

FE DE ERRATAS

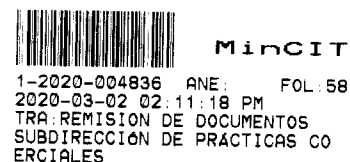
28 de mayo de 2020

La Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo respecto a la investigación por subvenciones a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos de América, clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.00, que culminó con la Resolución 069 del 30 de abril de 2020, hace constar que debido al aislamiento preventivo obligatorio por el que atraviesa el país, la conformación de los expedientes digitalizados se está realizando vía acceso remoto al enlace del servidor de la página web del Ministerio, por lo que se presentaron errores técnicos al cargar el Tomo 41 del expediente de dicha investigación, en el que de forma involuntaria se omitieron las observaciones o comentarios realizados por las partes interesadas al documento de Hechos Esenciales.

En consecuencia, en virtud de los principios de buena fe, transparencia, publicidad, eficacia y economía dispuestos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, la información faltante se anexa a continuación:



Doctora
ELOÍSA FERNÁNDEZ DE DELUQUE
 Secretaria Técnica del Comité de Prácticas Comerciales
 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
 Ciudad



Referencia: Observaciones al Informe de Hechos Esenciales – Investigación administrativa derechos compensatorios a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originario de los Estados Unidos de América, clasificadas bajo la subpartida arancelaria 2207.20.00.00. Expediente SB-249-01-01.

GABRIEL IBARRA PARDO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.181.441 de Suba, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional 36.691 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de **Federación Nacional de Biocombustibles de Colombia** (en adelante “FEDEBIOCOMBUSTIBLES”) en la investigación de la referencia, tal como consta en el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito y dentro del plazo fijado para tales efectos en el literal f) del artículo 4.º de la Resolución 085 del 3 de mayo de 2019, prorrogado por el literal f) del artículo 1.º de la Resolución 027 del 12 de febrero de 2020, me permito presentar mis observaciones al Informe de Hechos Esenciales, en los siguientes términos:

I. Lo que encontró probado la Subdirección de Prácticas Comerciales.

Del Informe de Hechos Esenciales (en adelante “el Informe”) se colige que la Subdirección de Prácticas Comerciales (en adelante “SPC”, “la autoridad” o “la autoridad investigadora”) pudo constatar, tal como lo acreditó mi poderdante desde el inicio de la investigación y durante todo su desarrollo, que: (i) las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos ingresaron al territorio aduanero colombiano a precios distorsionados por los

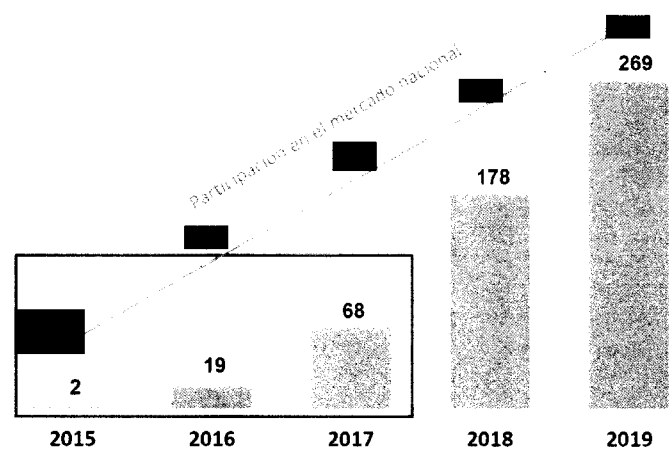


subsidios conferidos a la producción de etanol y maíz, su principal materia prima, por parte del gobierno federal y los gobiernos estatales de los Estados Unidos durante los años 2015, 2016 y 2017; (ii) esta práctica ocasionó un daño importante a la rama de la producción nacional; (iii) existe un nexo causal entre las importaciones subsidiadas originarias de los Estados Unidos y el daño experimentado por la industria doméstica de alcohol carburante (etanol).

Por lo anterior, es urgente y necesario imponer derechos compensatorios definitivos en una cuantía suficiente para nivelar las condiciones de competencia en el mercado colombiano de etanol.

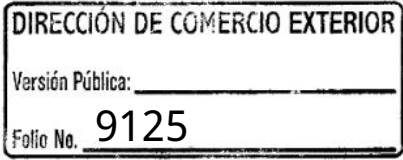
La aplicación de esta medida no da más espera y es de especial relevancia, en razón de la situación en la que se encuentra la rama de la producción nacional de etanol, que ha sufrido un severo perjuicio, incluso durante la vigencia de la medida compensatoria provisional entre mayo y septiembre de 2019, periodo en el cual, las importaciones objeto de investigación desplazaron a la producción nacional en un █% en el mercado doméstico colombiano.

Importaciones de etanol originario de Estados Unidos (millones de litros)



Fuente: Elaboración propia con base en información de las destilerías nacionales (ventas de producción nacional); DIAN para las cifras de importaciones (subpartida 2207.20.00.00, depuradas por los importadores autorizados por el MME para el programa de oxigenación).

Como se observa en la gráfica anterior, entre enero y noviembre de 2019 ingresaron a Colombia 269 millones de litros de etanol originarios de Estados

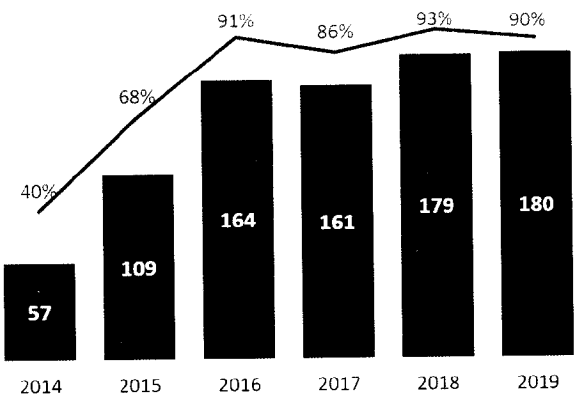


Unidos. Esta cifra representa un incremento del 51% en relación con los 178 millones de litros importados en 2018 y del 296% frente a 2017.

Es claro entonces que la situación de la industria nacional de etanol es considerablemente más dramática de lo que lo era cuando se presentó la solicitud de inicio de la investigación de la referencia. Por consiguiente, si no se adoptan los derechos compensatorios definitivos, en una cuantía que corrija adecuadamente la distorsión, el volumen de importaciones de etanol a precios artificialmente bajos se incrementará aún más, hasta el punto que llegará a desplazar completamente a la producción nacional.

Cabe recordar que, en el caso del Perú, a pesar de que este país adoptó un derecho compensatorio en noviembre de 2018 de USD\$ 47,94 por tonelada, equivalente al 8,1% del precio promedio FOB de exportación de Estados Unidos a ese país en 2019, las importaciones de etanol originarias de Estados Unidos alcanzaron los 180 millones de litros en el último año, y hoy en día representan el 90% del mercado peruano.

Exportaciones de etanol de Estados Unidos a Perú (millones de litros) y su participación en el consumo nacional (%)



Fuente: Elaboración propia con la información de exportaciones registrada por el USITC y el US Census Bureau¹ para las subpartidas arancelarias 2207.10.60.10 y 2207.20.00.10 (etanol combustible). Para el consumo interno de Perú se usa información de la OIA hasta 2018; se estima un crecimiento del 3,5% en 2019 (igual al crecimiento 2017/18).

¹ Disponible en: <https://dataweb.usitc.gov/>, <https://usatrade.census.gov>



De ahí que la recomendación que debe proferir el Comité de Prácticas Comerciales (en adelante “el Comité”) no es un tema menor, pues ahora, más que nunca, está en juego la viabilidad económica y financiera de la rama de producción nacional del etanol, que ya se está quedando sin oxígeno.

