuando no existe correspondencia entre la parte motiva y resolutive del acto, o cuando los motivos invocados como fuente de la decisión por parte de la Administración no son reales o no existen, o están desfigurados al punto

⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION CUARTA, Sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009) Consejero Ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS -Bogotá, D.C., Actor: CONCRETO S.A. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APREDIAJE-SENA.

de no corresponder a la realidad.”^{10[2]}

4.1.1. Normas Infringidas

Se infringe la Ley 7 del 16 de Enero de 1.991 publicada en el Diario Oficial N° 39.631 por medio de la cual se crea el Ministerio de Comercio Exterior: Artículo 10.

No se tiene en cuenta la Ley 170 de Diciembre 15 de 1.994 publicada en el Diario Oficial No. 41.637, de 16 de diciembre de 1994 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino: Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: Artículos 1, 2, 3 y 4.

Se desconoce el Decreto 991 del 1° de Junio de 1.998 publicado en el Diario Oficial N° 43.313 del 3 de Junio de 1998 Por el cual se regula la aplicación de derechos “antidumping” en sus artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 23 y 26.

Se pasa por desapercibido el Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio (OMC - WT/L/432 - 23 de noviembre de 2001 S. 15 a) i)

Se soslaya la Constitución Política de Colombia en sus artículos 83, 226, 227, 333, 334 y 336.

Se infringe el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 2, 3, 14, 15, 16, 28, 34, 35 y 76.

4.1.2. Concepto de la Ilegalidad

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo impone derechos antidumping sobre la importación de azadones, zapapicos y barras con fundamento en la existencia de una supuesta práctica de dumping que afecta a la producción nacional de estos productos.

Durante el periodo bajo estudio la Rama de la Producción Nacional crece consistentemente de acuerdo con las cifras oficiales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Los productos importados desde la República Popular China se vendieron en Colombia a precios acordes

^{10[2]} CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del diez (10) de julio de dos mil dos (2002), C.P. Dr. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, expediente 11629.

con el nivel de los mercados internacionales. Esta evidencia se presenta al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su oportunidad y se desconoce por parte de esta entidad.

En consecuencia, no se configura la práctica de dumping. Por este motivo, se incurre en Falsa Motivación la Resolución N° 1665 de fecha 18 de Junio de 2009.

4.1.3. Definición de Dumping

El artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio establece:

“Artículo VI: Derechos antidumping y derechos compensatorios

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

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

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

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

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

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

Los derechos antidumping se aplican cuando una empresa exporta sus productos a un precio inferior al que aplica normalmente en el mercado de su propio país, y esta venta afecta a los productores nacionales del país al que exporta sus productos. Esto significa que se requiere demostrar:

a) La existencia de “dumping” —exportación de un producto a un precio

Carrera 11A N° 93 A 62 Of. 303 • Tel: (571) 6940379 / 7428250 • Fax: (571) 7559010-7559030

Bogotá – Colombia

menor al valor de mercado del mismo en el país de origen o si este país no es una economía de mercado respecto al precio de un tercer país comparable-,

- b) Daño a la Rama de la Producción Nacional del país que importa el producto, y
- c) establecer el vínculo causal entre la existencia del fenómeno de dumping y el daño a la Rama de la Producción Nacional.

Dando un ejemplo concreto, si una empresa Y ubicada en el país X vendió su producto C a un precio de 1USD/Kg en su mercado interno pero exporta este producto a un país B a un precio de 0,50USD/Kg y esas exportaciones afectan a los productores de ese producto en el país B se configuraría un fenómeno de dumping.

En conclusión, se requiere demostrar un precio bajo respecto al mercado del país de origen o el país comparable (precio inferior al precio normal), un daño causado en la economía del país de destino y la existencia de un nexo causal entre el precio bajo y el daño.

4.1.4. Del Crecimiento de la Rama de la Producción Nacional

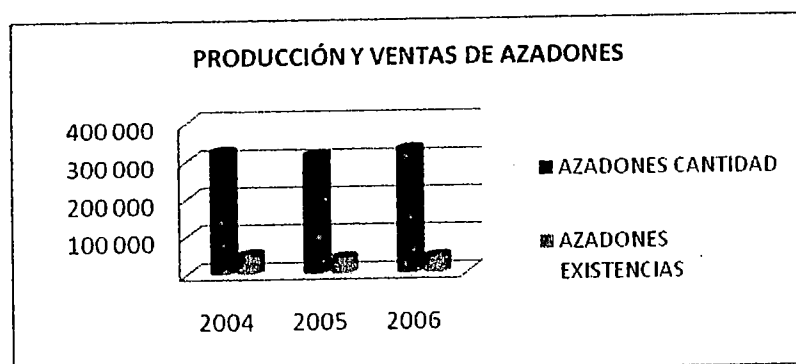
Las siguientes cifras tomadas de la Encuesta Anual Manufacturera del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, allegadas oportunamente a la investigación que adelantó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, muestran el crecimiento de la producción nacional de azadones, zapapicos y barras:

ARTICULOS (CON PRODUCCION SUPERIOR A \$ 5.000.000 DURANTE EL AÑO)	CANTIDAD AD	VALOR PRODUCCION	CANTIDAD AD	CANTIDAD AD VAR %	VALOR PRODUCCION	VALOR PRODUCCION VAR %
AÑOS		2 004			2 005	
Azadones	325 145	3 435 266	312 834	-3,8	3 133 682	-8,8
Zapapicos	305 478	2 323 455	380 514	24,6	3 084 261	32,7
Barras	100 974	2 143 138	89 569	-11,3	2 086 158	-2,7
Barretones	124 046	1 156 665	94 531	-23,8	875 185	-24,3
TOTAL RAMA						

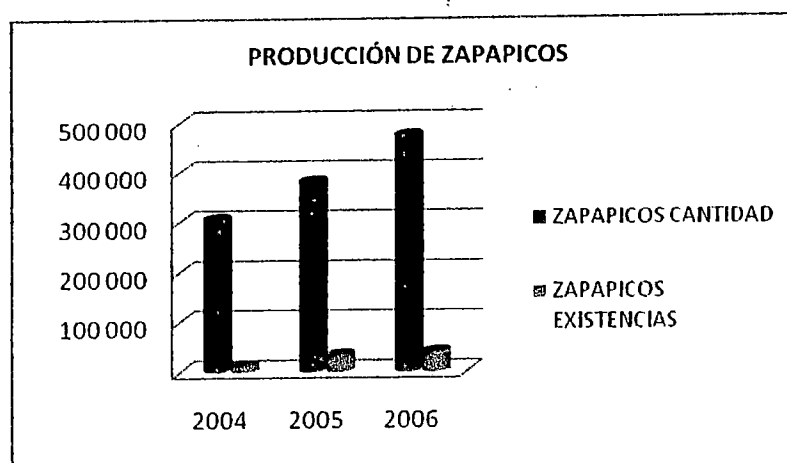
ARTICULOS (CON PRODUCCION SUPERIOR A \$ 5.000.000 DURANTE EL AÑO)	CANTIDAD	CANTIDAD VAR %	VALOR PRODUCCION	PARTICIPACION %	VALOR PRODUCCION VAR %
AÑOS			2 006		
Azadones	329 044	5,2	3 466 080	0,94	10,6
Zapapicos	474 590	24,7	4 253 266	1,15	37,9
Barras	111 621	24,6	2 871 045	0,78	37,6
Barretones	111 964	18,4	1 131 910	0,31	29,3
TOTAL RAMA			369 888 189		100,00

4.1.4.1. *Azadones:*

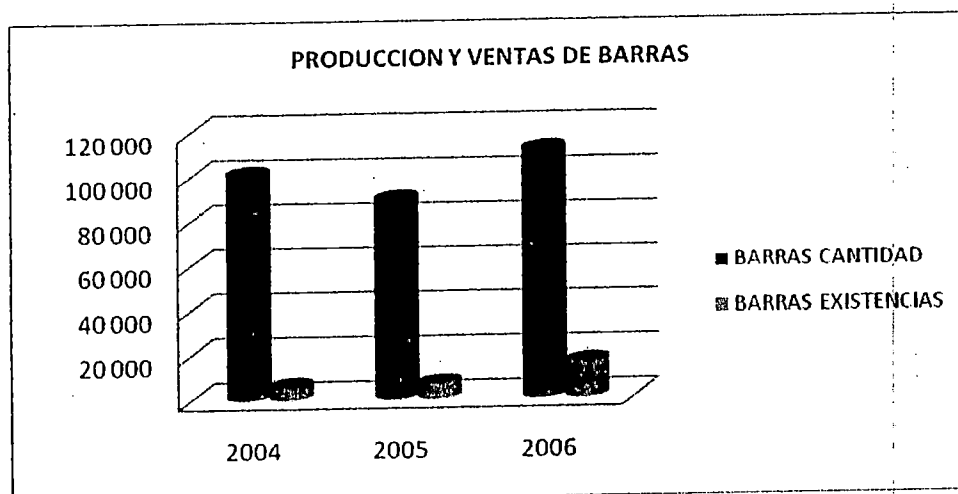
La cantidad de azadones producidos en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2006, de un crecimiento negativo de -3,8% en el 2005 pasa al 5,2% en el 2006. El valor de la producción se incrementa del -8,8% al 0,94%, mientras que el valor de las ventas del 4,3% al 7%.

4.1.4.2. *Zapapicos:*

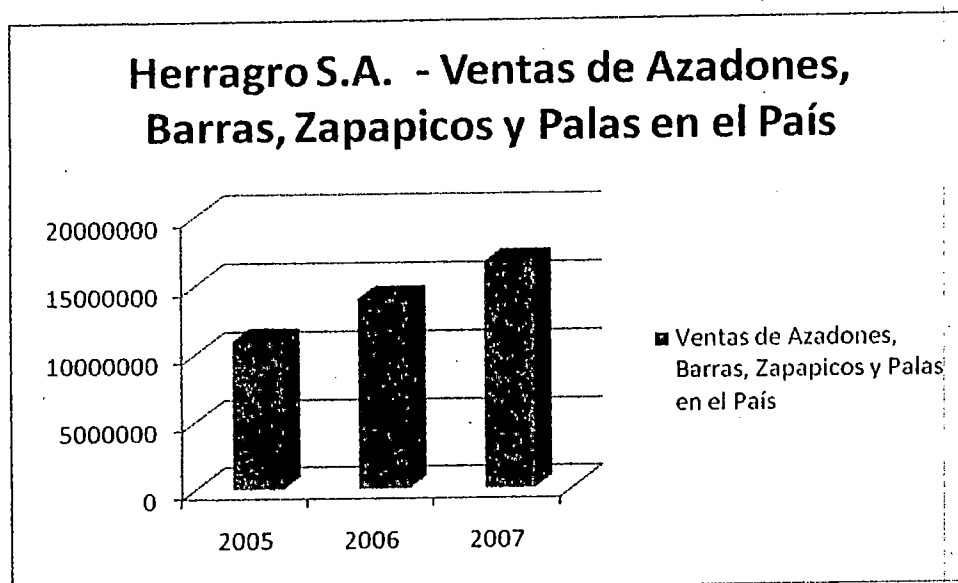
La cantidad producida de zapapicos durante el periodo comprendido entre los años 2004 y 2006, se incrementa en el año 2005 en un 24,6 %, crecimiento que se mantiene para el 2006 en 24,7%, mientras que la variación de las ventas fue del 14,2% y 30,6% en el mismo periodo. El valor de la producción se incrementa en un 32,7% en el 2005 y en 37,9% en el 2006, mientras que el valor de las ventas se incrementa en un 14,2% en el 2005 y en 30,6% en el 2006.

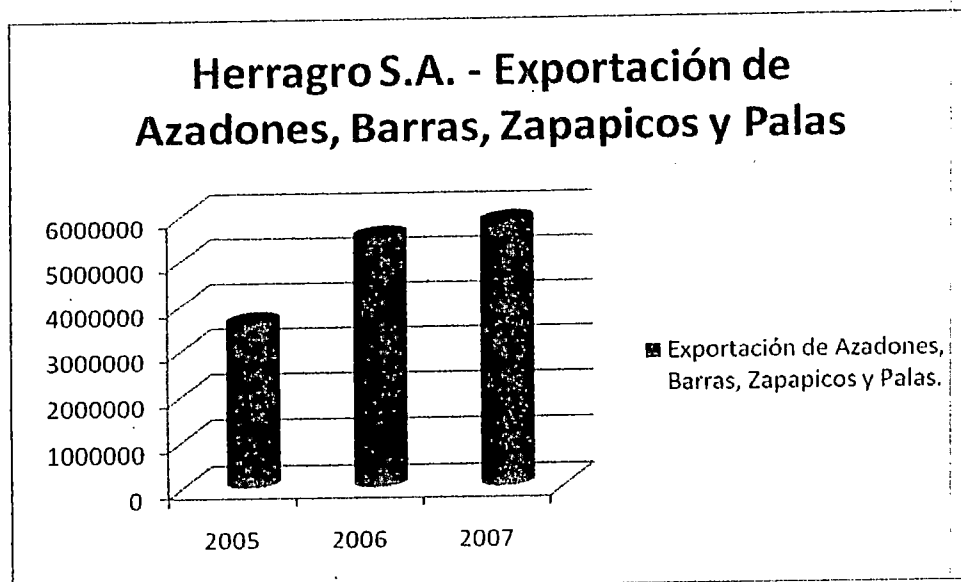
4.1.4.3 *Barras:*

La cantidad producida de barras durante el periodo comprendido entre los años 2004 y 2006, se incrementa en el año 2006 frente a la producción del 2004.



Finalmente, los solicitantes afirmaron en la Audiencia Pública que el 56% de su producción total corresponde a azadones, zapapicos, barras y palas, y que éstos productos equivalen al 50% de las ventas nacionales y otro porcentaje similar de las ventas en el exterior (folios 3267 y 3487). Estas relaciones muestran que la producción nacional y las ventas en los últimos años de palas, azadones, zapapicos y barras han crecido de manera considerable en los últimos años de la siguiente manera:





Por todo lo anterior, no tienen fundamento las conclusiones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que muestran daño a la rama de la producción nacional.

4.1.5 Valor Efectivo de Protección de la Producción Nacional

Se demuestra además que la producción nacional de azadones, zapapicos y barras, SIN LA ADOPCIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING, tiene un valor efectivo de protección superior al 70%.¹¹ Estos cálculos son los que se transcriben a continuación:

PRECIO INICIAL PROMEDIO KG FOB 8201.30.00.00 - Azadones Zapapicos y Barras	(%)	INCREMENTOS PRECIO INICIAL
Precio promedio Kg China		
1,1	100,00%	Precio/Kg FOB
0,3	27,27%	Transporte + Seguro : 0,3
1,4	127,27%	Precio CIF: PRECIO FOB + TRANSPORTE + SEGURO
1,61	146,36%	Precio CIF + ARANCEL (ARANCEL: 0,15)
0,3	27,27%	transporte interno y nacionalización (0,3)
1,91	173,64%	Precio/Kg antes de utilidad

¹¹ Respuesta a los cuestionarios presentados por DYNA S.A., MARPICO, CODIFER, INTERTRAM, C.I. INVERMEC S.A. Por lo tanto, no es entendible como el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no tiene en cuenta las respuestas a los cuestionarios presentadas por estas compañías e incorpora en su análisis la respuesta de la compañía El Crisol que tiene carácter confidencial. Adicionalmente, estas cifras fueron presentadas en el escrito con argumentos de la audiencia pública de C.I. INVERMEC S.A. y los productores chinos radicado el 13 de marzo de 2009 bajo el número 1-2009-008113 y el documento de aporte de pruebas radicado bajo el N° 1 -2009-009094 de marzo 20 de 2009.