II. Lo que acreditó Fedebiocombustibles en el transcurso de la investigación.

Seguidamente, se hará un recuento de lo que el peticionario logró acreditar en la presente actuación administrativa. En particular, quedó evidenciado plenamente que se cumplieron cada uno de los requisitos que exigen las normativas nacional e internacional para imponer derechos compensatorios, lo que fue plenamente corroborado por la SPC en el Informe de Hechos Esenciales. Estos elementos, junto con algunas consideraciones adicionales, deben llevar al Comité a la conclusión de que la adopción de un derecho compensatorio idóneo y eficaz, que garantice condiciones de competencia equilibradas y ayude a conjurar el perjuicio ya causado, resulta imperiosa e indispensable.

A. Se acreditó la existencia y monto de los subsidios.

En los términos del Decreto 299 de 1995 y del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (en adelante “Acuerdo SMC” o “ASMC”), quedaron acreditados los subsidios otorgados a la producción de etanol y maíz, su principal materia prima.

La SPC concluyó que “[e]xisten subvenciones en las importaciones de alcohol carburante (etanol) clasificado por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00 originarias de Estados Unidos, (...), como resultado de la existencia de pruebas suficientes de que el Gobierno Federal y los Gobiernos Estatales de Estados Unidos concedieron subvenciones a la producción de etanol de ese país y al maíz como principal insumo empleado para su elaboración”².

² Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 436.

1. Beneficio conferido a los productores de etanol, a través de los subsidios federales al maíz.

1.1. Del análisis de transferencia:

Quedó establecido que el beneficio conferido a los productores de etanol, a través de los subsidios federales al maíz, se traduce en un precio artificialmente menor de este insumo.

En el punto 2.1.4.2.2.5 del Informe, la autoridad investigadora constató que, ante la omisión de los productores estadounidenses en responder los cuestionarios, *“no pudo establecer si los productores del insumo maíz están vinculados con los productores del producto elaborado alcohol carburante (etanol)”*³, razón por la cual es necesario realizar un análisis de transferencia, correspondiente a la comparación entre el precio interno del maíz en el mercado de Estados Unidos y un precio de referencia, equivalente al precio al que los productores de etanol de ese país habrían comprado un maíz no subsidiado.

Como fue acreditado por Fedebiocombustibles durante el transcurso de la presente actuación administrativa, la referida metodología es la más adecuada y es compatible con los parámetros establecidos por la normativa de la Organización Mundial del Comercio, para calcular el beneficio conferido a los productores estadounidenses de etanol, a través de los subsidios federales al maíz.

En este sentido, la autoridad constató que los subsidios conferidos al maíz se traducen en un menor precio de este insumo para los productores de etanol, en una estructura de costos de producción en la que la materia prima representa aproximadamente el 86%⁴.

1.2. Del precio de referencia:

³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 254.

⁴ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 282.



Quedó acreditado que el precio de referencia que mejor se ajusta a los lineamientos consagrados en el ASMC y a la jurisprudencia de la OMC es el precio promedio de las importaciones de Canadá, Argentina y Brasil en Estados Unidos.

En su Informe, la autoridad concluyó que, conforme a la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, para realizar el análisis de transferencia debe utilizarse el precio promedio de las importaciones de Canadá, Argentina y Brasil en Estados Unidos (USD\$ 177,59/ton) como precio de referencia.

En efecto, y en atención a lo establecido por el literal d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, la SPC constató que el precio de referencia utilizado en la etapa preliminar, a saber, el precio de “Argentina Up River (FOB – Bolsa de Rosario) [...] no refleja por sí solo las condiciones reinantes del mercado del país de suministro, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 14, literal d)”⁵.

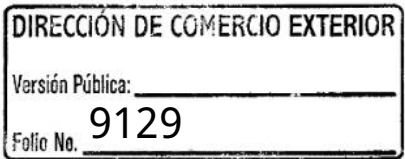
Así las cosas, la SPC concluyó que:

“Considerando los argumentos establecidos en los diferentes paneles mencionados con anterioridad que hacen parte de la jurisprudencia de la OMC, la Autoridad Investigadora considera que al tomar los precios de productos nacionalizados que quedan en libre disposición en el mercado estadounidense, está considerando precios de referencia determinados por el mercado que reflejan las condiciones reinantes en dicho mercado en el país de suministro, pero sin subsidios.

...

Por todo lo anterior, la Autoridad Investigadora consideró a Canadá, Brasil y Argentina para definir el precio de referencia, países de los cuales Estados

⁵ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 262.



Unidos importó aproximadamente en volumen el 97% del maíz en el año 2017, bajo la subpartida arancelaria 1005.90.20.25 del Arancel de Estados Unidos”⁶.

En este sentido, se reitera que el precio promedio de las importaciones de Canadá, Argentina y Brasil (USD\$ 177,59/ton) es el precio que los productores de etanol podrían haber pagado efectivamente por un maíz no subsidiado, en ausencia del maíz estadounidense.

1.3. Del precio doméstico:

Quedó acreditado que el precio promedio nacional de 2017, publicado en la base de datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, es el precio más representativo del maíz de producción nacional al alcance de los productores de etanol, para calcular el beneficio conferido a través de los subsidios al maíz.

En la solicitud de apertura de la investigación y en el Informe Técnico Preliminar emitido por la autoridad, el beneficio conferido a los productores de etanol a través de los subsidios al maíz fue calculado mediante la comparación de un precio de referencia con el precio promedio nacional del maíz para el año 2017 (USD\$ 132,27/ton), publicado en la base de datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA).

No obstante, en el Informe de Hechos Esenciales, la autoridad calculó el precio interno en el mercado estadounidense con base en “56 copias de facturas de compra de maíz”⁷ aportadas por Murex, exportador de etanol a Colombia.

Como se advierte a continuación, el precio apropiado, por corresponder al que es representativo del maíz de producción nacional al alcance de los productores estadounidenses de etanol, es el precio promedio nacional de 2017, publicado en la

⁶ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 263.

⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 268.



base de datos del Departamento de Agricultura de Estados Unidos de USD\$ 132,27 por tonelada.

Este precio refleja el 100% de las transacciones reales en todo Estados Unidos y por consiguiente no puede ser desestimado e ignorado para tomar, en su lugar, una muestra parcializada de un solo productor, que no participó en la investigación, cuya identidad además se desconoce y cuya información el peticionario ni siquiera tuvo la oportunidad de controvertir.

1.3.1 La renuencia de los productores de maíz y etanol estadounidenses a participar en la presente investigación no debe ser tolerada, ni puede pasarse por alto.

Antes de entrar a analizar las razones por las cuales resulta impropio utilizar el precio interno así calculado, es menester señalar que aun cuando en el Informe la autoridad reconoció que *“los productores de Maíz y los productores de alcohol carburante (etanol) en los Estados Unidos no dieron respuesta a los cuestionarios puestos en conocimiento a través de la Embajada de Estados Unidos en Colombia y publicados en la página web del Ministerio”*⁸, la autoridad señaló que *“la totalidad de la información aportada por el gobierno de los Estados Unidos, Murex LLC., y las asociaciones estadounidenses, deben ser estudiadas y consideradas para adoptar una decisión final, sin que deban aplicarse indicios en contra de los productores de los Estados Unidos”*⁹.

Resulta muy preocupante que la renuencia de los productores de maíz y etanol, no sólo no tenga ninguna consecuencia negativa para quien se encuentra en contumacia y rebeldía en colaborar con la autoridad, sino que además se tolere esa actitud, al aceptar utilizar información que pertenece a un productor cuya identidad desconoce el peticionario, porque se le ha negado acceder a ella, en clara violación de su derecho de defensa y contradicción, y que fue aportada además por Murex, empresa que ni siquiera produce etanol.

⁸ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 254.

⁹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 117.

Ese productor no solo no podía permanecer oculto, sino que además tenía que haber comparecido y participado por sí mismo en la investigación, y su renuencia debe llevar a producir las consecuencias contempladas en la normativa de la OMC y en la legislación nacional, que fueron materia de solicitud por parte de mi mandante.

Hasta el momento, no existe explicación ni evidencia alguna de la razón por la cual ese proveedor de Murex no solo fue renuente y se negó a participar en la investigación, sino que menos aún existe justificación legal al amparo de la cual su identidad se mantenga oculta y se le haya impedido a mi poderdante conocerla, pues esa información no está clasificada por la ley como reservada.