2,483	225,73%	Precio/Kg con utilidad (UTILIDAD 0,30)
-------	---------	---

Cálculos efectuados con base en la información aportada por INTERTRAM, MARPICO, CODIFER Y DYNA a la investigación - Precio base Kg tomado de datos DIAN DANE

4.1.6. Sobre la Determinación del Valor Normal

Con el fin de establecer el valor normal – es decir, el valor respecto al cual debe calcularse si existe dumping- Herragro S.A. anexa una factura de la firma brasilera Paraboni, una pequeña empresa brasilera que no es representativa de los precios de mercado de la República de Brasil que no es una evidencia que demuestre porqué la República de Brasil es una economía de mercado.

Esta no es una evidencia aceptable por el Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ni aparece a todo lo largo del expediente un estudio sobre el valor normal efectuado por el Ministerio del Comercio, Industria y Turismo o por Herragro S.A. de acuerdo a lo requerido por el artículo 10 del Decreto 991 de 1.998. Sobre este particular la decisión **OMC – Estados Unidos Productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón** establece lo siguiente:

“En el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* se dispone que el valor normal –el precio del producto similar en el mercado interno del exportador o el productor- debe establecerse sobre la base de ventas realizadas “en el curso de operaciones comerciales normales”. Así pues, las autoridades encargadas de la investigación deben excluir las ventas que *no* se realizan “en el curso de operaciones comerciales normales” del cálculo del valor normal.” (OMC – P. 189 WT/DS184/AB/R de 24 de julio de 2001)¹²

4.1.6.1. Ausencia de Estudio de Mercado de Referencia y Errores en la Unidad de Medición

Por último, dado que *el arancel establece que este tipo de productos deben medirse por unidades y no por kilogramos*, se hizo un ejercicio comparativo teniendo en cuenta unidades de las mismas características y los diferenciales de

¹² Organización Mundial del Comercio. Documento WT/DS184/AB/R de 24 de julio de 2001 pág. 189. Estados Unidos Productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón.

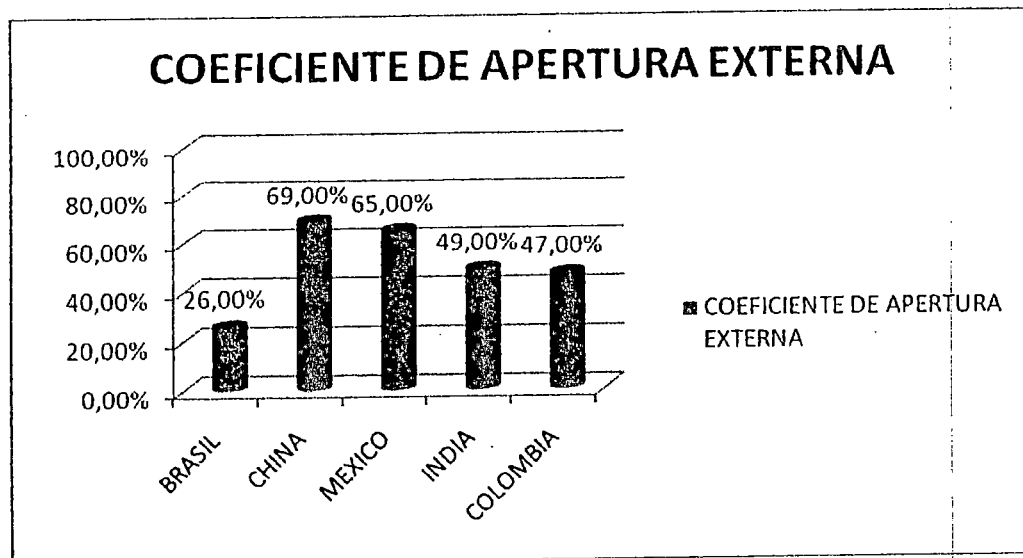
precios entre los productos chinos y de otros orígenes (países) presentaron un diferencial mínimo, así:

FACTOR DE CONVERSIÓN Y CALCULOS OTROS PAISES IMPORTADORES FRENTE A BRASIL							
PRODUCTOS	Factor de conversión Peso en KG a/	INDIA PRECIO UNIDAD US\$	CHINA PRECIO UNIDAD US\$			PRECIO EN EL AÑO	REFERENCIA PRODUCTO
Azadones	1,7	1,98	1,98			2007	AZADON GAVILAN(INDIA) COLIMA (CHINA) REFERENCIA: 3753 N°3
Zapapicos	3,03	2,55	2,50			2006	ZAPAPICOS GAVILAN 5 LBS INDIA Y CHINA

Ante las cifras contundentes que demuestran las diferencias entre la economía de la República Popular China y la República de Brasil, y la ausencia del estudio que no aparece en el expediente, sobre el porqué la economía brasilera debe ser considerada comparable, la solicitud no debió admitirse o debió realizarse por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo un estudio que determinase el porqué la economía brasilera tenía un grado de similaridad con la economía de la China.

4.1.6.2. Coeficiente de Apertura Económica

Este coeficiente establece una marcada diferencia entre las economías de China y de Brasil. El indicador denominado “Coeficiente de Apertura Económica”, desarrollado por importantes teóricos del comercio internacional como Bela Balassa y Charles Kindleberger, muestra que el grado de internacionalización de una economía se mide por su apertura y participación en el comercio internacional. Es decir, la relación entre el comercio global (importaciones mas exportaciones) sobre el respectivo PIB. ***Este indicador muestra que la economía del Brasil es eminentemente cerrada mientras que la economía de la India es fundamentalmente abierta como es la economía de la China.*** De esta manera, se establece categóricamente que Brasil no cumple con los lineamientos para ser considerada una economía de referencia, porque tiene profundas diferencias de conformidad con el artículo 10 del Decreto 991 de 1.998 que exige una dimensión semejante. A continuación una gráfica que ilustra esta conclusión:



4.1.7. Condiciones de Economía de Mercado en la China

El Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio establece lo siguiente:

“(...) 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 (...)” (OMC - WT/L/432 - 23 de noviembre de 2001 S. 15 a) i))

En relación con este caso las autoridades de Colombia manifiestan la intención de utilizar como economía de referencia a la economía de Brasil pese a que hubo participación de los productores chinos y a que éstos demostraron la existencia de condiciones de mercado para esta rama de la producción económica. En consecuencia, se anotan los siguientes aspectos que pueden dar lugar a una nueva sanción comercial en contra de Colombia, por parte de la OMC:

- a) El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se niega a incorporar al análisis las pruebas aportadas por los productores chinos que demuestran que no están siendo beneficiados por subvenciones en los términos del artículo 14 del Acuerdo SMC;
- b) El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se niega a valorar las condiciones reinantes en China como base para determinar si, y en qué medida, 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;

- c) El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo está utilizando metodologías que no son compatibles con la sección 15 del Protocolo de Adhesión;
- d) El Ministerio no ha tenido debidamente en cuenta las dificultades con que puedan haber tropezado los productores chinos para facilitar la información solicitada en los cuestionarios;
- e) El Ministerio ha llegado a conclusiones desfavorables y ha establecido hechos esenciales que no tienen en cuenta la información aportada por los productores chinos.

La Resolución de Apertura, la Resolución de Derechos Preliminares y el oficio de enero 28 de 2009 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo establecen que para dar aplicación al Protocolo se requiere de la participación del Gobierno de la República Popular China o de un productor de este país. Para el efecto, tanto la embajada de la República Popular China como varias empresas productoras participan y demuestran lo siguiente:

1. El listado aportado en el expediente (fl. 84 a 89) muestra que en esta Rama de la Producción la República Popular China cuenta con más de 100 empresas productoras en competencia.
2. El mercado del acero en China desmontó todos sus subsidios desde el año 2007.
3. Tangshan Renhe Hardware Tool Co Ltd, Tangshan Hongli Hardware Tools Co Ltd, Shandong Panghu Tools y Luannan Guozhu Hardware Tool Manufacturing Co Ltd son sociedades limitadas sin participación estatal.
4. Tangshan Hongli es miembro de CCPIT China. CCPIT China es un gremio que agrupa a empresas con altos estándares a nivel chino. Es un gremio comparable con gremios tan respetables en Colombia como FENALCO o la SAC que agrupan a compañías con altos estándares éticos y comerciales.
5. La región que más produce este tipo de elementos en China es la región de Hebei que se encuentra cerca a Beijing. Otros centros productivos se encuentran también en la costa este de la China región caracterizada por un alto desarrollo económico.

6. Los salarios cancelados a sus trabajadores son muy superiores al salario mínimo en Colombia y también al salario mínimo en la China. Al respecto, Luannan Ghoushu tiene un Salario promedio de \$1'251.128^{oo} pesos colombianos, Shandong Pangu Tools tiene un salario promedio de \$1'449.489^{oo}
7. La calidad del acero para las herramientas agrícolas se establece por su contenido de Carbono. En Colombia el mínimo es del 0,45. Los aceros de las palas, azadones, zapapicos y barras producidos por estas empresas productoras tienen contenidos de carbono alrededor de 0,65. Por lo tanto, su participación en el mercado se debe a su alto nivel de calidad y no a prácticas anti competitivas o venta de productos a precios de dumping como erradamente lo sostiene Herragro S.A. empresa que, como ha sido mencionado anteriormente, también compra productos en la República Popular China -pero probablemente no a empresas productoras chinas como las participantes- antes de dar inicio a la acción.

La Embajada de la República Popular China y las Empresas Productoras Chinas Shandong Panghu Tools, Tangshan Rehne, Tangshan Hongli y Luannan Ghoushu participan y muestran que se dan las condiciones de economía de mercado en esta Rama de la Producción. Al respecto se aportaron cifras de bases de datos reconocidas a nivel mundial y local como WISERTRADE y LEGISCOMEX además de otra evidencia relevante.¹³

Sobre la aplicación del Protocolo de Adhesión se cita al Sr. Li Haitong, Consejero Económico de la Embajada de la Republica Popular China quien sostiene que: "... Más de 70 países reconocen el estatus de economía de mercado de China, entre los cuales, se encuentran la Nueva Zelandia, Rusia, ASEAN, Suráfrica, Brasil, Argentina, Chile, Australia, Pakistán, Corea del Sur, Egipto..."

Sobre el particular, la Unión Europea reconoce a China como economía de mercado para ramas específicas de la producción de conformidad con el Protocolo de Adhesión en los siguientes casos que fueron mencionados al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo durante el periodo probatorio:

- Sun Sang Kong Yuen Shoes Factory v Council T- 409 de 2006
- Zhejiang Aokang Shoes v Council T – 407 de 2006
- Shandong Reipu Biochemicals Co. Ltd v Council T – 413 de 2003

¹³Escrito con argumentos de la audiencia pública de C.I. INVERMEC S.A. y los productores chinos radicado el 13 de marzo de 2009 bajo el número 1-2009-008113 y documento de aporte de pruebas radicado bajo el N° 1 - 2009-009094 de marzo 20 de 2009 con cifras de Wisertrade y LEGISCOMEX.

ubicó durante el periodo seleccionado por el Ministerio en US\$ 3,63 que es un valor muy por fuera de los estándares internacionales.

4.1.9. Incapacidad de Herragro S.A. para Satisfacer el Mercado

Las declaraciones de DYNA y Ferretería Técnica S.A. muestran que Herragro S.A. no tiene la capacidad de suplir la demanda de palas, azadones, zapapicos y barras en Colombia. De los distribuidores consultados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la mitad no contestaron y los que respondieron manifestaron que Herragro S.A. no tiene la capacidad suficiente para atender el mercado local. Al respecto, informa Ferretería Técnica S.A. al Ministerio:

*"En cuanto a la empresa de herramientas "HERRAGRO S.A." (...) me he encontrado con problemas en mi distribución, porque sus entregas de productos como palas, azadones, barras, zapapicos, barretones y otros sufren demoras tal que en algunos casos se pierde la venta o hay que recurrir a productos sustitutos en el mercado"*¹⁶

Por su parte, DYNA S.A. informa lo siguiente:

*"Durante el tiempo que DYNA S.A. utilizó los servicios de Herragro S.A. como proveedor de DYNA S.A. advirtió falta de apoyo a su gestión comercial y de mercadeo, gestión poco uniforme en el manejo de precios y la atención directa por parte de Herragro S.A. al canal detallista ferretero también atendido por DYNA S.A."*¹⁷

Esta incapacidad fue utilizada por otros productores e importadores para atender el mercado. Por lo tanto, estas pruebas muestran que Herragro S.A. no tiene la capacidad de surtir el mercado nacional de manera adecuada.

4.1.10. Similitud

Como se ha mencionado anteriormente, la calidad del acero se establece por su contenido de Carbono (C). En Colombia el contenido mínimo es del 0,45. Los aceros de las palas, azadones, zapapicos y barras provenientes de la República Popular China tienen contenidos de Carbono alrededor de 0,65. En otras palabras, no son productos similares a los producidos por Herragro S.A. debido a que su nivel de calidad es superior y su duración para la agricultura, la minería y la construcción es mucho mayor. Esta realidad está sustentada en un estudio realizado por la Universidad de Antioquia y los documentos enviados por los productores chinos.¹⁸

¹⁶ Folio 3098 (3098-60)

¹⁷ Radicado 1-2009-005369 del 23 de febrero de 2009.

¹⁸ Estas pruebas han sido aportadas por DYNA S.A. que aportó un estudio sobre la calidad del acero de estas herramientas elaborado por la Universidad de Antioquia que obra a folios 1187 al 1201 y los productores chinos que han aportado los radicados 1-2009-008112 de Marzo 13 de 2009 de Tangshan Hongli Hardware Tools Co., Ltd; 1-2009-008117 de Marzo 13 de 2009 de Tangshan Rehne Hardware Tool Co. Ltd. y escrito con argumentos

4.1.11 Posición de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC)

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo descontextualizó un oficio enviado por la Sociedad de Agricultores de Colombia como si el mismo expresara una favorabilidad de este gremio hacia la imposición de derechos antidumping. Al respecto, la **Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC)** se vio obligada a intervenir con el fin de aclarar su posición a través del oficio VP-012/09 del 1 de Junio de 2009 que se transcribe a continuación:

“(…)la redacción utilizada en el documento (…) pareciera poner de manifiesto una inclinación de la SAC hacia la imposición de medidas (...), lo cual está lejos de nuestro interés único de señalar el apoyo de la SAC al uso de los instrumentos comerciales para dirimir los conflictos comerciales, sin que ello significa estar a favor o en contra de alguno de los actores de este proceso específico.