Tampoco se acreditó jamás cuáles habrían sido los supuestos perjuicios que podría sufrir el productor clandestino o las partes interesadas por la revelación de su identidad y, por consiguiente, de conformidad con el parágrafo del artículo 41 del Decreto 1750 de 2015 y el párrafo 4 del artículo 12 del Acuerdo SMC, al no haberse justificado esa reserva, la información no puede considerarse, ni ser tomada en cuenta por el despacho.

Hecha la aclaración anterior, es menester llamar comedidamente la atención de la SPC en que el precio interno en el mercado de EE.UU. no debe ni puede ser calculado con base en las facturas aportadas por Murex, en la medida en que: i) estas pertenecen a un productor cuya identidad ha sido mantenida oculta sin ninguna justificación, en violación del derecho al debido proceso de Fedebiocombustibles; ii) no existe evidencia de que hayan sido auditadas, tampoco de que hayan sido verificadas con la contabilidad o libros del productor. Ni siquiera se conocen los criterios que se utilizaron para seleccionarlas; iii) el precio calculado con base en ellas difiere significativamente de los datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, los de la Asociación de Combustibles Renovables y los de los estados financieros públicos de dos de los proveedores de etanol de Murex; y iv) el precio calculado con las referidas facturas no es en absoluto representativo del mercado estadounidense, todo lo cual se explica seguidamente.



1.3.2. Las facturas aportadas por Murex no pueden ser consideradas por el despacho en la medida en que pertenecen a un productor cuya identidad ha sido mantenida oculta sin ninguna justificación, en violación de la ley y del derecho al debido proceso de Fedebiocombustibles.

Según indica la SPC en el Informe, mediante comunicación número 1-2019-024757 del 20 de agosto de 2019, y como respuesta adicional al requerimiento de la autoridad del 23 de julio de 2019¹⁰, Murex aportó la siguiente información:

*“Facturas de operaciones de compra de maíz por parte del productor de etanol
*****, 56 en total”¹¹ (subraya y negrilla fuera de texto).*

Desde un principio, Murex ha abusado de la figura de la confidencialidad, en claro detrimento del derecho de contradicción y el debido proceso de mi poderdante, al mantener en secreto la identidad de su(s) proveedor(es) de etanol, a quien(es) supuestamente pertenece(n) las referidas facturas, y en contra de lo que dispone el Acuerdo SMC y el Decreto 299 de 1995.

En efecto, en la práctica, al peticionario no se le ha permitido controvertir el contenido, idoneidad o exactitud de la información del referido productor anónimo de marras, porque jamás se le proporcionó la información que le permitiera hacerlo, con lo cual se configuró una grave afectación al debido proceso.

Además, como ya se señaló, el ignoto productor debió haber participado directamente en la investigación y aportado la información comprensiva y suficientemente representativa para permitir a la Subdirección de Prácticas Comerciales hacer los cálculos con datos realmente fidedignos.

Se reitera, una vez más, que no existe ninguna razón o fundamento para que el nombre o identidad del productor (o productores) al que hace referencia Murex

¹⁰ Oficio No. 2-2019-21408 del 23 de julio de 2019.

¹¹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 268.

deba ser mantenido en reserva y este hecho no ha sido justificado en ninguna parte por el exportador.

La identidad de ese productor, que por su calidad de tal es sujeto de la investigación, no puede ser reservada ni confidencial, tal como además lo ha puesto de presente de manera clara y perentoria la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad que ha manifestado que “[...] la información sobre clientes y proveedores no tiene el carácter de secreta, pues los adquirentes de potenciales bienes y servicios, así como el acceso a ofertas mercantiles por regla general es de conocimiento público y de fácil acceso por los medios masivos de información como la internet, a menos claro está, que se demuestre que en un caso específico esa información por circunstancias especiales podría considerarse confidencial”¹² (subraya y negrilla fuera de texto).

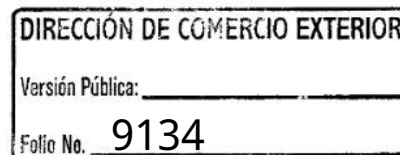
Al incluir Murex esa información como reservada, sin tener realmente tal calidad y sin justificarlo, esa compañía quebrantó el Acuerdo SMC de la OMC, el Decreto 299 de 1995 y, lo que es más grave aún, el derecho de contradicción y el debido proceso conferido por la Constitución Política a mi poderdante, razón por la cual esa información no puede ser considerada por el despacho.

Prueba de que este tipo de información no es reservada es el hecho de que, en internet, se encuentran publicados estados financieros de empresas productoras de etanol, en los que se indica que cuentan con un contrato de suministro de toda su producción a Murex.

Se reitera que los estados financieros de los productores están a disposición del público en internet y pueden ser consultados por cualquier persona, luego resulta insólito que se haya solicitado mantener como reservada la identidad del productor de Murex. No es permitido mantener como secreto lo que es público o lo que la ley no le ha dado la calidad de reservado.

Así, adviértase que en los estados financieros públicos y de libre acceso, publicados por Conestoga Energy Holdings, LLC, se consigna la información

¹² Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Acta de Audiencia de septiembre de 2016. Expediente 130211183.



correspondiente a los contratos de suministro de sus subsidiarias Arkalon Ethanol LLC (en adelante “Arkalon”) y Bonanza BioEnergy LLC (en adelante “Bonanza”) con la empresa Murex, a la cual además se refieren como “miembro” y “parte relacionada” de este grupo empresarial¹³.

1.3.3. La selección de facturas aportada por Murex no puede ser considerada por el despacho toda vez que no existe evidencia de que hayan sido auditadas, tampoco de que hayan sido verificadas con la contabilidad o libros del productor. Ni siquiera se conocen los criterios que se utilizaron para seleccionarlas.

Al referirse a las facturas aportadas, en el punto 4 de la comunicación número 1-2019-024757 del 20 de agosto de 2019, Murex indica lo siguiente:

“Ver el Anexo 4 con el listado de las compras de maíz de [] durante 2017. Los contratos y las facturas de compras de maíz de [] se proporcionan en el Anexo 7. Las 25 facturas aportadas fueron seleccionadas teniendo en cuenta que la planta liquida los contratos en un horario específico (generalmente cada dos días) porque tienen que pagar dentro de los 7 días posteriores a la entrega, de conformidad con las reglas de NGFA (“National Grain and Feed Association”) que establece un máximo de 10 días. De esta forma, se presentan 2 facturas por mes.”

Los contratos de compraventa están diseñados para permitir que el precio del maíz flote con el contrato de futuros de maíz CBOT hasta justo antes de la entrega. A medida que se acerca la entrega, el cliente y el proveedor acuerdan una fecha y hora para bloquear el precio de los futuros del maíz.

Los “pesos a gobernar” y los “grados a gobernar” son esenciales para una eventual disputa. En caso de que exista una discrepancia entre lo que el proveedor cree que entregó (ya sea en cantidad o calidad) y lo que el comprador

¹³ KCoe Isom, LLP. Conestoga Energy Holdings, LLC, and Subsidiaries. Consolidated Financial Statements and Supplementary Information with Independent Auditors’ Report. December 31, 2017 and 2016. Pg. 20. Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2019/01/12-31-17-Conestoga-Energy-Holdings-Audit-Report.pdf>

cree que recibió. La mayoría de las veces el comprador requiere que sus pesos y grados gobiernen y por esto se diligencia con “Destino” en estas casillas”¹⁴
(subraya y negrilla fuera de texto).

Es claro que la intención de Murex no es otra que inducir a error a la autoridad, pues como se aprecia en el texto citado, el único criterio utilizado por este exportador para seleccionar las facturas aportadas es que la planta “*liquida los contratos [...] generalmente cada dos días*”, lo que carece de toda lógica y racionalidad.