“(…) Como asistentes a la audiencia pública realizada por el Ministerio dentro del proceso de investigación y al analizar los documentos probatorios y los planteamientos hechos por las partes, hemos podido constatar fallas procedimentales significativas por parte de los investigadores del Ministerio Público, como la misma definición de sector de la producción, la aceptación de documentos irrelevantes para establecer mercados de referencia que no son representativos y, sobre todo, determinación de nivel de precios insuficiente y basada en cotizaciones de mercados locales.

“Lo anterior, nos permite llamar la atención del señor Viceministro en el sentido de solicitarle la supervisión de este proceso, a fin de evitar que actuaciones de esta naturaleza por parte del Ministerio Público puedan poner en tela de juicio la transparencia e idoneidad institucional para manejar el debido proceso, lo que a la final se puede traducir en fallos que desvirtúen y desestimulen el uso la aplicabilidad de los instrumentos de defensa comercial.”

Es evidente que la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) no apoyaría la imposición de derechos antidumping sin tener en cuenta las pruebas aportadas y las claras cifras económicas y jurídicas allegadas al expediente. La Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) condiciona su apoyo a verificación de la existencia de debido proceso por parte de la investigación adelantada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

4.2. SEGUNDO CARGO: DESVIACIÓN DE PODER

Se desconoce jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Cuarta que en un caso similar con ponencia de la Honorable Consejera Dra. Ligia López Díaz, establece que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo incurre en Desviación de Poder. Establece este fallo:

“... la actora cumplió con la obligación de presentar oportunamente los cuadros insumo producto, correspondientes al período de 1996, en los términos previstos en el artículo 54 de la Resolución 0682 de 1995, esto es “con posterioridad a la internación de las materias primas o insumos y previa a la exportación del bien producido”, y ante la División de Sistemas Especiales, para su respectiva verificación y aprobación. (...) Se concluye entonces, que no fue precisamente la ausencia de los cuadros insumo-producto lo que no permitió a la División de Control y Seguimiento verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la actora, como lo sostiene la demandada en su recurso de apelación y que por el contrario, si algún retardo hubo en la presentación de tales cuadros, no fue por causas imputables a la demandante, sino a la división encargada de su estudio y aprobación. En conclusión, la Sala encuentra configurado el cargo de falsa motivación y desviación de poder en los términos propuestos por el a quo, pues no contienen los actos acusados una referencia precisa a las razones por las cuales se configura el incumplimiento, y por el contrario lo que se evidencia en el proceso es una falta de coordinación entre las distintas Divisiones del INCOMEX, la imprecisión sobre los términos de cumplimiento y garantía y la ausencia de definiciones concretas frente al trámite establecido para la aprobación de los cuadros insumo-producto y el posterior análisis de la documentación relativa a la demostración del cumplimiento de las obligaciones a cargo del beneficio del programa Plan Vallejo, que se concretan en los documentos de importación y exportación”¹⁹

4.2.1. Normas Infringidas

En lo relacionado con las normas desconocidas se pueden señalar las siguientes, entre otras:

- La Ley 7 del 16 de Enero de 1991 publicada en el Diario Oficial N° 39.631 por medio de la cual se crea el Ministerio de Comercio Exterior: Artículo 10.
- La Ley 170 de Diciembre 15 de 1994 publicada en el Diario Oficial No. 41.637, de 16 de diciembre de 1994 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION CUARTA, Sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005), Consejera ponente: Dra. LIGIA LOPEZ DIAZ. Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00593-01(14498). Actor: HELICENTRO LTDA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR INCOMEX

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

(OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino: Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: Artículos 1, 2, 3 y 4.

- El Decreto 991 del 1º de Junio de 1.998 publicado en el Diario Oficial N° 43.313 del 3 de Junio de 1998 Por el cual se regula la aplicación de derechos "antidumping": Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 23 y 26.
- La Constitución Nacional: Artículos 13, 29, 83, 226, 227, 333, 334 y 336.
- El Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 3, 14, 15, 16, 28, 34, 35 y 76

4.2.2 Concepto de la Ilegalidad

El cargo de Desviación de Poder exige demostrar que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo actúa con móviles diferentes a la protección del interés general de la economía. Una investigación sobre Dumping debe realizarse con los siguientes fines contenidos en los artículos 2 y 3 del Decreto 991 de 1.998:

ARTÍCULO 2.- INTERÉS GENERAL. *Las investigaciones a que se refiere este decreto se adelantarán por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior - INCOMEX- y se harán en interés general. La imposición de derechos "antidumping", se hará en interés público, con propósito correctivo o preventivo, siempre que exista la práctica de "dumping", y de modo general para cualquier importador de los bienes sobre los que esos derechos recaen. Los derechos se imponen respecto de un país y si es el caso, de manera particular sobre los productores y exportadores de ese país.*

ARTÍCULO 3.- ALCANCE. *El presente título establece las disposiciones aplicables a las importaciones de productos originarios de países miembros de la Organización Mundial de Comercio -OMC- que sean objeto de "dumping", cuando causen o amenacen causar daño importante a la rama de producción nacional, o retrasen de manera importante su establecimiento en Colombia.*

Dado que no se demuestra un Daño a la Rama de la Producción Económica o la existencia de Dumping existe Desviación de Poder al imponer un derecho antidumping persigue fines diferentes a los establecidos por la norma.

4.2.3. Indebida Utilización de los Instrumentos de Defensa Comercial

A continuación se hace referencia a la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO que interviene en este proceso ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de oponerse a una indebida utilización de los instrumentos de defensa comercial.

En el expediente, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo utiliza los instrumentos de defensa comercial de una manera inadecuada lo que en la práctica se convierte en una práctica contraria al libre mercado. La imposición de medidas antidumping cuando la Rama de la Producción Nacional crece, se traduce en una desviación de poder porque permite que el solicitante mantenga su posición dominante en la producción de azadones, zapapicos y barras con el apoyo en medidas administrativas del Estado que impiden que afronte abiertamente la competencia. Este uso de los instrumentos se opone a una mayor eficiencia y eficacia económica y por lo tanto deviene en una desviación de poder.

A tales efectos, se muestra en la Resolución y el escrito de hechos esenciales como interés nacional lo que es sólo una posición particular, aspecto que se torna muy grave cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo haciendo caso omiso de los contundentes argumentos técnicos, conceptuales y metodológicos expresados por C.I. INVERMEC S.A., DYNA S.A. y de gremios como FENALCO y la SAC que sustentados en numerosos escritos hicieron insistentes llamados a la observancia del debido proceso por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Tanto en la audiencia como en el respectivo expediente se comprueba de manera evidente y contundente, con cifras oficiales de fuentes de carácter público, recolectadas y expedidas por entidades como el DANE y la Superintendencia de Sociedades; otras cifras de fuentes muy respetables como LEGISCOMEX y WISERTRADE, información otorgada de manera oportuna por importantes productores de la República Popular China y de Colombia y muchas otras pruebas la inexistencia de la práctica de dumping. Sin embargo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se apega a cifras construidas con base en supuestos confidenciales aportadas por Herragro S.A., cuyo conocimiento se niega a los otros interesados, con lo cual presuntamente se “establecen unos hechos esenciales” que no se compadecen con la realidad demostrada a través del expediente.

Sobre el aspecto de confidencialidad, la falta de técnica con que se adelanta este tipo de investigaciones en nuestro país está llevando a una errónea interpretación del concepto. La confidencialidad mal entendida lleva a la vulneración del derecho de defensa de los interesados en la investigación y hace nugatorias las garantías procesales.

En este caso pareciera evidenciarse como Herragro S.A., un productor-importador que estaba acostumbrado a producir a precios artificialmente altos por la ausencia de competencia, ahora busca mantener este privilegio utilizando medidas que le permiten restringir la entrada de productos del principal origen de la importación lo que manifiesta ***una diferente manera de competir, competir con restricciones de tipo legal, no a través de la calidad y el buen servicio. Una forma de competir que se encuentra prohibida por la***

Constitución de 1991 que en su artículo 334 establece que el Estado deberá promover la productividad y competitividad y el acceso de todas las personas, en especial de aquellos colombianos de menores ingresos a los bienes y servicios.²⁰ Además, el fomento de prácticas anticompetitivas a través de la imposición de Derechos Antidumping sobre importaciones que cumplen con los estándares internacionales estaría en contravía de los principios constitucionales.

Se podría preguntar: ¿Qué ventajas presenta para la economía colombiana la imposición de derechos antidumping a herramientas que son utilizadas por más de cuatro millones de colombianos? ¿Qué efectos generaría para la competitividad de la agricultura, la minería y la construcción la imposición de medidas antidumping cuando no existen los fundamentos económicos y legales para hacerlo? ¿Qué ventajas tendría para el consumidor, en este caso, el campesino, el obrero o el minero, encontrar herramientas agrícolas más costosas y de menor calidad? ¿Qué efectos sociales generaría este tipo de medidas en cuanto a desplazamiento de tipo económico por la falta de acceso a los utensilios de trabajo o falta de eficiencia por el uso de herramientas deterioradas por el alto costo de su reemplazo por unas nuevas? ¿Qué tan positivo podría resultar para la competitividad de la industria mantener medidas restrictivas que limitan la competencia? ¿Por qué sostener este perjuicio contra los insumos chinos cuando estos aportan elementos a la competitividad de la agricultura, la minería y la construcción?

En este caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene el deber de proteger el interés público del mercado representado por la economía colombiana que es mucho más amplio que los intereses de Herragro S.A. que es un solo productor. Se debe valorar esta decisión teniendo en cuenta la inexistencia de la práctica de dumping. Se debería además apreciar los factores económicos y sociales que se encuentran detrás de una decisión que muestra un viaje del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de los principios del liberalismo económico promovidos por la Constitución Política de la República de Colombia a una política anticompetitiva y de carácter regresivo.

En este caso las medidas antidumping no son aplicables. Cuando la Rama de la Producción Nacional muestra crecimiento, las estadísticas producto a producto revelan aumento de la producción, el arancel existente es alto (15%) y el valor efectivo de protección asciende a más del 70% sin la imposición de medidas, los

²⁰ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

productos importados son de alta calidad y el productor extranjero no produce a precios de dumping. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que es una institución que debe caracterizarse por su alto nivel técnico no debería avalar la imposición de unos derechos antidumping definitivos que al descontextualizarse en su utilización se convierten en una práctica proteccionista contraria al libre mercado y a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

Estas actuaciones del Ministerio de Comercio, industria y Turismo facilitan el escenario para la imposición de sanciones contra Colombia en la Organización Mundial del Comercio.

4.2.4. Seguridad Alimentaria: Mayor acceso a los azadones, los zapapicos y las barras para los productores agrícolas (art. 13CN)

Se ha constata en el proceso de investigación que la importación de insumos en estas partidas ha contribuido a la generación de un mercado más dinámico y con mayores opciones. Los precios altos de HERRAGRO S.A. no contribuían al crecimiento de este sector.

4.2.5. La limitación Constitucional de los Monopolios (ART. 336 CN)²¹

Herragro S.A. pareciera buscar a través de esta acción consolidar una posición dominante en la producción de estos elementos en Colombia sin tener la capacidad para surtir el total de la demanda. Sus prácticas ineficientes generarían un aumento en el precio, un servicio de menor calidad al consumidor (usuarios de la agricultura, la minería y la construcción) y la protección de prácticas que llevan a un mercado de alimentos ineficiente y poco competitivo.

Por último, si ese resultado se logra a través de una Resolución que como se mostrará más adelante se expide sin tener en cuenta los Derechos

²¹ Constitución Política de Colombia ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.
En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

Fundamentales al Debido Proceso y a la Defensa. El Estado estaría actuando en contravía de sus mandatos constitucionales.

4.2.6. La Obligación del Estado de Dirigir la Economía (ART. 334CN)

Es claro que las importaciones efectuadas en esta Rama no reflejan precios obtenidos con prácticas anticompetitivas. Los precios del productor se obtienen debido a una producción con economía de escala, eficiencia, y competitividad.²² De otra parte, no es evidente el daño a la rama de la producción nacional que ha crecido durante los últimos años.

Por otra parte, la Constitución Política de Colombia en su artículo 334 establece que el Estado deberá promover la productividad y competitividad y el acceso de todas las personas, en especial de aquellos colombianos de menores ingresos a los bienes y servicios.²³ El fomento de prácticas anticompetitivas a través de la imposición de Derechos Antidumping sobre importaciones que cumplen con los estándares internacionales va en contravía de los principios constitucionales. No se configura un 'Dumping' porque no hay una práctica desleal. Hay, por el contrario, un precio altamente competitivo de las importaciones chinas por una producción eficiente y sostenible.

4.3. TERCER CARGO: VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

4.3.1. Normas Infringidas

Se consideran vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Artículos 13, 29, 83, 226, 227, 333, 334 y 336.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 3, 14, 15, 16, 28, 34, 35 y 76.
- Decreto 991 del 1º de Junio de 1.998 publicado en el Diario Oficial N° 43.313 del 3 de Junio de 1998 Por el cual se regula la aplicación de derechos "antidumping": Artículos 38, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58 y 59.

²² Con ocasión de la iniciación de esta acción el Gerente de Exportaciones de C.I. INVERMEC S.A. visitó las plantas de producción en la China y pudo constatar que los precios se obtienen debido a las dimensiones de producción de la planta y a la utilización del reciclaje para el acopio de materia prima.

²³ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

- Ley 170 de Diciembre 15 de 1.994 publicada en el Diario Oficial No. 41.637, de 16 de diciembre de 1994 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino: Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: Artículos 5, 6, 7, 9 y 10.

4.3.2. Concepto de la Ilegalidad

El Consejo de Estado sostiene la Teoría de los Procedimientos Sustanciales y Accidentales – Principio de Efectividad de los Derechos Sustantivos²⁴. En este proceso no existe efectividad de los Derechos Sustantivos. El Estado desconoce el Debido Proceso y el Derecho de Defensa e impone “Derechos Antidumping” en un mercado que no los requiere produciendo una distorsión a la economía. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo utiliza estudios inexistentes, cifras confidenciales y se abstiene de valorar pruebas que provienen de entidades oficiales. Al respecto, me permito introducir a continuación cada una de las vulneraciones constatadas del derecho al debido proceso:

4.3.2.1. Representatividad:

Para iniciar la acción, el artículo 39 del Decreto 991 de 1.998 “SOLICITUD PRESENTADA POR O EN NOMBRE DE LA RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL” exige:

“Para la apertura de la investigación se considerará que la solicitud está hecha por la rama de producción o en nombre de ella, cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido.”

A los documentos que permiten revisar la representatividad de los solicitantes dentro de la Rama de la Producción Nacional se les otorga un carácter confidencial como puede observarse en los folios 22 y 23 del expediente del

²⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Anales Tomo LXXIV, págs. 178 y 179

Consejo de Estado. Sección Primera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 0242 de 15 de marzo de 1991. Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Exp. 190 Actor: León Kadoch B.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de los cuáles se aporta copia certificada junto a esta demanda. De esta manera, se limita la posibilidad de los otros intervinientes de controvertir la representatividad que tienen dichas empresas en la Rama.

4.3.2.2. Ausencia de un estudio que demuestre que la economía de la República Federativa de Brasil es comparable con la economía de la República Popular China:

El artículo 10 del Decreto 991 de 1998 exige al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo elaborar un estudio en el que determine:

“ARTÍCULO 10.- VALOR NORMAL EN PAÍSES CON ECONOMÍA CENTRALMENTE PLANIFICADA. Para las importaciones procedentes u originarias de países con economía centralmente planificada, el valor normal se obtendrá con base en el precio comparable en el curso de operaciones comerciales normales al que se vende realmente un producto similar en un tercer país con economía de mercado, para su consumo interno, o en su defecto para su exportación, o con base en cualquier otra medida que estime conveniente la autoridad investigadora.

“En estos casos, para la selección y evaluación de la pertinencia de seleccionar un determinado país con economía de mercado del que se obtendrá el valor normal, el INCOMEX deberá tener en cuenta entre otros los siguientes criterios:

“1. Los procesos de producción en el país con economía de mercado y el país con economía centralmente planificada.

“2. La escala de producción.

“3. La calidad de los productos.”

En los folios 362 al 367 del expediente que se aportan certificados como anexo a esta demanda puede observarse que la acción antidumping se sustenta en una factura. No aparece en el expediente un estudio aportado por el solicitante o efectuado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que demuestre por qué Brasil debe ser tomado como país de referencia para efectos de demostrar la existencia de la práctica de Dumping. El solicitante únicamente aporta una factura aislada de una empresa Brasileña denominada “Paraboni”. El expediente se refiere al estudio inexistente en los siguientes apartes:

4.3.2.2.1. La Resolución 380 de Septiembre 2 de 2009 en la página 4 hace referencia a un estudio en el informe técnico preliminar que no aparece en parte alguna de dicho informe.

4.3.2.2.2. La Resolución 598 de Diciembre 10 de 2008 Página 4 Numeral 2.1.1 refiriéndose nuevamente al supuesto estudio establece: "...La metodología está ampliamente desarrollada en el capítulo II del Informe Técnico Preliminar..." – El capítulo II no contiene el mencionado estudio, el capítulo II folios 20 al 52 se refiere al tema de Palas, no a la determinación de por qué se toma a Brasil como país de referencia-.

4.3.2.3. Consumo Nacional Aparente:

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el Informe Técnico Preliminar y el Documento de Hechos Esenciales no incluye la información sobre inventarios para calcular el Consumo Nacional Aparente pues afirma que no fueron aportados por los importadores (folios 2724, 2740 y 2757)

Esta afirmación es contraria a la realidad pues los importadores informan sus inventarios al Ministerio, entre otros en los folios 260, 1018, 1069 y 1422 del expediente.

4.3.2.4. Cifras económicas que demuestran crecimiento de la Rama de la Producción Nacional

Estas cifras fueron aportadas el 24 de octubre de 2008 y en muchas otras oportunidades al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Esta entidad no se refiere a las mismas en ninguno de los documentos procesales (Folios 3031 a 3041), en la Resolución 508 de 2008 o en el escrito de hechos esenciales pese a las constantes solicitudes efectuadas.

4.3.2.5. Herragro S.A. como importador – falta de igualdad frente a C.I. INVERMEC S.A.:

El solicitante de esta acción, HERRAGRO S.A., efectuó numerosas importaciones en estas partidas con origen en la República Popular China durante el periodo del supuesto Dumping. Existe evidencia de estas importaciones del solicitante en los folios 1144, 1151 a 1153, entre otros. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo valoró las cuantiosas importaciones

de HERRAGRO S.A. como insignificantes pese a ser de las mayores en el sector y le otorga legitimidad para actuar como solicitante de la acción.

4.3.2.6. Omisión de la valoración de pruebas aportadas por los productores de la República Popular China y la representación diplomática de este país.

Entre otras, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo omitió en su examen el contenido de las siguientes pruebas:

- 4.3.2.6.1. Carta de la Embajada de la República Popular China en Colombia (folio 3048) También hay otro folio 3050 que es el correo electrónico de la Embajada (3050).
- 4.3.2.6.2. Información de las empresas productoras chinas Tangshan Rehne – sobre la calidad del acero en la República Popular China (folio 3050).
- 4.3.2.6.3. Escrito de Tangshan Hongli sobre el desmonte de subsidios en la industria del acero en la República Popular China (Folio 3061 y 3062)
- 4.3.2.6.4. 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, 3051)

4.3.2.5. Otras pruebas desconocidas:

- 4.3.2.5.1. **Similaridad:** Estudio de la Universidad de Antioquía que establece la menor calidad del producto de HERRAGRO S.A. (folio 1187 a 1201)
- 4.3.2.5.2. **Falta de capacidad para atender el mercado:**
 - 4.3.2.5.2.1. Informe Ferretería Técnica (folio 3098)
 - 4.3.2.5.2.2. Informe DYNA (folio 4054 y 4055 / folios 4004 y 4005)
 - 4.3.2.5.2.3. Información productores chinos (folio 3050)

4.3.2.5.3. Confidencialidad:

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe definir sobre el tema. Cuando el Ministerio acepta como confidenciales documentos que no tienen este carácter, se puede vulnerar el derecho de defensa (Folio 2691 a 2698). Cuando un documento es confidencial se debe aportar un resumen y en este caso, dicha obligación no fue cumplida por HERRAGRO S.A., ni el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo hace las solicitudes del caso.

4.3.2.5.4. Unidad de medida:

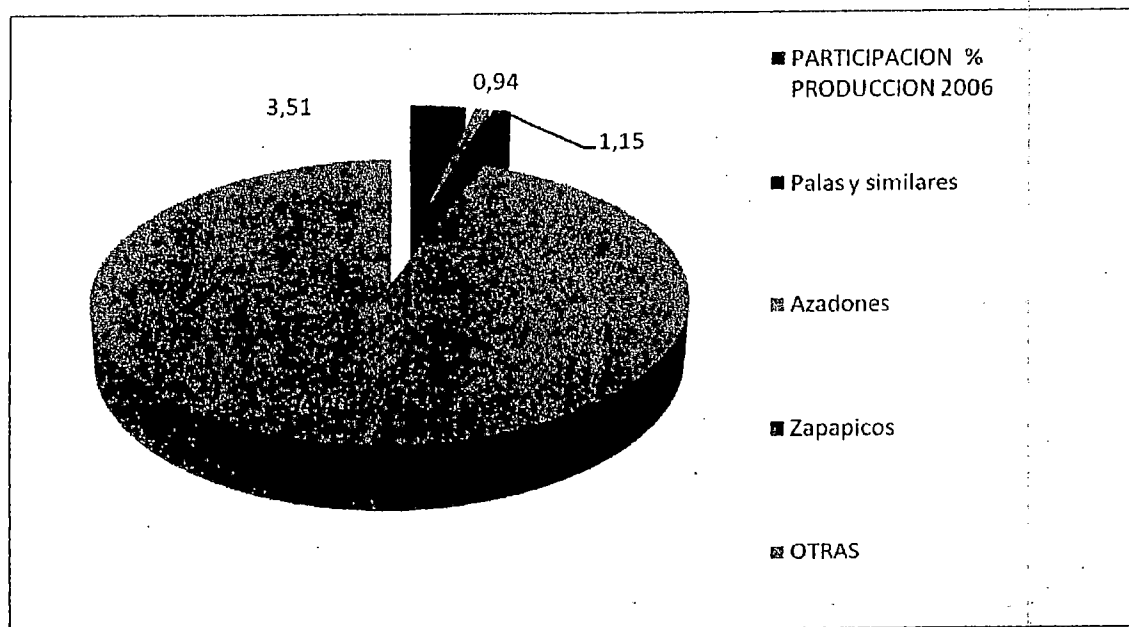
De acuerdo a la Decisión 653 del 2006 del Acuerdo de Cartagena el estudio acerca de la existencia de Dumping debe fundamentarse en la unidad y no en el kilogramo. Los conceptos internos de las entidades no cambian normas andinas. Hay investigaciones que han tenido como fundamento unidades y no kilogramos (folios 2991 a 3001). Por este motivo, no es entendible porque en este expediente se impone la sanción por kilogramo, desconociéndose la decisión andina, tratándose de elementos de acero sumamente pesados.

4.3.2.5.5. Mal manejo de los expedientes

El expediente ha tenido profusos cambios en su numeración que dificultan a los interesados tener certeza acerca de su contenido. Por este motivo, se solicita una inspección judicial por parte de esa Honorable Corporación.

4.3.3. Definición Errada del Concepto de Rama de la Producción Nacional

De acuerdo con la Encuesta Anual Manufacturera del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, la rama de la producción industrial a la que pertenecen los productos de palas, azadones y zapapicos es la división 28 grupo 289 clase 2893 de la CIU – Revisión 3 – Revisión 3 Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas de las Naciones Unidas. La participación de las palas, azadones y zapapicos en la rama respectiva es del 5,54%. Es decir, que productores demandantes no cuentan con la representatividad suficiente para solicitar la iniciación de una investigación antidumping. A continuación el siguiente gráfico que muestra la participación en la Rama de la Producción Nacional:



Nótese que sólo se ha utilizado la fuente estadística principal (EAM) de las varias consideradas por el DANE para la medición de la producción de la rama de actividad económica, pues al incluirlas todas la participación atrás mencionada se reduciría mucho más.

Sobre la oportunidad de las cifras citadas, el DANE hace la siguiente precisión en el oficio atrás mencionado: “Los resultados de la EAM disponibles son los del año 2006. Se pueden consultar en la página WEB del DANE, en cuadros de salida y en un aplicativo diseñado para consultas flexibles de acuerdo con los requerimientos específicos del usuario”. “La EAM 2007 se entregará en el segundo trimestre del año 2009. Rezago normal aceptado por la Oficina Estadística de Naciones Unidas”

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adopta una definición anti-técnica del concepto de Rama de la Producción Nacional que lo lleva iniciar la investigación sin reunir los requisitos mínimos de representatividad. Sobre la definición de Rama de la Producción Nacional, el Acuerdo Antidumping OMC y, en particular, la decisión Salmón de Piscifactoría²⁵ establecen la equivalencia entre la definición económica y legal de Rama de la Producción Nacional. Esta decisión de la Organización Mundial del Comercio frente a la pregunta de cómo debe leerse la expresión “Rama de la Producción Nacional” otorga la siguiente respuesta:

“Después de todas estas exclusiones, toda la rama de producción de las CE quedó reducida a 15 pequeñas empresas de cría del salmón (que empleaban a 221 personas), todas las cuales habían pedido la iniciación de una investigación. Por consiguiente, las CE definieron indebidamente la rama de producción nacional y lo hicieron en una

²⁵ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. COMUNIDADES EUROPEAS - MEDIDA ANTIDUMPING SOBRE EL SALMÓN DE PISCIFACTORIA PROCEDENTE DE NORUEGA. DOCUMENTO WT/DS337/R 16 DE NOVIEMBRE DE 2007 P. 13

forma que falseó la investigación. En consecuencia, no determinaron que la rama de producción nacional pertinente apoyaba la iniciación de la investigación; y no efectuaron una determinación de existencia de daño respecto de la rama de producción que correspondía.²⁶

Los documentos producidos por el Ministerio de Comercio, Industria y turismo intentan demostrar que la reclamación en ciernes se hace en representación de más del 50% de la rama de producción respectiva y que, por consiguiente, se afecta el interés nacional. Al respecto, es pertinente referirse a lo que dice el DANE como organismo oficialmente competente en la materia el cual, en su página web link Cuentas Nacionales, trae la siguiente definición:

“RAMA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA: ES LA SUMA DE LOS ESTABLECIMIENTOS QUE TIENEN COMO PRODUCCIÓN CARACTERÍSTICA UN GRUPO HOMOGÉNEO DE PRODUCTOS”

Y, en el oficio 20091510004901, del viernes 30 de enero de 2009, el DANE explica que “En Cuentas Nacionales, para efectos de dimensionamiento sectorial y medición de las variables macroeconómicas relativas a la industria manufacturera se elaboran cuentas por ramas de actividad económica y por productos, cuentas que registran de manera muy especial la producción. Generalmente ...estas cuentas se realizan a partir de varias fuentes de información: la Encuesta Anual Manufacturera (EAM), investigación estadística que observa los establecimientos industriales que ocupan 10 o más empleados, la Encuesta 1-2-3 del sector informal y la encuesta de micro-establecimientos para las unidades económicas con menos de 10 empleados”.

Agrega el DANE “Toda la información mencionada proveniente de las encuestas económicas es complementada con los registros administrativos generados por otras fuentes tales como las Superintendencias (de Sociedades, de Valores, de la Economía Solidaria) y, más recientemente, por la DIAN.

Para los fines probatorios en una litis contenciosa como la presente, hay que mostrar entonces las cifras oficiales producidas por el organismo que tiene la misión en la materia, como es el DANE.

En efecto, si analizamos las cifras de la Encuesta Anual Manufacturera del DANE (en adelante EAM) se advierte que sus resultados se organizan, clasifican y se publican de acuerdo con la CIIU, Revisión 3 (Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas), de las Naciones Unidas, que en el caso que nos ocupa tiene la siguiente estructura jerárquica: “

²⁶ Escrito con argumentos de la audiencia pública de C.I. INVERMEC S.A. y los productores chinos radicado el 13 de marzo de 2009 bajo el número 1-2009-008113.

Sección D: Industrias Manufactureras

División 28: Fabricación de productos elaborados de metal, excepto maquinaria y equipo.

Grupo 289: Fabricación de otros productos elaborados de metal y actividades de servicio relacionadas con el trabajo de metales.

Clase 2893: Fabricación de artículos de cuchillería, herramientas de mano y artículos de ferretería.

Al interior de la clase 2893, que es equivalente al de rama de actividad económica, está incluido el listado de gran cantidad de artículos individualizados dentro de los cuales están, con sus respectivos códigos, las palas, azadones y zapapicos con las cantidades producidas, vendidas y su valor, tanto al interior como al exterior, e inventarios de fin de año.”

Por ejemplo, si analizamos los datos de la EAM 2006, advertimos que la rama de producción industrial “Fabricación de artículos de cuchillería, herramientas de mano y artículos de ferretería” clase CIIU 2893, registró 38 establecimientos con 4708 personas ocupadas y una producción bruta de \$369.888.189 (miles); por su parte, la producción de los productos palas y similares, azadones y zapapicos fue de \$12.985.909 (miles), \$3.466.080 (miles) y \$4.253.266 (miles), respectivamente. Es decir que la producción de palas y similares fue el 3.5% del valor de producción de la rama, los azadones el 0.9 % y los zapapicos el 1.14% para un total de esos tres productos del 5.54%.