En efecto, no se entiende cuál se supone que es el raciocinio según el cual la liquidación de unos contratos “generalmente” cada dos días, lleva a escoger dos facturas por mes como muestras representativas de las compras de maíz del desconocido productor¹⁵.

A todas luces, el parámetro utilizado por Murex es un criterio de selección a conveniencia, que está lejos de reflejar fidedignamente las transacciones de compra de maíz del productor. Esto equivale a que, para demostrar el daño experimentado por la rama de producción nacional, Fedebiocombustibles hubiese presentado solamente la información de dos ventas mensuales, debido a que las destilerías liquidan los contratos de etanol “generalmente cada dos días”. Esto hubiera reñido por completo con las normas más elementales de la lógica y del sentido común.

Pero no contenta con haber utilizado un criterio, carente de toda lógica, para seleccionar las facturas que aportó, Murex decidió además mantener oculta:

- La información sobre las fechas a las cuales ellas corresponden;
- El número de facturas totales que el productor registra mensualmente;
- El tipo de maíz al que se refieren (blanco o amarillo);
- Su representatividad en el total del maíz comprado por la(s) planta(s) productora(s) de etanol a la(s) que hace referencia este exportador.

¹⁴ Expediente SB-249-01-01. Tomo 37. Folio 6898.

¹⁵ Se desconoce igualmente a qué mes podría corresponder la factura número 25.



facturas utilizadas por la SPC son 56 o 57 pues ambos números aparecen en el Informe).

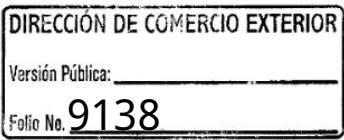
La inexplicable discrepancia entre lo expresado y lo aportado por Murex y el hecho de que se haya mantenido oculta toda la información relativa a las facturas, implica que el peticionario no ha podido conocer, entre otros, a qué fecha corresponden, cuántas hay por mes y su representatividad en términos de valor y de periodo de compra (en vista de que, como se verá a continuación, los precios del maíz varían significativamente durante los diferentes meses del año).

Es claro entonces que la reserva solicitada por Murex sobre la información en cuestión es completamente injustificada, lo que debe llevar a que todas esas facturas e información sean desestimadas y no sean consideradas por la autoridad.

1.3.4. El precio calculado con base en las facturas aportadas por Murex no coincide con los datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, los de la Asociación de Combustibles Renovables y los de los estados financieros públicos de dos de los proveedores de Murex.

Aunado a lo anterior, el precio interno del maíz en el mercado estadounidense no debe ser calculado con base en las facturas aportadas por Murex, toda vez que, se trata de información que no es representativa y que no es congruente y difiere significativamente con los datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, de la Asociación de Combustibles Renovables y de los estados financieros públicos de dos de las destilerías proveedoras de etanol de Murex.

Conforme con las notas a los estados financieros de Conestoga Energy Holdings, LLC para diciembre 31 de 2017 y 2016, disponibles en internet y auditadas por KCoe Isom LLP (precisamente el mismo auditor de las cifras presentadas por Murex de manera confidencial mediante comunicación con radicado número 1-2019-023452 del 5 de agosto de 2019), Arkalon, una de sus plantas subsidiarias, tiene



un acuerdo de comercialización con Murex para venderle todo el etanol que produce¹⁷.

Como se observa en las siguientes tablas, de conformidad con los estados financieros de Arkalon, también disponibles en internet, para el primer trimestre de 2017, el costo del maíz fue de USD\$ 3,36 por bushel, es decir, de USD\$ 132,3 por tonelada métrica¹⁸.

Costo del maíz por bushel para el primer trimestre de 2017
Arkalon

Key Production Indicators

*based on sales data	For the quarter ending 3/31/16		
	2017	2016	Change
Gallons sold (in thousands)	28,731	28,355	376
Sales price per gallon (inclusive of hedging)	\$ 1.39	\$ 1.33	\$ 0.06
Corn cost per bushel	\$ 3.36	\$ 3.85	\$ (0.50)
Crush margin	\$ 0.26	\$ (0.02)	\$ 0.28
Denatured yield (2.25% denaturant added)	2.99	2.87	0.12
Distiller's grain as a % of the delivered cost of corn	27.1%	27.2%	-0.1%

Fuente: Arkalon Etahnol LLC Income Statement¹⁹.

	I trimestre 2017	I trimestre 2016	Diferencia
Costo del maíz (USD/tonelada métrica)	132,3	151,7	-19,3

Fuente: Elaboración propia con información del Arkalon Etahnol LLC Income Statement²⁰.

La cifra anterior difiere del precio promedio de USD\$ 145,72 por tonelada calculado por la autoridad con base en las 56/57 facturas y, aunque es un dato trimestral,

¹⁷ KCoe Isom, LLP. Conestoga Energy Holdings, LLC, and Subsidiaries. Consolidated Financial Statements and Supplementary Information with Independent Auditors' Report. December 31, 2017 and 2016. Pg. 20. Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2019/01/12-31-17-Conestoga-Energy-Holdings-Audit-Report.pdf>

¹⁸ Una tonelada de maíz equivale a 39,368 bushel.

¹⁹ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2017/06/Arkalon-Ethanol-Financials-Q1-2017.pdf>

²⁰ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2017/06/Arkalon-Ethanol-Financials-Q1-2017.pdf>



coincide plenamente con el precio promedio doméstico del maíz en Estados Unidos para el año 2017, que aparece en la base de datos del Departamento de Agricultura de EE.UU. de USD\$ 132,27 por tonelada.

Lo mismo sucede con los datos de la planta productora de etanol Bonanza BioEnergy LLC, también perteneciente al grupo Conestoga y que, a su vez, también cuenta con un contrato de suministro de todo su etanol a Murex, de conformidad con las notas a los estados financieros de Conestoga Energy Holdings, LLC para diciembre 31 de 2017 y 2016, auditadas por KCoe Isom LLP²¹. En los estados financieros de Bonanza para el primer trimestre de 2017, a disposición del público en internet, el precio del maíz fue de USD\$ 3,31 por bushel, equivalentes a USD\$ 130,3 por tonelada²².

Costo del maíz por bushel para el primer trimestre de 2017
Bonanza

Key Production Indicators

	For the quarter ending		
	3/31/17		
	2017	2016	Change
Gallons sold (in thousands)	16,164	16,218	(54)
Average sales price per gallon (net)	\$ 1.39	\$ 1.41	\$ (0.02)
Corn cost per bushel	3.31	3.70	(0.39)
Crush margin	\$ 0.27	0.10	0.17
Denatured yield (2.25% denaturant added)	2.94	2.82	0.13
Distiller's grain as a % of the delivered cost of corn	23.9%	26.9%	-3.1%

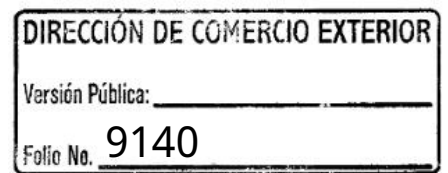
Fuente: Bonanza BioEnergy LLC Income Statement²³.

	I trimestre 2017	I trimestre 2016	Diferencia
Costo de maíz (USD/tonelada métrica)	130,3	145,7	-15,4

²¹ KCoe Isom, LLP. Conestoga Energy Holdings, LLC, and Subsidiaries. Consolidated Financial Statements and Supplementary Information with Independent Auditors' Report. December 31, 2017 and 2016. Pg. 20. Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2019/01/12-31-17-Conestoga-Energy-Holdings-Audit-Report.pdf>

²² Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2017/06/Bonanza-BioEnergy-Financials-Q1-2017.pdf>

²³ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2017/06/Bonanza-BioEnergy-Financials-Q1-2017.pdf>



Fuente: Elaboración propia con base en Bonanza BioEnergy LLC Income Statement²⁴.

Aun cuando los datos citados corresponden a un solo trimestre de 2017, que es la información pública a la que tuvo acceso el peticionario, estos suponen que para que el precio de compra del maíz de, por ejemplo, Arkalon, fuera de USD\$ 145,72 por tonelada, que fue el calculado por la autoridad con base en las facturas aportadas por Murex, el promedio de los tres trimestres restantes del año 2017 debió ser de USD\$ 150,2 por tonelada.