En conclusión, la demanda en comento no cumple con el requisito de representatividad de la rama por lo ni siquiera debió ser admitida. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no está utilizando para su análisis cifras públicas de carácter oficial expedidas por entidades como el DANE. Esta falta de metodología aumenta el riesgo de una eventual demanda en contra de Colombia en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

4.3.4. Falta de Citación Previa a los Productores Nacionales (Vulneración del Artículo 39 D. 991 de 1.998, 5.4 del Acuerdo Antidumping)

De acuerdo con el artículo 5.4 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1.994:

“5.4 No se iniciará una investigación de conformidad con el párrafo 1 si las autoridades no han determinado, basándose en el examen del grado de apoyo o de oposición a la solicitud expresado por los productores nacionales del producto similar, que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional. La solicitud se considerará hecha “por la rama de producción nacional o en nombre de ella” cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no

se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional."

El artículo 39 del Decreto 991 de 1998 establece:

"ARTÍCULO 39.- SOLICITUD PRESENTADA POR O EN NOMBRE DE LA RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL. *Se considerará que una solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional basándose en el grado de apoyo de los productores nacionales del producto similar al presuntamente importado a precios de "dumping".*

El INCOMEX solicitará a los productores nacionales el apoyo por escrito a la solicitud, a fin de sustentar esta representatividad. El silencio de un productor sólo indicará falta de interés de su parte y no se interpretará como manifestación de apoyo u oposición."

Pese a que C.I. INVERMEC S.A., sociedad demandante, es una de las mayores empresas productoras de palas a nivel nacional, no se le consultó sobre la apertura de la investigación como tampoco se hizo respecto a BELLOTA S.A. que de acuerdo a los registros figura como productora de azadones, barras y zapapicos.

En la planta de C.I. INVERMEC S.A. en Manizales se fabrican palas desde el laminado hasta los procesos de empaque y se hacen también procesos de control de calidad, pintura y etiquetado de azadones, zapapicos y barras. La planta de producción de C.I. INVERMEC S.A. es la más grande del país. C.I. INVERMEC S.A. es un productor nacional y su capacidad de producción es muy elevada, si tenemos en cuenta que su producción de 1000 palas diarias puede darse en los 365 días del año tendría la capacidad de producir 365.000 palas anuales. Los registros de productores nacionales de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que están en los folios 226 y 516 del expediente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo muestran que Herragro S.A. y Empresa Andina de Herramientas S.A. no son los únicos productores de palas, azadones, zapapicos y barras.

Los productores de palas son los siguientes:

- a) Lhaura Vet LTDA
- b) C.I. INVERMEC S.A.
- c) Empresa Andina de Herramientas
- d) Herramientas Agrícolas

Los productores de azadones, zapapicos y barras son:

1. Bellota S.A. de Colombia
2. Forjas Bolívar (Esta es información que está en la solicitud)
3. Herramientas Agrícolas S.A.

La Organización Mundial del Comercio impone a las autoridades efectuar una consulta previa a los productores nacionales pues en una economía globalizada pueden darse fenómenos de importaciones de insumos necesarias para la producción nacional –como ocurre en este caso–.

El Ministerio de Comercio no consultó a los productores nacionales antes de iniciar la acción. En este aspecto existe un desconocimiento del derecho a la igualdad y al debido proceso cuando no se consulta a otros productores nacionales como C.I. INVERMEC S.A. o cualquiera de los otros productores en la partida de palas o a Bellota S.A. o Lhaura Vet LTDA en el caso de azadones, zapapicos y barras. Esta actuación revela un desconocimiento del derecho a la igualdad y al debido proceso. Por lo tanto, la investigación no debió abrirse por falta de los requisitos mínimos.

En conclusión, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo inicia la investigación sin citar a las empresas registradas como productores nacionales y en este sentido desconoce la norma sustancial contenida en el Decreto 991 de 1998 y el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la Organización Mundial del Comercio.

4.3.5. Utilización del Concepto de Confidencialidad como una Forma de Limitar el Derecho de Defensa (Vulneración del artículo 59 del Decreto 991 de 1998, 12.2.1, 12.2.2, 12.2.3, y 17.7 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o Acuerdo Antidumping, artículos 61 y ss. C. de Co.)

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo utiliza inadecuadamente del concepto de confidencialidad con la consecuente vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso de los interesados en la investigación. El oficio SPC – 938 del 19 de noviembre de 2008 en el que el despacho se niega a hacer el levantamiento de la confidencialidad es contrario al artículo 59 del decreto 991 de 1998. Entre otros documentos considera confidenciales los siguientes:

1. La Identificación de la Rama de la Producción Nacional (fl. 93)
2. El Resumen de Información para determinar el daño importante – Gráficos de tortas sin rótulos (Anexo 9 fl. 472)
3. La Información contable y financiera de los años 2005, 2006 y 2007 de palas, azadones, barras y zapapicos y CD (fl. 118 -196) – No hay resumen

4. El Informe fotográfico comparativo en el que se ilustran las condiciones de realización del producto entre China y Colombia.
5. La participación en el mercado de Herragro S.A. (fl. 525 – art. 59 D. 991/98)
6. Las pruebas confidenciales allegadas por la firma Herragro S.A. durante la visita In Situ correspondientes a la portada de los siguientes anexos:
7. Anexo 6 – Nuevo cuadro de daño
8. Anexo 7- Standard Materias Primas por línea
9. Anexo 8 – Información aportada por Herragro S.A. de la Empresa Paraboni
10. Anexo 9 – Evolución precios de barras de acero chinos.
11. Anexo 10 – Precio Acero Mundial.

Lo cual significaría que se da el carácter de confidenciales a todas aquellas cifras que se refieren a la participación del solicitante en la Rama de la Producción Económica o a anexos como el “Anexo 10” sobre el precio del acero mundial, el “anexo 9” sobre evolución de los precios de barras de acero chinas o el “Anexo 8” acerca de información aportada por el solicitante sobre la empresa Paraboni. Es decir, toda aquella información fundamental para ejercer el derecho de defensa. Esta información es esencial para el ejercicio del derecho de defensa, para determinar aspectos como si la acción era o no admisible y si existe un daño importante. Su confidencialidad impide a los interesados contrastar esta información con cifras públicas como las que aparecen en la Superintendencia de Sociedades y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

Un proceso antidumping, no es una litis de carácter privado. Se trata de un proceso que adelanta el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de proteger el interés público. Este interés público incluye varios factores que no se limitan a la protección de dos empresas, se dirigen a determinar si para el país es conveniente o no proteger una Rama de la Producción Nacional. La protección de dicha rama genera múltiples consecuencias económicas que deben ser evaluadas.

Por un lado, el Ministerio debe evaluar si la imposición de una medida antidumping realmente protege los intereses de una rama o si por el contrario dicha rama en realidad no se encuentra afectada.

En este aparte voy a referirme a cada una de las piezas que el solicitante cataloga como confidenciales:

a) *Los niveles de producción y los consumidores intermedios de los productos y participación en el mercado:*

Esta información no puede ser confidencial puesto que con base en la cual se está iniciando una solicitud que busca la imposición de derechos antidumping. Las cifras confidenciales de Herragro S.A. y el gremio al que se encuentra afiliado muestran que Herragro S.A. tiene la representatividad de la Rama de la Producción Nacional para iniciar la acción. Las estadísticas oficiales del DANE muestran una realidad contraria. Sin embargo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo impidió la revisión y contradicción de estas cifras confidenciales.

b) *Las cifras sobre la producción destinada al mercado de exportación*

Dado que los acuerdos OMC y el Decreto 991 de 1998 se dirigen a proteger la Rama de la Producción Nacional existe una condición implícita que consiste en que las ventas totales de la Rama estén afectadas. Si la Rama exporta mal haría en argumentar un supuesto 'daño' dado que el supuesto daño sería absorbido por las ventas obtenidas en el mercado internacional. De otra parte, ¿por qué deberían sectores como la agricultura, la minería y la soportar mayores costos en sus insumos en aras de proteger a empresas que tal vez venden a menores precios su producción al exterior?

Es en este sentido, que se considera que estas cifras deben ser conocidas por el interés general que comprende no únicamente a los solicitantes. El interés general exige que la imposición de una medida consulte las condiciones generales de la economía y no los intereses particulares de Herragro S.A..

c) *El cuadro de variables de daño y formulario de estados financieros de palas, azadones, barras y zapapicos*

Especialmente, en este aparte (folios 33 al 37) se observa como el solicitante desconoce de manera abierta el artículo 59 del Decreto 991 de 1998 que exige la presentación de un resumen de la información confidencial dado que presenta gráficos tortas en las que ni siquiera se establece a que corresponde cada uno de los sectores de la torta.

A la investigación se ha aportado información pública proveniente del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE y de la Superintendencia de Sociedades que demuestra lo siguiente:

- Las líneas de la Rama de la Producción Nacional correspondientes a Azadones, Zapapicos y Barras y Palas correspondientes a las

subpartidas arancelarias 8201.30.00.00 y 8201.10.00.00 han demostrado crecimiento sostenido.

- Las empresas solicitantes han demostrado un crecimiento sostenido en su utilidad operacional durante el periodo comprendido entre los años 2004 al 2007.
- Las empresas que hacen parte de la rama no han acumulado inventarios altos en los últimos años.

La información de carácter confidencial aportada por los peticionarios muestra una contradicción con la información pública anterior. Sin embargo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en la información confidencial expide una Resolución de Apertura de Investigación por Dumping, posteriormente impone derechos antidumping provisionales en la partida 8201.30.00.00 que cubre a azadones, barras y zapapicos y finalmente impone derecho antidumping definitivos.

Los artículos 15 y 74 de la Constitución Política, 61 y subsiguientes del Código de Comercio, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, la Ley 734 de 2002, el Acuerdo Antidumping, Subvenciones y Salvaguardia de la OMC y artículo 25 de la Decisión 452 de la CAN no son fundamentos legales válidos para reconocer el carácter confidencial de la información presentada por los solicitantes.

- Las cifras confidenciales contenidas en el expediente se utilizan para tomar decisiones procesales relevantes como la apertura de la investigación o su continuación e imposición de derechos antidumping provisionales y definitivos.
- Pese a que se aportan al expediente cifras públicas que demuestran una realidad económica contraria a la contenida en las cifras confidenciales la evidencia no es tomada en cuenta por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para tomar la determinación preliminar, ni para expedir la Resolución final.
- El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo toma decisiones sobre información que no puede ser controvertida dado que niega el acceso a la misma.

Se aporta por parte de Herragro S.A. una cantidad bastante alta de documentos confidenciales que no pudieron ser objeto de contradicción porque se aportan sin sus resúmenes confidenciales y sin expresar los motivos por los cuales deben considerarse como tales. Por este motivo, se desconoce el artículo 59 que se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 59.- RESERVA DE DOCUMENTOS CONFIDENCIALES. El INCOMEX al iniciar la actuación hará cuaderno separado para llevar en él los documentos que las autoridades, el peticionario, o las partes interesadas aporten con carácter confidencial.

“Tales documentos recibirán tratamiento confidencial de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y no podrán ser registrados sino por las autoridades. Quienes aporten documentos confidenciales deberán allegar resúmenes no confidenciales de ellos, así como la correspondiente justificación de petición de confidencialidad. Tales resúmenes serán lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. En circunstancias excepcionales debidamente demostradas, esas partes podrán señalar que dicha información no puede ser resumida. Si el INCOMEX considera que los documentos aportados como confidenciales no revisten tal carácter, solicitará a quien los aporte el levantamiento de dicha confidencialidad o la manifestación de las razones por las cuales se abstiene de hacerlo.

“El carácter reservado de un documento no será oponible a que las autoridades lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a las autoridades asegurar la reserva de tales documentos cuando lleguen a conocerlos en el curso de los procedimientos a los que se refiere este decreto.

“La información suministrada con carácter confidencial no será revelada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado.

“PARÁGRAFO : Cuando en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo, se aporten documentos como confidenciales y no se alleguen los resúmenes no confidenciales correspondientes, o no se levante la confidencialidad cuando el INCOMEX lo solicite, o no se expresen las razones por las cuales el aportante se abstiene de hacerlo, o cuando éstas no estén debidamente justificadas, se podrá no tomar en cuenta dentro de la investigación, la documentación aportada como confidencial a menos que se demuestre de manera convincente, de fuente apropiada, que la información es correcta.”

En el Caso T-274/07 Zhejiang Harmonic Hardware Products Co. Ltd v Council of the European Union de la Corte de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, un productor de la República Popular China solicita la confidencialidad sobre diferentes pruebas. Respecto a esta solicitud se pronuncia la Corte en Primera Instancia manifestando lo siguiente a parágrafo 22 haciendo referencia a otro caso anterior:

LILIANA RODRÍGUEZ
Abogada

22. "En cualquier evento, un solicitante de tratamiento confidencial debe en atención al carácter de contradicción y público que tienen los procedimientos judiciales, tener en cuenta la posibilidad de que alguna parte de los documentos confidenciales o secretos que ha decidido aportar puedan ser necesarios para que la contraparte pueda ejercer su derecho de defensa y, en consecuencia, debe exhibirlos" (orden de la Corte de Primera Instancia del 29 de Mayo de 1997 en el Caso T-89/96 British Steel v Commission [1997] ECR II- 835, paragraph 24, and order in *Hynix Semiconductor v Council*, paragraph 46²⁷)

En el caso Zheijang Harmonic Hardware, incluso se determina que documentos deben considerarse como confidenciales para un procedimiento antidumping y cuáles no deben tener ese carácter. La doctrina a nivel internacional en este tipo de casos no aplica el concepto de confidencialidad de la manera en que se utilizó en este proceso.

Esta utilización del concepto de confidencialidad es contraria a la Constitución Política de Colombia, al Decreto 991 de 1.998, al Acuerdo Antidumping de la OMC y a los parámetros internacionales. Cuando la confidencialidad se utiliza de una manera que impide a las partes el ejercicio del derecho de defensa se incurre en una vulneración del derecho al debido proceso que, como ocurre en este caso, puede llevar incluso a que se plantee una decisión con conclusiones contrarias a las cifras estadísticas y económicas de dominio público.

4.3.6. Sobre las pruebas aportadas por los Productores de la Republica Popular China

Como fue descrito en otros apartes de esta demanda, dichas pruebas no fueron valoradas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en desconocimiento de los derechos fundamentales a la Defensa y al Debido Proceso.

4.3.7. Del Periodo para Valorar la Practica de Dumping

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo toma como periodo para analizar la existencia de dumping de Agosto de 2007 hasta Agosto de 2008. Al respecto, se desconoce el Decreto 991 de 1.998 artículo 20 y los documentos G/ADP/ 6 de 16 de mayo de 2000 y G/ADP/M/16 de 20 de septiembre de 2000 par. 84 de la Organización Mundial del Comercio que expresamente establecen lo siguiente:

²⁷ El original en inglés del párrafo 22 es el siguiente: "In any event, an applicant for confidential treatment must, given the adversarial and public nature of the judicial proceedings, envisage the possibility that some of the secret or confidential documents or information which it has decided to place on the file may appear necessary for the exercise of the interveners' procedural rights and, consequently, must be disclosed to them (order of the Court of First Instance of 29 May 1997 in Case T-89/96 *British Steel v Commission* [1997] ECR II-835, paragraph 24, and order in *Hynix Semiconductor v Council*, paragraph 46)."

“c) el período de recopilación de datos para las investigaciones de la existencia de daño deberá ser normalmente de tres años como mínimo, a menos que la parte respecto de la cual se recopilan datos exista desde hace menos tiempo, y deberá incluir la totalidad del período de recopilación de datos para la investigación de la existencia de dumping;” (OMC - Documento G/ADP/6 16 de mayo de 2000 y G/ADP/M/16 de 20 de septiembre de 2000 par. 84)

Es claro que dado que en este caso el solicitante argumenta la existencia de daño y de acuerdo a su certificado de existencia y representación legal se trata de una compañía que existe hace más de tres años debe tomarse como periodo de referencia los tres últimos años y no el último año.

Aplicando el decreto y el documento OMC puede valorarse las estadísticas que demuestran el crecimiento de la producción nacional y los excelentes indicadores financieros de los solicitantes. En el último año puede observarse el aumento de los precios de las importaciones chinas y la caída en la cantidad importada con origen en dicho país.

4.3.8. Desconocimiento del derecho a la igualdad: solicitante importador y productor

Dentro del expediente, existen pruebas que demuestran que Herragro S.A. actúa como importador de estas partidas. De acuerdo, al artículo 4.1.i) del Acuerdo Antidumping si un exportador es a su vez importador no podrá considerarse por regla general que tiene legitimidad para actuar. Al respecto, establece el artículo:

“4.1 A los efectos del presente Acuerdo, la expresión “rama de producción nacional” se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. No obstante:

“i) cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores del producto objeto del supuesto dumping, la expresión “rama de producción nacional” podrá interpretarse en el sentido de referirse al resto de los productores; (...)”

El simple reconocimiento de esta situación pone en tela de juicio la legitimidad de la consideración de Herragro S.A. como productor para efectos de actuar como solicitante de esta acción conforme al Acuerdo Antidumping de la OMC. De otra parte, si el Ministerio considera que Herragro S.A. tiene legitimidad para actuar en su doble condición de productor e importador, debería haber tratado en igualdad de condiciones a C.I. INVERMEC S.A. y Bellota S.A. que hacen parte del registro nacional de productores. Es decir, se encuentran en las mismas condiciones de Herragro S.A.

Esta situación pone además de manifiesto un desconocimiento de la obligación de realizar consultas previas que tenía el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo respecto a quienes fueran considerados productores nacionales para efectos de establecer la legitimidad para iniciar el procedimiento administrativo de antidumping. Una actuación similar dio origen a un fallo en contra de México en el marco de la Organización Mundial del Comercio en el caso Jarabe de Maíz.

En conclusión, debido a que Herragro S.A. es importador de azadones, zapapicos y barras, de conformidad con el artículo 4.1 i) del Acuerdo Antidumping de la OMC no tiene la legitimidad para solicitar el inicio a esta investigación.

4.3.9. Manejo irregular de los expedientes

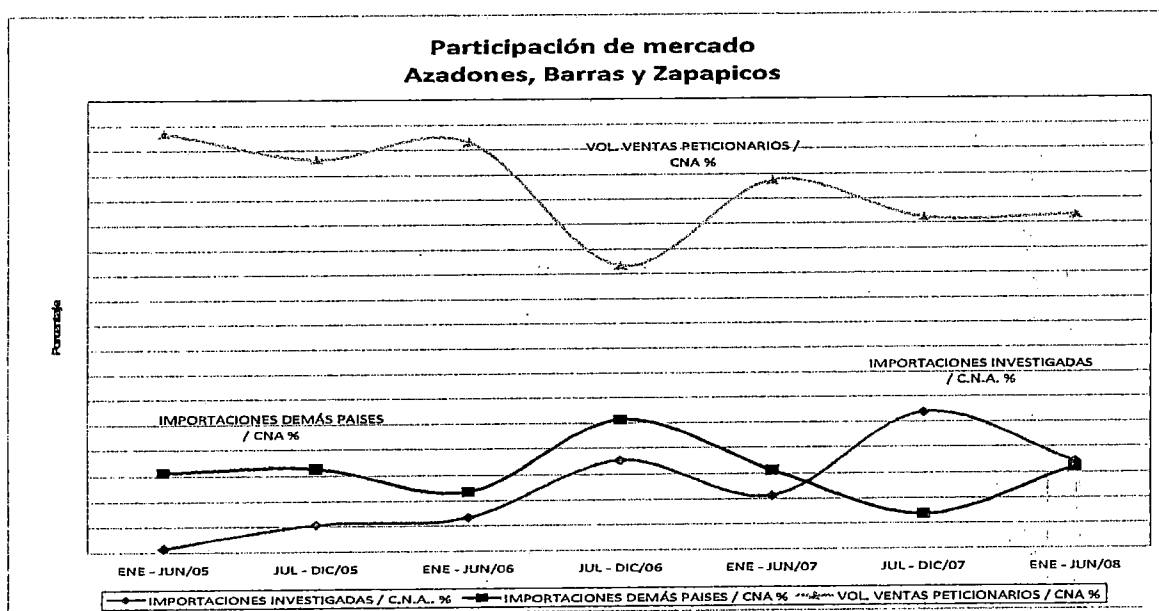
Hubo múltiples cambios de orden en los folios del expediente que se reflejan en la expedición de copias certificadas en diferentes fechas con el mismo número de folio y diferente contenido.

4.3.10. Contradicciones en los Estudios Económicos de Hechos Esenciales

Los siguientes cuadros contenidos en el documento de Hechos Esenciales muestran realidades económicas que debieron llevar al Ministerio a establecer la inexistencia de la práctica de Dumping:

Azadones, Zapapicos Y Barras 8201.30.00.00

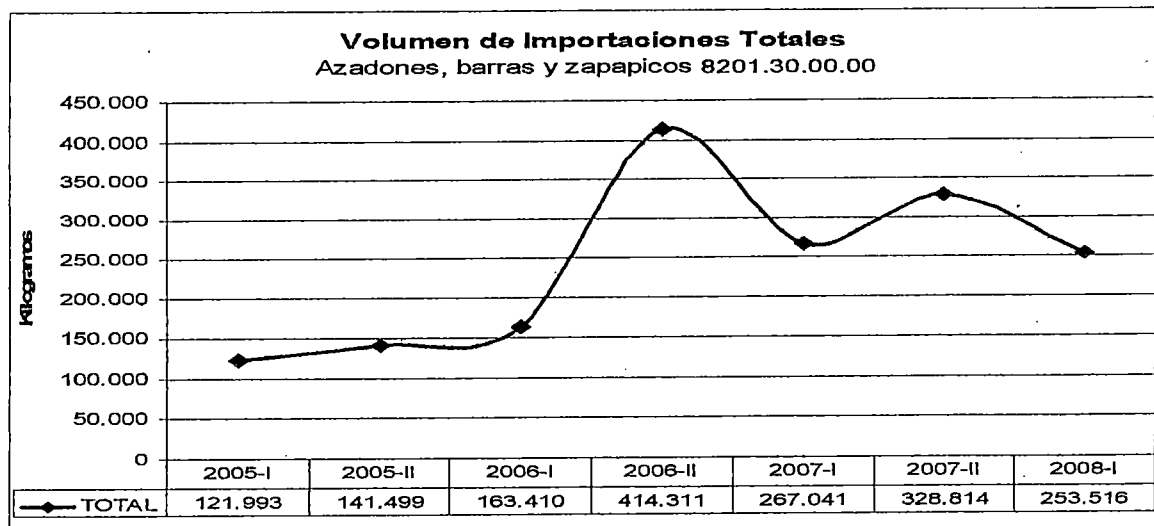
1. Composición del mercado colombiano de azadones, barras y zapapicos



En la página 92 aparece el anterior gráfico que aparentemente se basa en las cifras de la DIAN, y respecto al cual podemos observar que los solicitantes

tienen un nivel de ventas muy superior al de las importaciones investigadas en todos los semestres.

Por el contrario, se muestra una caída considerable en las importaciones para dicho periodo. Al respecto tanto la gráfica de importaciones totales (Folio 94) como la tabla sobre importaciones provenientes de China (folio 95) sostienen esta conclusión de la siguiente manera:



Composición del Mercado de Azadones, Barras y Zapapicos (Kilogramos) Subpartida 8201.30.00.00

PAIS	2005			2006			2007			2008
	2005-I	2005-II	2005	2006-I	2006-II	2006	2007-I	2007-II	2007	2008-I
CHINA	5.455	34.903	40.358	59.434	169.083	228.517	108.030	261.743	369.773	130.296
DEMÁS PAISES	116.538	106.596	223.134	103.975	245.228	349.203	159.011	67.071	226.082	123.219
TOTAL	121.993	141.499	263.492	163.410	414.311	577.720	267.041	328.814	595.855	253.516
% CHINA	4,47%	24,67%	16,32%	36,37%	40,81%	39,55%	40,45%	79,60%	62,06%	51,40%
% DEMÁS PAISES	95,53%	75,33%	84,68%	63,63%	59,19%	60,45%	59,55%	20,40%	37,94%	48,60%

Fuente: DIAN, Cálculos SPC.

En el periodo tomado por el Ministerio para el estudio de la práctica de dumping y en particular para el primer semestre de 2008 las importaciones de la República Popular de la China disminuyen.

2. Mercado de Referencia

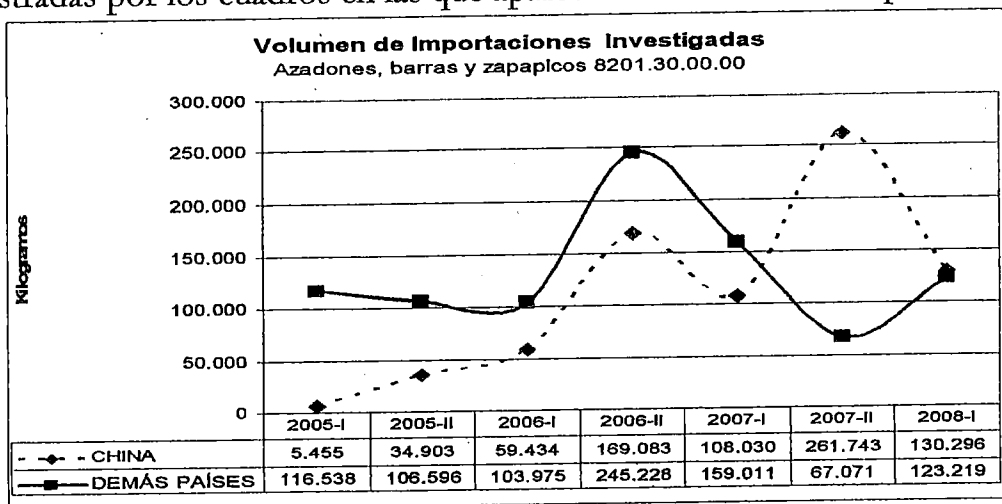
Al respecto, las conclusiones del Ministerio (folio 96) son consistentes con la propuesta de tomar a la India como economía de referencia para esta partida de la siguiente manera:

“Cabe destacar dentro del grupo de los demás países el alto dinamismo

que presentan las importaciones originarias de India, las cuales crecen abruptamente hacia segundo semestre de 2006 (230,96%), ubicándose incluso por encima de las importaciones chinas. Sin embargo, en el segundo de 2007, éstas presentaron un decrecimiento que nuevamente ubicó las importaciones por debajo de las investigadas.”

3. Análisis de las importaciones

A folio 96 aparece el siguiente cuadro que respalda las conclusiones de caída en el nivel de las importaciones de la China para el primer semestre de 2008. Por lo tanto, las conclusiones en los párrafos escritos deben ajustarse con las tendencias mostradas por los cuadros en las que aparece una caída en las importaciones.



4. Análisis de los principales importadores

A folio 98 y 99 aparecen los siguientes cuadros donde aparece el importante lugar ocupado por las importaciones de Herragro S.A. y la realidad de que éste importa en esta partida desde el año 2005. Sin embargo, las conclusiones de los párrafos escritos no se ajustan a las cifras donde se observa que tanto la participación en cantidad como porcentual de Herragro S.A. como importador es bastante representativa:

Volumen de Importaciones Originarias de China por Importador
Azadones, Barras y Zapapicos 8201.30.00.00

NIT	RAZÓN SOCIAL IMPORTADORES	1 sem/05	2 sem/05	2005	1 sem/06	2 sem/06	2006	1 sem/07	2 sem/07	2007	1 sem/08
890807976	BELLOTA COLOMBIA S.A.		10.327	10.327	12.656	9.109	21.765	30.212	44.840	75.051	27.077
800227924	INVERMEC S.A.				2	56.290	56.292	30	75.735	75.764	25.275
890901298	DYNA Y CIA S.A.							34.642	24.824	59.466	14.860
800066275	COMERCIAL J.F.I. LIMITADA		5.213	5.213	10.208	52.475	62.683	2.436	26.553	28.989	9.836
860501682	CODIFER LTDA.	414	2.650	3.064	646	26.179	26.825	760	9.049	9.809	9.418
890101176	RAFAEL MEISEL S.A.					2.558	2.558		1.397	1.397	7.794
860021295	BARBIER SUCESORES Y CIA LTDA								18.072	18.072	4.200
860009693	IMPORTACIONES EL CRISOL LTDA	993		993					3.420	3.420	3.401
890800413	HERRAMIENTAS AGRICOLAS S.A.		2.834	2.834	2.784	6.329	9.113	19.414	61.880	61.294	
	DEMÁS IMPORTADORES	8.670	39.763	48.433	37.804	38.950	76.754	55.518	68.665	124.183	34.997
	IMPORTACIONES CHINA	10.076	60.787	70.864	64.100	191.890	265.990	143.011	334.434	477.448	136.867

Fuente: DIAN, Cálculos SPC

Composición de las Importaciones Originarias de China por Importador
Palas 8201.10.00.00

NIT	RAZÓN SOCIAL IMPORTADORES	1 sem/05	2 sem/05	2005	1 sem/06	2 sem/06	2006	1 sem/07	2 sem/07	2007	1 sem/08
890807976	BELLOTA COLOMBIA S.A.		16,99%	14,57%	19,74%	4,75%	8,50%	21,13%	13,41%	15,72%	19,79%
800227924	INVERMEC S.A.					29,33%	21,99%	0,02%	22,65%	15,87%	18,47%
890901298	DYNA Y CIA S.A.							24,22%	7,42%	12,46%	10,86%
800066275	COMERCIAL J.F.I. LIMITADA		8,58%	7,36%	15,93%	27,35%	24,49%	1,70%	7,94%	6,07%	7,19%
860501682	CODIFER LTDA.	4,11%	4,36%	4,32%	1,01%	13,64%	10,48%	0,53%	2,71%	2,05%	6,88%
890101176	RAFAEL MEISEL S.A.					1,33%	1,00%		0,42%	0,29%	5,69%
860021295	BARBIER SUCESORES Y CIA LTDA								5,40%	3,79%	3,07%
860009693	IMPORTACIONES EL CRISOL LTDA	9,85%		1,40%					1,02%	0,72%	2,48%
890800413	HERRAMIENTAS AGRICOLAS S.A.		4,65%	4,00%	4,34%	3,30%	3,56%	13,56%	18,50%	17,03%	
	DEMÁS IMPORTADORES	66,04%	65,41%	68,35%	58,98%	20,30%	29,98%	38,82%	20,53%	26,01%	25,57%

Fuente: DIAN, Cálculos SPC

5. Respecto a los demás indicadores

Los indicadores financieros de utilidad bruta y operacional de producción de azadones, zapapicos y barras también muestran un desempeño muy positivo de Herragro S.A. durante el periodo de la supuesta práctica de dumping. Por lo tanto, no se entiende la conclusión final a página 115 que establece:

“En conclusión, al comparar el comportamiento de las variables financieras correspondientes a la línea de producción de **azadones, barras y zapapicos** a nivel anual y semestral, se encontró indicio de daño en los ingresos por ventas, utilidad bruta, utilidad operacional, margen de utilidad operacional y valor del inventario final de producto terminado.”