De lo anterior llama la atención y es contundente lo siguiente.

El precio promedio del maíz en Estados Unidos, en los últimos tres trimestres de 2017, conforme a la base de datos del Departamento de Agricultura, fue de USD\$ 131 por tonelada, valor 3,3% inferior al del primer trimestre de 2017, que fue de USD\$ 135,6 por tonelada. Es decir que el precio promedio del maíz en Estados Unidos se redujo en los tres últimos trimestres del año frente al primero.

A lo anterior se suma el hecho de que, tanto Arkalon como Bonanza, plantas proveedoras de etanol de Murex, se encuentran ubicadas en el Estado de Kansas²⁵.

La sola consulta de la base de datos del USDA es suficiente para percatarse de que el precio promedio del maíz amarillo en Kansas²⁶ en 2017 fue de USD\$ 135 por tonelada. Al observar el comportamiento por trimestres, el precio promedio del primer trimestre de 2017 fue uno de los más altos, incluso por encima del promedio de Estados Unidos, ubicándose en USD\$ 139 por tonelada, mientras que el precio promedio de los últimos tres trimestres del año fue de USD\$ 133 por tonelada, un valor 4,6% inferior al del primero.

²⁴ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/wp-content/uploads/2017/06/Bonanza-BioEnergy-Financials-Q1-2017.pdf>

²⁵ Arkalon está ubicada en Liberal Kansas y Bonanza en Garden City, Kansas. Ver: <http://www.conestogaenergy.com/locations/arkalon-ethanol/> y <http://www.conestogaenergy.com/locations/bonanza-bioenergy/>

²⁶ Departamento de Agricultura de los Estados Unidos. Feed Grains Yearbook - Recent. Disponible en: <https://www.ers.usda.gov/data-products/feed-grains-database/feed-grains-yearbook-tables.aspx> el 05 de febrero de 2020



De esta manera, es claro que la información de los estados financieros de cada una de las referidas empresas publicados en internet coincide con el comportamiento de los precios reportados por el USDA y, en cambio, difiere significativamente de las cifras aportadas por Murex que, como se señaló anteriormente, no le ha permitido a mi poderdante controvertir, al impedirle injustificadamente el acceso a la información necesaria para ello, y en concreto a la identidad del productor.

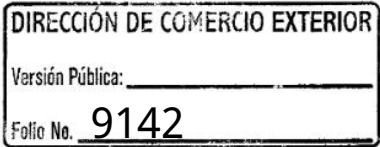
Precio de mercado del maíz en Kansas.

Mes	2016-2017		2017-2018		2016-2017		2017-2018	
	Maíz amarillo (USD/ bushel)	Maíz amarillo (USD/ tonelada)	Maíz amarillo (USD/ bushel)	Maíz amarillo (USD/ tonelada)	Maíz blanco (USD/ bushel)	Maíz blanco (USD/ tonelada)	Maíz amarillo (USD/ bushel)	Maíz amarillo (USD/ tonelada)
Sep.	3,02	119	3,24	127	3,5	138		
Oct.	3,1	122	3,1	122				
Nov.	3,28	129	3,2	126	3,59	141		
Dic.	3,36	132	3,34	131	3,68	145		
Ene.	3,61	142	3,39	133	3,76	148	3,44	135
Feb.	3,58	141	3,51	138	3,73	147		
Mar.	3,44	135	3,65	144	3,59	141		
Abr.	3,47	136	3,75	147	3,52	139	3,85	152
May.	3,63	143	3,9	153	3,56	140	3,97	156
Jun.	3,55	140	3,59	141	3,63	143	3,66	144
Jul.	3,57	140	3,54	139			3,62	142
Ago.	3,35	132	3,5	138			3,71	146

Fuente: Elaboración propia con base en cifras del Feed Grains Yearbook del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos²⁷.

El precio calculado con base en la información aportada por Murex también difiere del precio promedio del maíz en 2017 según el informe “Ethanol Industry Outlook

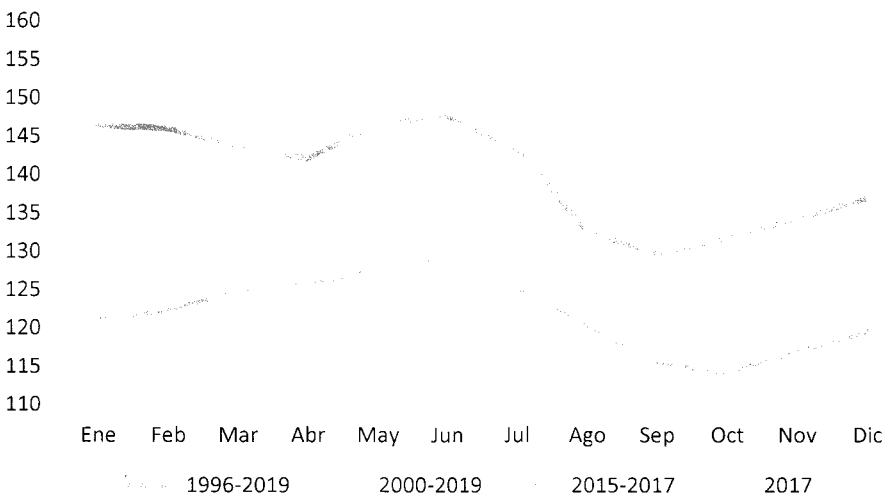
²⁷ Disponible en: <https://www.ers.usda.gov/data-products/feed-grains-database/feed-grains-yearbook-tables.aspx>



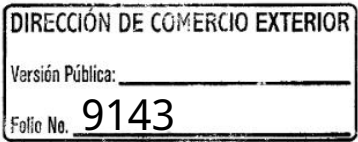
2018” de la Asociación de Combustibles Renovables (RFA), que fue allegado en el Anexo No. 26 de la solicitud presentada por Fedebiocombustibles y que reposa en el expediente de la referencia²⁸. En efecto, según el referido informe, el precio promedio del maíz en 2017 fue de USD\$ 3,20 por bushel, equivalentes a USD\$ 126 por tonelada.

Por si lo anterior no fuera suficiente, es menester considerar, además, que los precios del maíz tienen un comportamiento estacional, es decir que tienen un comportamiento diferente según la temporada del año. Como se observa en las siguientes gráficas, en los periodos comprendidos entre 1996 y 2019, 2000 y 2019, 2015 y 2017 (periodo de investigación) y 2017 (periodo crítico), el promedio de los precios en junio alcanza un nivel máximo, mientras que en octubre se observan los precios más bajos. De manera que, resulta inadmisibile que se hayan mantenido ocultas las fechas de las facturas porque ello no permite apreciar este comportamiento estacional de los precios, y tampoco determinar si las facturas seleccionadas por Murex son representativas respecto de la totalidad del periodo investigado.

Comportamiento estacional del precio promedio del maíz amarillo en EE.UU.

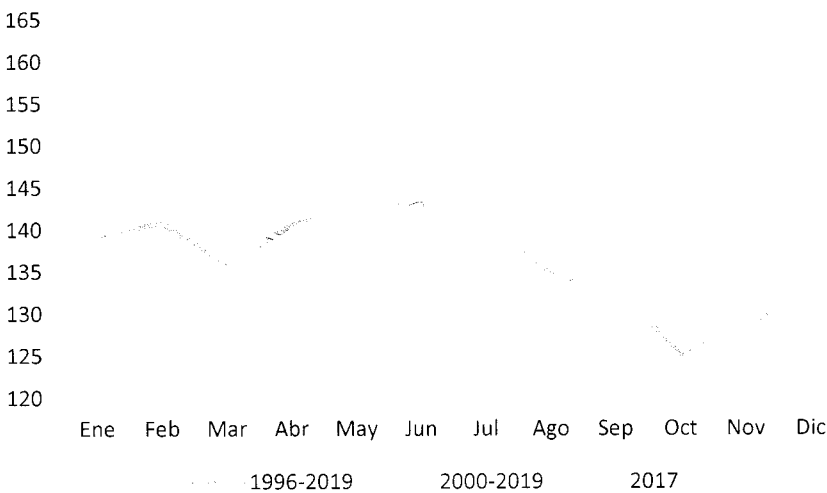


²⁸ Disponible en: <https://ethanolrfa.org/wp-content/uploads/2018/02/NECfinalOutlook.pdf>
Ver Expediente SB-249-01-01, Tomo 2, Folio 272 y 308.