4.4. CUARTO CARGO: VIOLACIÓN DE LA LEY

Todos los cargos anteriores muestran la inaplicación y, en consecuencia, la transgresión de todas las normas mencionadas en los mismos.

4.5. CONCLUSIONES

- 4.5.1. No se configuró la práctica de Dumping y que la Rama de la Producción Nacional tuvo un crecimiento sostenido.
- 4.5.2. Las importaciones provenientes de la China han tenido una disminución en el primer semestre de 2008 en azadones, zapapicos y

barras lo cual indica que no hay lugar a una imposición de derechos antidumping en la subpartida 8201.30.00.00.

- 4.5.3. La República Popular de China y sus productores participan y demuestran que en esta rama hay una economía de mercado en la China. China debe ser tomada como una economía de mercado y por lo tanto deben tomarse sus precios como base.
- 4.5.4. Si no se tuviera en cuenta a la China, un mercado de referencia adecuado sería el mercado de India para azadones y zapapicos. Por este motivo, no se entiende porque se toma como valor normal el de Brasil sin aportar el estudio respectivo.
- 4.5.5. La medición debe realizarse en unidades y no en kilogramos. El promedio del precio de Kg internacional para este periodo se aleja en gran medida del precio de Brasil.
- 4.5.6. No aparece un estudio que demuestre que Brasil es un país de referencia que cumple con los criterios señalados por el artículo 10 del Decreto 991 de 1.998. Brasil no es un país representativo en esta industria hay diferencias tecnológicas, de apertura económica y dimensión de la producción que no se ajustan a los requisitos del Decreto 991 de 1.998. Además existen precedentes a nivel de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que muestran que la economía brasilera debido a la revaluación tiene periodos de tiempo en que sus precios muestran tendencias artificialmente altas.
- 4.5.7. En este caso, no se hizo la consulta previa a los productores nacionales registrados como tales por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como C.I. INVERMEC S.A. y BELLOTA S.A. y por tal motivo cabría una nulidad de toda la actuación. No se surtieron los requisitos previos al inicio de la investigación, tampoco se trata en pie de igualdad a C.I. INVERMEC S.A., productor nacional que considera que no se configura el dumping, y a HERRAGRO S.A., solicitante, ambos son productores nacionales, importadores y exportadores.
- 4.5.8. La producción nacional de azadones, zapapicos y barras ha crecido durante los últimos años. En consecuencia, las importaciones no la han afectado. Las cifras del DANE, LEGISCOMEX y los balances de la Superintendencia de Sociedades muestran que las empresas que conforman la rama han tenido un excelente desempeño en los últimos años.
- 4.5.9. El Ministerio Comercio, Industria y Turismo no esgrime los motivos suficientes para utilizar una definición de Rama de la Producción

Nacional que se aleja de los criterios utilizados por la Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo Antidumping OMC.

- 4.5.10. Como se observa, los resultados generales de la rama son ampliamente positivos. Herragro S.A. crece en ventas y participación. Los supuestos daños obedecen a un paso de un mercado duopólico o monopolístico a un mercado en competencia.
- 4.5.11. Las cifras financieras que obran en el expediente y que aparecen en las páginas finales del estudio de hechos esenciales muestran en los gráficos la inexistencia de la práctica de dumping mientras los textos llegan a la conclusión contraria. Por lo tanto, si las conclusiones se ajustan el escrito de hechos esenciales debería arrojar como conclusión la inexistencia de dumping en ambas partidas.
- 4.5.12. El concepto de confidencialidad ha sido utilizado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de forma contraria a la constitución y la ley, además de poco acorde con los parámetros internacionales. Esta utilización del concepto de confidencialidad da lugar al desconocimiento de las garantías procesales cuando da este carácter a información que no debería ser considerada como confidencial o cuando no se aportan los resúmenes exigidos por el Acuerdo antidumping y el decreto 991 de 1.998 como sucede en este caso.
- 4.5.13. La comparación de los precios entre India y China presenta una diferencia "de minimis" lo que demuestra que China es una economía de mercado dado que existe un tercer país que incluso comparte el mismo costo para la producción y de otra que existen economías de referencia más adecuadas que Brasil para este mercado.
- 4.5.14. Valor efectivo de protección. No es necesaria la imposición de un derecho antidumping porque los costos de transporte, el arancel y demás que tienen las importaciones son suficientes para proteger al productor nacional. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no hace alusión al escrito aportado por C.I. INVERMEC S.A. que muestra que el valor efectivo de protección es superior al 70%.
- 4.5.15. Se puede afirmar que esta decisión tendrá un gran impacto para la competitividad en el campo, la minería y la construcción. Es decir, afectará los ingresos de más de cuatro millones y medio de colombianos en medio de una crisis recesiva como la actual.
- 4.5.16. Por lo tanto, se demuestra que en la expedición de la Resolución N° 1665 de fecha 18 de junio de 2009 de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo existe Falsa Motivación y Desviación de Poder dado que no consulta el interés general y se aleja de la

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

realidad dado que no existe la práctica de dumping. Además, se expidió dentro de un procedimiento que desconoce de manera evidente el derecho al debido proceso, a la defensa y a la igualdad (imparcialidad) que se debe a todas las partes que intervienen en una actuación. Por estos motivos, se solicita que se declare la nulidad de esta resolución.

5. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer la acción de nulidad según lo dispuesto en el artículo 128, numeral 1°, del Código Contencioso Administrativo.

6. PROCEDIMIENTO

El contemplado en el título XXIV del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el Libro Tercero Título XXI del Código de Procedimiento Civil.

7. PRUEBAS

Solicitó al Consejo de Estado tener en cuenta las siguientes pruebas:

7.1. Documentales

- 7.1.1. Diario Oficial de la República de Colombia N°47.425 del 29 de Julio de 2.009 en el que se publica la Resolución N° 1665 de Junio 18 de 2.009 *"por la cual se adopta la decisión final de la investigación administrativa adelantada por "dumping" en las importaciones de palas, azadones, barras y zapapicos, originarias de la República Popular China"*.
- 7.1.2. Diario Oficial de la República de Colombia N°47.207 del 18 de diciembre de 2.008 en el que se publica la Resolución N° 0598 de Diciembre 10 de 2.008 *"por la cual se adopta la determinación preliminar en la investigación administrativa iniciada por la Resolución 0380 del 2 de septiembre de 2008"*.
- 7.1.3. Diario Oficial de la República de Colombia N°47.214 del 26 de diciembre de 2.008 en el que se publica la Resolución N° 0618 de Diciembre 18 de 2.008 *"por la cual se aclara la Resolución 0598 del 10 de diciembre de 2008"*.
- 7.1.4. Diario Oficial de la República de Colombia N°47.102 del 4 de Septiembre de 2.008 en el que se publica la Resolución N° 0380 de Septiembre 2 de 2.008 *"por la cual se dispone 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 palas, azadones, barras y zapapicos originarias de la"*

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR

Versión Pública:

Folio No. 5643

República Popular China”.

Copias certificadas del Expediente D - 215 - 14 – 48 del Ministerio de Comercio Industria y Turismo:

- 7.1.5. Solicitud de Apertura de la Investigación, Radicación 1-2008-023707 del 6 de Junio de 2008. (Folios 1 al 91(73)
- 7.1.6. Listado de productores chinos (Folios 102 al 107).
- 7.1.7. Listado de productores nacionales de palas – Partida 8201.10.00.00 (Folios 226 (129) y 515).
- 7.1.8. Listado de productores nacionales de azadones, zapapicos y barras (folio 227 (130) y 516).
- 7.1.9. Factura de Paraboni (folio 361 al 368).
- 7.1.10. Información para determinar el daño importante (folio 472 a 510).
- 7.1.11. Informe técnico de apertura – subdirección de prácticas comerciales (folio 519 al 584)
- 7.1.12. Respuestas a cuestionarios:
 - 7.1.12.1. Inter – Tram, Radicación 1-2008-043048 del 1/10/2008. (folio 656 a 670).
 - 7.1.12.2. Jen S.A. Radicación 1-2008-043556 (folios 715 y 716).
 - 7.1.12.3. Ferreindustrial LTDA, Radicación 1-2008-045256 del 14/10/2008. (folios 759 a 768).
 - 7.1.12.4. Bellota S.A. (folios 778 a 1015).
 - 7.1.12.5. Marpico S.A. (folios 1016 a 1027).
 - 7.1.12.6. Importaciones El Crisol LTDA, Radicación 1-2008-047663 del 27/10/2008. (folios 1028 a 1054).
 - 7.1.12.7. CODIFER S.A. Radicación 1-2008-047284 del 24/10/2008. (folios 1054 A a 1080).
 - 7.1.12.8. DYNA S.A. (folios 1155 a 1181).
 - 7.1.12.9. C.I. INVERMEC S.A, Radicación 1-2008-047454 del 24 /10/2008. (folios 1404 a 2064).

- 7.1.13. Comparativo de características técnicas de las herramientas elaborado por DYNA S.A. (folios 1202 a 1212).
- 7.1.14. Solicitud de levantamiento de confidencialidad presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2008-04679 del 22/10/2008 (folios 2065 a 2068).
- 7.1.15. Solicitud de Terminación Anticipada presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2008-048280 del 29/10/2008 (folios 2069 a 2084).
- 7.1.16. Solicitud de revocatoria directa sobre confidencialidad presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2008-056413 del 23/12/2008 (folios 2860 a 2881).
- 7.1.17. Solicitud de revocatoria directa de la resolución N° 0598 y 618 de 2008 presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2009-000047 del 05/01/2009 (folios 2925 a 2927)
- 7.1.18. Solicitud de Audiencia, Práctica de Pruebas y pronunciamiento sobre Terminación Anticipada presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2009-000046 del 05/01/2009. (folios 2928 a 2929)
- 7.1.19. Solicitud insistiendo en la práctica de pruebas presentada por C.I. INVERMEC S.A. (folios 3043 a 3048).
- 7.1.20. Petición de Nulidad y en, subsidio de Ineficacia de todo lo actuado suscrita por los productores nacionales Bellota S.A. y coadyuvada C.I. INVERMEC S.A. (folio 4136 (3236).
- 7.1.21. Solicitud insistiendo en la entrega de la grabación de la audiencia presentada por C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2009-006765 del 04/03/2009 (folio 3253).
- 7.1.22. Presentación por escrito de los argumentos de la audiencia por parte de FENALCO, Radicación 1-2009-007241 del 09/03/2009(folios 3255 a 3259)
- 7.1.23. Respuesta al Cuestionario de los peticionario de derechos antidumping con motivo de la audiencia pública realizada el viernes 27 de febrero de 2009 en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de FENALCO, Radicación 1-2009-007242 del 09/03/2009(folios 3255 a 3259).
- 7.1.24. Presentación por escrito de los argumentos de la audiencia por parte de C.I. INVERMEC S.A. Radicación 1-2009-008113 del 13/03/2009 (folios 3333 a 3464)

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

Versión Pública:

Folio No.

5645

- 7.1.25. Presentación por escrito de los argumentos de la audiencia por parte de Tangshan Hongli Hardware Tools Co Ltd. Radicación 1-2009-008112 del 13/03/2009. (folios 3465 a 3474).
- 7.1.26. Presentación por escrito de los argumentos de la audiencia por parte de Amadeo Rodríguez Castilla – Economista Consultor contratado por C.I INVERMEC S.A. Radicación 1-2009-008119 del 13/03/2009. (folios 3475 a 3477).
- 7.1.27. Presentación de preguntas (efectuadas en la audiencia) por parte de C.I. INVERMEC S.A. para el solicitante. Radicación del 04/03/2009. (folio 3251 a 3252). El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se abstuvo de realizar estas preguntas a los solicitantes.
- 7.1.28. C.I. INVERMEC S.A. intervención del Dr. Gustavo Quintero Navas, experto en temas disciplinarios referente a la ausencia de debido proceso en esta investigación. Radicación 1-2009-008123 del 13/03/2009. (folios 3498 a 3503)
- 7.1.29. Acta de Visita de Verificación C.I. INVERMEC.S.A. (folios 3565 a 3585)
- 7.1.30. Análisis de los estados financieros de HERRAGRO S.A. realizados por C.I. INVERMEC S.A. con base en las cifras de la Superintendencia de Sociedades. Radicación 1-2009-009093 del 20/03/2009. (folio 4557 y 4558)
- 7.1.31. Cifras sobre Margen de Protección Efectiva, NANDINA, de LEGISCOMEX sobre exportaciones e importaciones del 2007 y 2008 en Colombia en estas partidas y de WISERTRADE sobre exportaciones de China, India, Brasil y México. Radicación 1-2009-009094 del 20/03/2009. (folios 4559 a 4601).
- 7.1.32. Solicitud de C.I. INVERMEC S.A. al Ministerio solicitando imparcialidad en esta investigación (Folios 4603 a 4606).
- 7.1.33. Aporte de jurisprudencia internacional efectuado por C.I. INVERMEC S.A. sobre confidencialidad en asuntos de dumping. Radicación 1-2009-009092 del 20/03/2009. (folio 4610 a 4622).
- 7.1.34. Folios certificados del informe preliminar con el mismo número y diferente contenido al obtenido mediante copias simples.