Fuente: Elaboración propia con base en cifras del Feed Grains Yearbook del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos²⁹.

Comportamiento estacional del precio promedio del maíz blanco en EE.UU.



Fuente: Elaboración propia con base en cifras del Feed Grains Yearbook del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos³⁰.

En este orden de ideas, es claro que las facturas aportadas por Murex no reflejan la realidad y que el precio calculado a partir de ellas difiere del que se deriva de las cifras del Departamento de Agricultura de Estados Unidos, de la Asociación de Combustibles Renovables y de dos de los proveedores conocidos de Murex (Arkalon y Bonanza).

1.3.5. El precio calculado con base en las facturas aportadas por Murex no es en absoluto representativo del mercado estadounidense.

Además de todo lo expuesto, otra circunstancia que impide por completo que las facturas aportadas por Murex puedan considerarse, es que ellas no reflejan y no son representativas de las ventas ni del precio en el mercado estadounidense.

²⁹ Disponible en: <https://www.ers.usda.gov/data-products/feed-grains-database/feed-grains-yearbook-tables.aspx>

³⁰ Disponible en: <https://www.ers.usda.gov/data-products/feed-grains-database/feed-grains-yearbook-tables.aspx>

Adviértase que el Informe de la SPC señala que:

“La Autoridad investigadora verificó que de 430 operaciones indicadas en el listado de excel de compra de maíz y de amilasa de maíz, se anexaron 56 copias de facturas de compra de maíz, las cuales se utilizaron para calcular el precio doméstico del maíz. Cabe aclarar que las cantidades indicadas en el listado estaban de acuerdo a lo estipulado en los contratos, pero diferían en muchos casos de las indicadas en las facturas por ajuste en los precios (descuentos) y en las cantidades.

*Tomando la información de las facturas aportadas, se determinó el precio unitario del maíz para 2017. Para tal fin, se calculó un precio promedio ponderado, considerando la cantidad total indicada en las facturas de ***** bushels y su valor total de US\$ 2.230.602,29, obteniendo un precio promedio doméstico del maíz de 145,72 US\$/Tn”³¹.*

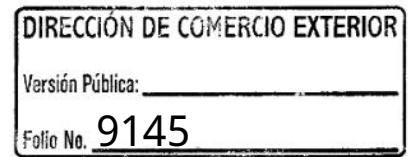
El hecho de que de las 430 operaciones de “compras de maíz y amilasa de maíz” relacionadas en el listado de Excel aportado, Murex hubiese allegado solamente 56/57 facturas, es una muestra más de que la intención de esta empresa es inducir a error a la autoridad.

Adicionalmente, como menciona la misma SPC en el Informe, estas facturas “corresponden al 2,39% del total de las ventas de 13 proveedores”³², porcentaje que está muy lejos de ser representativo de la totalidad de estas ventas, para poder ser utilizado por la autoridad para calcular el precio interno en el mercado estadounidense. Esto de por sí es más que suficiente, sin ninguna razón adicional, para que el despacho proceda de plano a desestimar esa información.

Para abundar más en lo anterior, de conformidad con el Informe de Hechos Esenciales, el valor total de las compras de maíz en 2017 consignado en las facturas aportadas por Murex fue de USD\$ 2.230.602,29, y el precio promedio

³¹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 268.

³² Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 381.



ponderado fue de USD\$ 145,72 por tonelada, es decir que el volumen total de maíz comprado para la producción de etanol en las referidas facturas fue de 15.307,45 toneladas³³. Esta cifra representa apenas el 0,01% del volumen total del maíz utilizado para producir etanol en Estados Unidos en 2017 (142.370.123 toneladas métricas), por lo que difícilmente puede considerarse representativa del mercado interno de Estados Unidos.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que a partir de una tonelada de maíz se pueden producir aproximadamente 111 galones de etanol³⁴ (419 litros), de esas 15.307,45 toneladas de maíz es posible producir 1.693.958 galones de etanol, cifra que representa el 0,01% del total de etanol producido en Estados Unidos en 2017 (15.755 millones de galones).

Además, si se considera que la capacidad de producción de Arkalon y Bonanza es de 165 millones de galones³⁵, se aprecia con claridad que la referida producción de etanol a partir de la cantidad de maíz reportada en las facturas sólo representa el 1% de la capacidad de estas empresas. Si se compara únicamente con la capacidad de la planta de Arkalon, que es de 110 millones de galones³⁶, el etanol fabricado con el maíz de la muestra de facturas representa apenas el 1,5% de la capacidad de producción de este proveedor de Murex.

Se concluye entonces con contundencia que las facturas aportadas por Murex no son en absoluto representativas y menos aún si se tienen en cuenta las fluctuaciones del precio del maíz. Ciertamente ellas no son idóneas ni suficientes para reflejar la realidad del universo completo de las transacciones de compra de maíz por parte de los productores de etanol.

³³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 268. Resultado de dividir los USD\$ 2.230.602,29 sobre los USD\$ 145,72 por tonelada.

³⁴ Resultado de dividir la producción total de etanol en Estados Unidos (15.755.000.000 galones) sobre la cantidad de maíz destinada a su producción (142.370.132 toneladas). Esta cifra es consistente con la información del informe "Ethanol Industry Outlook 2018" de la Asociación de Combustibles Renovables, según el cual de una tonelada de maíz (39,3680 bushel) se pueden producir 113 galones de etanol.

³⁵ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/locations/bonanza-bioenergy/>
<http://www.conestogaenergy.com/locations/arkalon-ethanol/>

³⁶ Disponible en: <http://www.conestogaenergy.com/locations/arkalon-ethanol/>

La falta de representatividad de la información aportada por Murex no puede soslayarse, ni pasarse por alto. Definitivamente no puede ser ignorada esta circunstancia, y menos aún, si se tiene en cuenta que la misma autoridad consideró que la información del proveedor de Murex era insuficiente para hacer la distribución del beneficio transferido a los productores de etanol, a través de los subsidios conferidos al maíz, cuando señaló que:

“En cualquier caso, la Autoridad analizó la posibilidad de hacer la distribución de los beneficios entre el etanol y los productos secundarios utilizando la metodología de ingreso por ventas. Para tal fin, tuvo en cuenta que la contraparte aportó los ingresos por ventas para el año 2017 tanto del etanol como de los coproductos de la planta que produce etanol para Murex, pero descartó esta información toda vez que se refiere a una sola planta de producción de etanol con particularidades que no se observan en otras plantas de producción, como es el hecho de que el etanol represente sólo el 28% de los ingresos totales por ventas y los DDGS correspondan al 52%.

Es importante recordar que la finalidad de este análisis es tener el más completo panorama posible que incluya la totalidad de los Estados del país investigado, lo que se logra en una mejor manera utilizando la metodología por volumen según las demás pruebas que obran en el expediente”³⁷ (subraya y negrilla fuera de texto).

Por consiguiente, con el fin de que el precio interno del maíz en el mercado de Estados Unidos sea calculado de manera consistente con el razonamiento citado, la autoridad debe descartar la información aportada por Murex y utilizar el precio promedio nacional de 2017, publicado en la base de datos del Departamento de Agricultura de los EE.UU., que incluye la totalidad de los estados del país investigado.

³⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 298.