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR
Versión Pública:
Folio No. 5646

- | | |
|---------------------------------|---------------------------------|
| 1.1. Folio 2702 dos versiones. | 1.19. Folio 2728 dos versiones. |
| 1.2. Folio 2706 dos versiones. | 1.20. Folio 2729 dos versiones. |
| 1.3. Folio 2707 dos versiones. | 1.21. Folio 2730 dos versiones. |
| 1.4. Folio 2708 dos versiones. | 1.22. Folio 2731 dos versiones. |
| 1.5. Folio 2709 dos versiones. | 1.23. Folio 2732 dos versiones. |
| 1.6. Folio 2710 dos versiones. | 1.24. Folio 2733 dos versiones. |
| 1.7. Folio 2711 dos versiones. | 1.25. Folio 2734 dos versiones. |
| 1.8. Folio 2712 dos versiones. | 1.26. Folio 2735 dos versiones. |
| 1.9. Folio 2713 dos versiones. | 1.27. Folio 2736 dos versiones. |
| 1.10. Folio 2714 dos versiones. | 1.28. Folio 2737 dos versiones. |
| 1.11. Folio 2715 dos versiones. | 1.29. Folio 2738 dos versiones. |
| 1.12. Folio 2716 dos versiones. | 1.30. Folio 2739 dos versiones. |
| 1.13. Folio 2720 dos versiones. | 1.31. Folio 2741 dos versiones. |
| 1.14. Folio 2721 dos versiones. | 1.32. Folio 2742 dos versiones. |
| 1.15. Folio 2722 dos versiones. | 1.33. Folio 2744 dos versiones. |
| 1.16. Folio 2723 dos versiones. | 1.34. Folio 2745 dos versiones. |
| 1.17. Folio 2725 dos versiones. | 1.35. Folio 2746 dos versiones. |
| 1.18. Folio 2726 dos versiones. | 1.36. Folio 2747 dos versiones. |

Carrera 11A N° 93 A 62 Of. 303 • Tel: (571) 6940379 / 7428250 • Fax: (571) 7559010-7559030
Bogotá – Colombia

- | | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| 1.37. Folio 2748 dos versiones. | 1.55. Folios 2769 dos versiones. |
| 1.38. Folio 2749 dos versiones. | 1.56. Folios 2770 dos versiones. |
| 1.39. Folio 2750 dos versiones. | 1.57. Folios 2771 dos versiones. |
| 1.40. Folio 2751 dos versiones. | 1.58. Folios 2772 dos versiones. |
| 1.41. Folio 2752 dos versiones. | 1.59. Folios 2773 dos versiones. |
| 1.42. Folio 2755 dos versiones. | 1.60. Folios 2774 dos versiones. |
| 1.43. Folio 2756 dos versiones. | 1.61. Folios 2775 dos versiones. |
| 1.44. Folio 2758 dos versiones. | 1.62. Folios 2776 dos versiones. |
| 1.45. Folio 2759 dos versiones. | 1.63. Folios 2777 dos versiones. |
| 1.46. Folios 2760 dos versiones. | 1.64. Folios 2778 dos versiones. |
| 1.47. Folios 2761 dos versiones. | 1.65. Folios 2779 dos versiones. |
| 1.48. Folios 2762 dos versiones. | 1.66. Folios 2780 dos versiones. |
| 1.49. Folios 2763 dos versiones. | 1.67. Folios 2781 dos versiones. |
| 1.50. Folios 2764 dos versiones. | 1.68. Folios 2782 dos versiones. |
| 1.51. Folios 2765 dos versiones. | 1.69. Folios 2783 dos versiones. |
| 1.52. Folios 2766 dos versiones. | 1.70. Folios 2784 dos versiones. |
| 1.53. Folios 2767 dos versiones. | 1.71. Folios 2785 dos versiones. |
| 1.54. Folios 2768 dos versiones. | 1.72. Folios 2786 dos versiones. |

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR

Versión Pública:

Folio No. 5648

- 1.73. Folios 2791 dos versiones.
- 1.74. Folios 2792 dos versiones.

Carrera 11A N° 93 A 62 Of. 303 • Tel: (571) 6940379 / 7428250 • Fax: (571) 7559010-7559030
Bogotá – Colombia

- 7.1.35. Original de la Respuesta otorgada el 10 de julio de 2009 por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre diferentes inconsistencias detectadas en la transcripción de la audiencia. Vale la pena mencionar que dicha respuesta tiene una fecha posterior a la de la Resolución final y una fecha anterior a la publicación de la misma. Radicación 2-2009-025003 del 10/07/2009 y original de envío el 8 de agosto de 2009, es decir, casi 2 meses después de expedida la decisión final.
- 7.1.36. Oficio de FENALCO al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitando que no se impusieran derechos antidumping. Radicación 1-2008-054362 del 05/12/2008. (folios 2853 a 2856)
- 7.1.37. Oficio de FENALCO al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitando la práctica de pruebas. Radicación 1-2009-003361. (folios 3051 a 3053).
- 7.1.38. Correo electrónico de la Embajada de la China acerca de sus características como economía de mercado (folio 3050).
- 7.1.39. Oficio de la Embajada de China. Radicación 1-2009-004296 del 12/02/2009. (folio 3048 (3098-10) a 3049 (3098-11))
- 7.1.40. Oficio de la Embajada de China (folio 4097 (3197) a 4098(3198))
- 7.1.41. Oficio de Tangshan Rehne Hardware Tool Co Ltd, empresa productora china, adjuntando nómina de trabajadores (folio 3050 (3098-12))
- 7.1.42. Oficio de Luannan Ghuoazhu Hardware sobre nivel de remuneración de sus trabajadores folio 4006 (3106).
- 7.1.43. Oficio de Luannan Ghuoazhu Hardware sobre la calidad del acero de sus herramientas. Radicación 1-2009-005924 del 26/02/2009. (folio 4116 (3216).
- 7.1.44. Poderes del productor chino Luannan Ghuoazhu Hardware (folio 4120 (3220) a 4129 (3229)
- 7.1.45. Oficio de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) VPT-001/09 (folios 3046 (3098-8) a 3049 (3098-9)).

- 7.1.46. Oficio de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) VPT-012/09 del 1° de junio de 2009 (Puede constatarse frente a original en el expediente).
- 7.1.47. Fe de Errata sin número que establece que hubo un "salto" en la numeración del folio 3099 a 4000.
- 7.1.48. Respuesta de DYNA S.A. acerca de HERRAGRO S.A. como distribuidor (folio 4004 (3104) a 4005 (3105)) y (folio 4054 (3154) a 4055 (3155). Radicación 1-2009-005369 del 21/02/2009)
- 7.1.49. Escrito de Hechos Esenciales elaborado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Folios 4839 al 4966)
- 7.1.50. Respuesta a Hechos Esenciales de C.I. INVERMEC, Radicación 1-2009-017150 del 28/05/2009. (Folios 5023 al 5084).

7.2. Solicitud de Inspección Judicial

Se solicita al Honorable Consejo de Estado practicar una diligencia de inspección judicial sobre el expediente que se encuentra en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de verificar los folios aportados anteriormente, y las demás inconsistencias descritas a lo largo de esta demanda y revisar los documentos supuestamente "confidenciales" que se encuentran en el mencionado expediente con el fin de determinar si efectivamente se refieren a información confidencial y todos aquellos otros aspectos que se amerite evaluar.

8. ANEXOS

- 8.1. Lo anunciado en el acápite de pruebas.
- 8.2. Poder especial otorgado por el demandante a la doctora **LILIANA MARÍA RODRÍGUEZ**.
- 8.3. Certificado de Existencia y Representación Legal de C.I. INVERMEC S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

9. NOTIFICACIONES

La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, en la

LILIANA RODRÍGUEZ

Abogada

DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR

Versión Pública:

Folio No. 5651

Calle 28 N° 13 A 15 de la ciudad de Bogotá.

La sociedad demandante recibirá notificaciones en la Carrera 30 N° 15
– 78 de la ciudad de Bogotá D.C.

La suscrita apoderada de la Sociedad Demandante recibirá
notificaciones en la secretaría del Consejo de Estado, Sección Cuarta,
o en la siguiente dirección: Carrera 11A # 93 A 62 Of. 303 – Bogotá,
Colombia.

Atentamente,

Liliana María Rodríguez Retamoso

LILIANA MARÍA RODRÍGUEZ RETAMOSO

T.P. 93.705 C.S. de la J.

C.C. 52'157.422 de Bogotá D.C.

El anterior memorial fue presentado personalmente por

Liliana María Rodríguez Retamoso
quien se identificó con la C. de C. No. *52'157.422*

de *Bogotá*

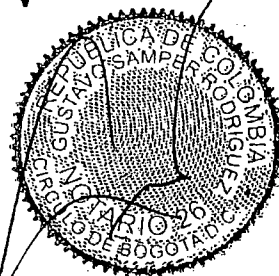
Tarjeta Profesional No. *93.705 C.S. de la J.*

Bogotá, D.C. *19 NOV. 2009*

El Notario Veintiseis

Gustavo Samper Rodríguez

Liliana María Rodríguez





CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 110010327000200900048 00

Referencia: 18033

Actor: COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC S.A.

AUTORIDADES NACIONALES

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

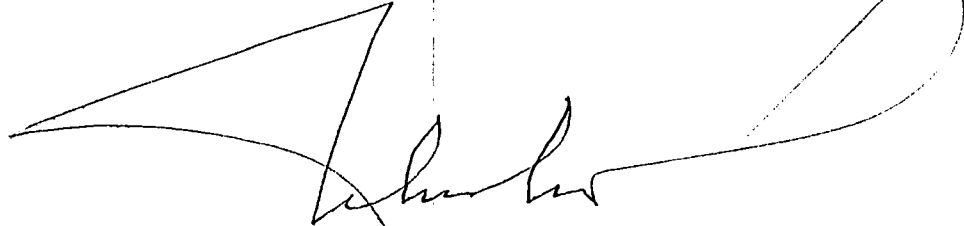
INSPECCIÓN JUDICIAL

ACTA DE DILIGENCIA

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil once (2011), siendo la hora y fecha ordenada en auto del 13 de diciembre de 2010, comparecieron al despacho del suscrito Magistrado doctor William Giraldo Giraldo, a fin de practicar diligencia de inspección judicial, el apoderado de la parte demandante, doctor Francisco Javier Picó Mendi, identificado con la cédula de extranjería número 322.609 y tarjeta profesional número 167.862 del Consejo Superior de la Judicatura, y el apoderado de la parte demandada, doctor Álvaro Peñaranda Álvarez, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.258.887 y tarjeta profesional número 49.806 del Consejo Superior de la Judicatura. A las nueve (9) y treinta (30) minutos de la mañana se da inició a la presente diligencia. El suscrito Magistrado junto con su abogado sustanciador, Juan Manuel Castillo López, a quien se designa como secretario ad-hoc, y los apoderados de las partes, procedieron a desplazarse a la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ubicada en la calle 28 No 13ª - 15 piso 3º, de esta ciudad. Una vez en el lugar de la inspección, fuimos atendidos por la doctora Eloisa Rosario Fernández De De Luque, Subdirectora de Prácticas Comerciales de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien de conformidad con el auto que decretó la inspección judicial, puso a disposición del Despacho los siguientes documentos, que para la parte demandada son confidenciales, contenidos en doscientos cuatro (204) folios, y que hacen parte del expediente No D-215-14-48 de 2008 de la mencionada Subdirección. "1. La identificación de la rama de la producción nacional (fl. 93). 2. El resumen de información para determinar el daño importante - gráficos de tortas sin rótulos (anexo 9 fl 472). 3. La información contable y financiera de los años 2005, 2006 y 2007 de palas, azadones, barras y zapapicos, y CD (fl 118 - 196). 4. El informe fotográfico comparativo en el que se ilustran las condiciones de realización del producto entre China y Colombia. 5. La participación en el mercado de Herragro S.A. (fl 525 - art. 59 D 991/98). 6. Anexo 6 - nuevo cuadro de daño. 7. Anexo 7 - standard materias primas por línea. 8. Anexo 8 - información aportada por Herragro de la empresa Paraboni. 9. Anexo 9 - evolución precios de barras de aceros Chinos. 10. Anexo 10 - precio acero mundial." Los anteriores documentos se incorporan al expediente. De acuerdo con lo expresado por la parte demandada, estos documentos son reservados, lo que implica que el Despacho debe garantizar dicha reserva, para lo cual se conformará un cuaderno separado del expediente, al cual sólo tendrá acceso el Despacho.

A las doce (12) del día se da por terminada la inspección judicial y para que conste lo que en la diligencia aconteció, suscriben esta acta quienes han intervenido en esta actuación judicial.

El Magistrado,



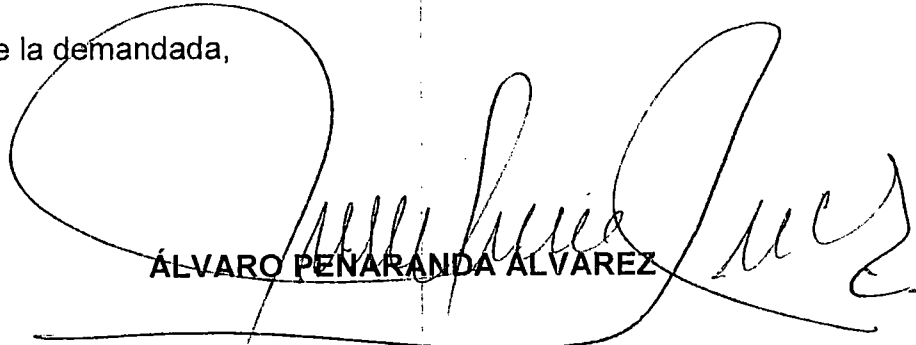
WILLIAM GIRALDO GIRALDO

El apoderado de la demandante,



FRANCISCO JAVIER PICÓ MENDI

El apoderado de la demandada,



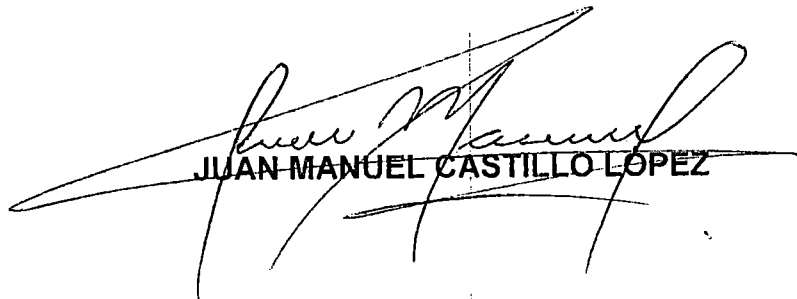
ALVARO PENARANDA ALVAREZ

La Subdirectora de Prácticas Comerciales de la Dirección de Comercio Exterior,



ELOISA ROSARIO FERNANDEZ DE DE LUQUE

El secretario ad-hoc,



JUAN MANUEL CASTILLO LOPEZ