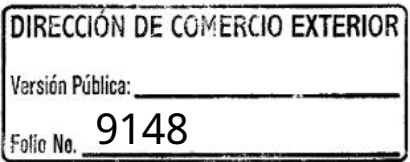
Por último, es menester señalar que, como incluso menciona el mismo apoderado de Murex, en su comunicación del 7 de febrero de 2020 (Rad. No. 1-2020-002762), a la fecha ninguna de las cifras o documentos presentados por Murex han sido objeto de verificación por parte de la autoridad en una visita a las oficinas de este exportador o a la planta de producción de su clandestino proveedor. Lo anterior, por sí solo, debe llevar a la autoridad a descartar la referida información, más si se tiene en cuenta lo señalado por la Subdirección en el Informe de Hechos Esenciales: *“en el listado aportado de las compras de maíz, los precios allí indicados no coinciden necesariamente con los indicados con la muestra de facturas adjuntas”* (subraya y negrilla fuera de texto)³⁸.

Si existen esas diferencias entre las cantidades indicadas en el listado y las consignadas en las facturas, de ninguna manera pueden esos documentos ser tenidos en cuenta sin que se compruebe su exactitud en el sistema contable de las empresas estadounidenses, como de hecho la autoridad ha procedido a hacerlo con las cifras presentadas por la rama de producción nacional en la solicitud.

Pero al margen de que el uso abusivo de la figura de la confidencialidad por parte de Murex es más que suficiente para que la autoridad prescinda de considerar las facturas seleccionadas al arbitrio por este exportador para calcular el precio interno, es evidente que: i) los datos del Departamento de Agricultura de EE.UU y de la Asociación de Combustibles Renovables, así como las cifras de los estados financieros de Arkalon y Bonanza, disponibles en internet, difieren significativamente del precio del maíz calculado con base en la muestra de facturas seleccionada por Murex sin un criterio técnico racional; y ii) las facturas no son en absoluto representativas del mercado estadounidense. Estos elementos de juicio sumados a la conducta renuente de los productores estadounidenses, impiden considerarlas en la investigación.

En este orden de ideas, ha quedado plenamente acreditado que el precio más adecuado y representativo del maíz de producción nacional, al alcance de los

³⁸ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 381.



productores estadounidenses de etanol, es el precio promedio nacional de 2017, publicado en la base de datos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de USD\$ 132,27 por tonelada.

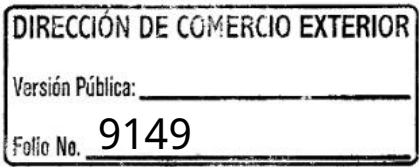
Este precio refleja el 100% de las transacciones reales en todo Estados Unidos y como se ha dicho, no puede desestimarse o ser ignorado para considerar en cambio, una muestra que ha sido tomada al arbitrio de un exportador interesado, que corresponde a un productor ignoto y renuente a participar en la investigación, que no ha sido verificada con la cifras de la contabilidad o con los libros del supuesto productor al que presuntamente corresponden y que además, como si lo anterior fuera poco, el peticionario ni siquiera tuvo la oportunidad de controvertir.

1.4. No se debe asignar ninguna parte del beneficio transferido a los productores estadounidenses de etanol, a través de los subsidios federales al maíz, a los granos destilados secos – DDGS, pues quedó acreditado que la totalidad del beneficio se debe asignar exclusivamente a la producción de etanol.

Como se explicó en el aparte 1.1 del presente documento, en el transcurso de la investigación quedó debidamente acreditado que el beneficio transferido a los productores estadounidenses de etanol, a través de los subsidios federales al maíz, se traduce en un menor precio de este insumo.

El monto del beneficio se obtuvo a partir de la comparación entre el precio del maíz, en el mercado doméstico de Estados Unidos en 2017 (que como se mencionó en el aparte anterior debe ser el promedio nacional publicado por el USDA de USD\$ 132,27 por tonelada), y el precio promedio de importación en este país, del maíz originario de Canadá, Brasil y Argentina³⁹, de USD\$ 177,59 por tonelada, como lo estableció la autoridad en el Informe. Esta diferencia de USD\$ 45,32 por

³⁹ Clasificado por la posición arancelaria HTS 1005.90.20.25 (maíz de grano amarillo, excepto maíz para semilla).



tonelada se multiplicó por las 142.370.123 toneladas (5.604.827 millones bushel) de maíz utilizadas para producir etanol en 2017⁴⁰.

De manera que, el monto del beneficio recibido por los productores de etanol en los Estados Unidos, como resultado de los subsidios otorgados a los productores de maíz, asciende a USD\$ 6.452.213.974.

No hay duda, y así se ha demostrado a lo largo de la actuación administrativa, que el impacto de los subsidios conferidos al maíz sobre los costos de producción del etanol se debe asignar en su totalidad al etanol.

En efecto, el peticionario ha acreditado que los granos destilados secos o DDGS son bienes fabricados a partir de un residuo denominado “stillage” - “caldo” o “líquido residual”, que resulta de manera inevitable, fortuita y accidental de la etapa de destilación del proceso de fabricación del etanol a partir de maíz.

De ahí que comedidamente se llama la atención sobre el cálculo que se hizo en la determinación preliminar, con base en algunos elementos de la metodología planteada por Estados Unidos, según la cual la cuantía del beneficio transferido a los productores de etanol, a través de los subsidios al maíz, se debe distribuir entre el etanol y “productos secundarios” de la producción de etanol como los granos destilados secos o DDGS. Así, allí se sostuvo que, *“si de cada fanega o tonelada de maíz utilizada en la producción de etanol, aproximadamente el 31.25% se utiliza para producir productos distintos del etanol y no más del 68.75% pasa al etanol”*⁴¹.

La autoridad indica que lo anterior tuvo en cuenta que *“un bushel de maíz pesa 56 libras, y produce 17,5 [libras] de granos destilados (la proteína, fibra y componentes de aceite de la planta de maíz). El componente de almidón es 38,5 libras = 56 - 17,5, por lo que la fracción de almidón de la planta de maíz es de 38,5/56 = 0,688, es decir, el componente de almidón (para la elaboración de etanol) es aproximadamente 2/3 del maíz”*⁴².

⁴⁰ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 269.

⁴¹ Resolución 085 del 3 de mayo de 2019. Pg. 21.

⁴² Resolución 085 del 3 de mayo de 2019. Pg. 21.

Sin embargo, en el Informe de Hechos Esenciales, la autoridad señaló que:

“si bien se considera que la diferenciación entre el beneficio transferido a la producción de etanol y el beneficio transferido a los productos secundarios podría ser viable, es preciso entender que no hay una regla fija para dicha diferenciación, el objeto de esta investigación es indagar sobre subvenciones en Estados Unidos otorgadas al producto “alcohol carburante etanol” que al importarse a Colombia causan daño a la rama de la producción nacional de etanol en Colombia”⁴³ (subraya y negrilla fuera de texto).

La autoridad plantea aquí dos escenarios específicamente en relación con el beneficio transferido a los productores de etanol, a través de los subsidios federales al maíz. Como se explica seguidamente, el primer escenario planteado por la autoridad debe ser desestimado, toda vez que, es erróneo asignar cualquier parte del referido beneficio a un bien fabricado a partir de un residuo que resulta de manera inexorable del proceso de producción del etanol, como quedó acreditado plenamente en la presente actuación administrativa.

1.4.1. El escenario 1 diluye artificialmente el efecto del beneficio conferido al etanol, al asignar una parte del beneficio a un residuo que resulta de manera inevitable durante la fabricación del etanol, que se utiliza para fabricar DDGS.

En el referido escenario se *“multiplica el beneficio otorgado a los productores de maíz que se transfiere a los productores de etanol (considerando el etanol y los coproductos) por 68,75%, porcentaje que corresponde a la proporción máxima de maíz que puede ser asignada a la producción del etanol, de acuerdo a la metodología propuesta por el gobierno de Estados Unidos”⁴⁴.*

⁴³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 278 – 279.

⁴⁴ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 255.

La citada aproximación parte de un error técnico esencial: confunde los DDGS con el denominado “stillage” (“caldo residual” o “líquido residual”) que surge de la etapa de destilación del proceso de producción del etanol. En efecto, la materia prima que se utiliza para producir los DDGS no es el maíz empleado para producir etanol, sino el “caldo residual” que resulta de la etapa de destilación del proceso de producción del etanol. Ni al “caldo” y aún menos a los “DDGS” se les debe asignar parte del beneficio conferido a los productores de etanol, a través de los subsidios al maíz.

El “caldo” es un residuo que resulta de manera inevitable, fortuita y accidental del proceso de fabricación del etanol, que no implica ningún costo de producción, y que va a resultar forzosamente de la fabricación del etanol, independientemente de que sea desechado o transformado.

El hecho de que algunos productores de etanol decidan utilizar la mezcla de líquidos y sólidos que resulta de la etapa de destilación no quiere decir que a ese residuo deba asignársele una parte del beneficio transferido.

Adviértase que ha quedado acreditado que la producción de etanol en Estados Unidos requiere de subvenciones para subsistir y que estas subvenciones se otorgan a través de dos vías: i) el beneficio transferido a los productores de etanol a través de los subsidios al maíz, que se traduce en un precio artificialmente menor de la materia prima; y ii) los programas de ayudas federales y estatales dirigidos a la producción de etanol.

Es además un hecho conocido por todos que una planta de etanol está configurada para fabricar este producto principal, el cual es el receptor de las ayudas mencionadas.

Así, el beneficio derivado de las ayudas conferidas al maíz se transfiere a los productores de etanol en el momento en que estos adquieren esa materia prima a un precio inferior al que tendrían que pagar si el gobierno no otorgara los subsidios de marras. De manera que el beneficio que efectivamente recibieron esos productores es ese menor precio, multiplicado por la cantidad de maíz que según



el mismo Departamento de Agricultura de Estados Unidos estos utilizaron para producir etanol en el periodo investigado (142.370.123 toneladas)⁴⁵.

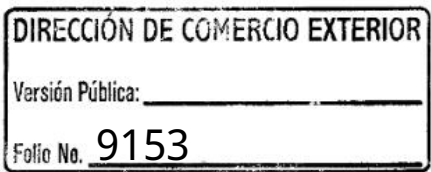
Lo anterior es así, independientemente de la cantidad de etanol que pudieran producir con ese maíz e independientemente de si resultaron residuos a partir de su proceso de fabricación. Es incuestionable entonces que el beneficio se trasfiere en el momento de la compra del maíz que se destina a la producción de etanol, por lo que, la presencia de residuos es un hecho completamente anodino, pues los productores hubieran recibido ese beneficio, resultara o no este residuo del proceso de producción. No es el “caldo residual” por consiguiente un factor determinante ni que incida en modo alguno en el monto del beneficio recibido.

Mal pueden subsidiarse residuos y desperdicios que resultan del proceso de producción de manera fortuita y que no representan ningún costo. Asignarle parte del beneficio al “caldo residual” es tanto como asignarle parte del beneficio transferido a los productores de pollo por la ayuda que pudiera recibir el maíz que les sirve de alimento, a la gallinaza que resulta de los pollos por el hecho de que ella se pueda utilizar como abono.

Así las cosas, y en la medida en que no es de recibo asignar cualquier parte del beneficio al “caldo residual” que resulta del proceso de producción del etanol, tampoco lo es necesariamente asignar cualquier parte a los DDGS, que se reitera, se fabrican es a partir del referido “líquido residual” y no del maíz.

Manifiesta la autoridad que en el supuesto hipotético de que en una investigación el producto considerado fueran los DDGS u otro subproducto, *“la Autoridad Investigadora respectiva se encontraría en una situación en la que no podría realizar un análisis de transferencia cuando las circunstancias lo exijan, toda vez que la totalidad de la subvención de forma indirecta se habría asignado al producto primario, a pesar de que el rendimiento de las plantas de producción demuestran que un porcentaje del maíz si se*

⁴⁵ Ver Expediente SB-249-01-01. Tomo 38 Folios 7821-7905. Alegatos de conclusión Radicado No. 19-000312 del 12 de septiembre de 2019.



destina a otros productos”⁴⁶.

Este planteamiento parte del supuesto equivocado de que cierto volumen del maíz se utilizó exclusivamente para producir etanol y otra cantidad únicamente para producir DDGS, que como se advirtió no es así, en la medida en que los DDGS se fabrican a partir del “caldo residual” que surge del proceso de producción. Además, y en todo caso, se trata de una cuestión ajena al objeto de la presente actuación administrativa, que no puede condicionar o llevar a que se asigne equivocadamente parte del beneficio a un residuo.

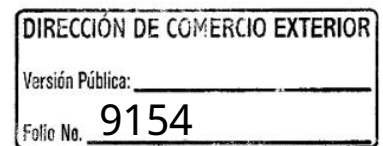
En este mismo sentido, así como no es de recibo asignar el beneficio transferido a los productores de etanol, a través de los subsidios al maíz, al “caldo residual” ni a los DDGS, tampoco lo es asignar parte del referido beneficio a cualesquiera otros residuos o subproductos.

La misma SPC menciona que *“el objeto de esta investigación no es calificar cada uno de los productos secundarios que se obtienen inevitablemente al producir etanol, es determinar la cuantía de la subvención a partir de los beneficios dirigidos a la producción de etanol. Así, la autoridad investigadora de acuerdo con la metodología utilizada propuesta por el gobierno de Estados Unidos, no pretende calificar productos que no son objeto de esta investigación”⁴⁷.*

En efecto, la asignación de parte del beneficio transferido al etanol, a los DDGS, precisamente califica y cuantifica la ayuda a un producto que no es objeto de la investigación, sin que exista evidencia de ello y sin que se haya adelantado una investigación para constatar si este producto en particular es subsidiado por el gobierno de los Estados Unidos.

⁴⁶ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 135.

⁴⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 297.



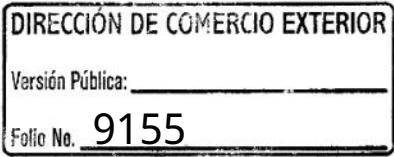
Por otra parte, y a la luz de lo anterior, respetuosamente nos apartamos de la interpretación que hace la autoridad del reporte elaborado por la firma de consultoría EConcept, allegado en el Anexo No. 5 del escrito con radicado número 1-2019-023489.

La SPC señala que *“el concepto parece confundir las subvenciones que directamente fueron otorgadas al etanol con las brindadas de forma indirecta a través del maíz. Esta salvedad resulta necesaria, pues si se sigue la lógica del concepto, se tendría que al ser el maíz el producto sobre el que directamente fue otorgada la subvención, se tendría que el subsidio no resultaría distribuible entre los productos diferentes al mismo, en los que inclusive cabría el etanol, por representar ingresos para los productores de maíz”*.

En primer lugar, es importante aclarar que en ningún momento sostiene el concepto que un producto, por el solo hecho de generar ingresos, no debe ser susceptible de recibir un beneficio transferido a través de los subsidios conferidos a su materia prima. El concepto se refiere exclusivamente al residuo o desperdicio (“caldo”) que se utiliza para fabricar DDGS, que tiene un beneficio marginal neto, es decir una utilidad neta. Un residuo sólo se aprovecha cuando su comercialización directa o transformación genera una utilidad o beneficio marginal neto.

En este sentido, el referido concepto es claro y contundente cuando expresa lo siguiente: *“Los granos de destilación, al igual que los demás subproductos del proceso de elaboración del etanol, son un resultado inevitable del proceso productivo. Puede incurrirse en costos adicionales de producción para que los subproductos se puedan vender (como en el caso de los granos de destilación que se venden para alimentación de animales), pero si se incurre en ellos, debe ser cierto que el beneficio marginal neto de hacerlo es positivo para la planta de etanol”*.

1.4.2. El informe elaborado por la firma de consultoría EConcept hace referencia al hecho de que la comercialización de los DDGS, fabricados a partir del caldo residual, alivian los costos de producción del etanol; en caso de que estos no existiesen, el etanol requeriría un subsidio mayor.



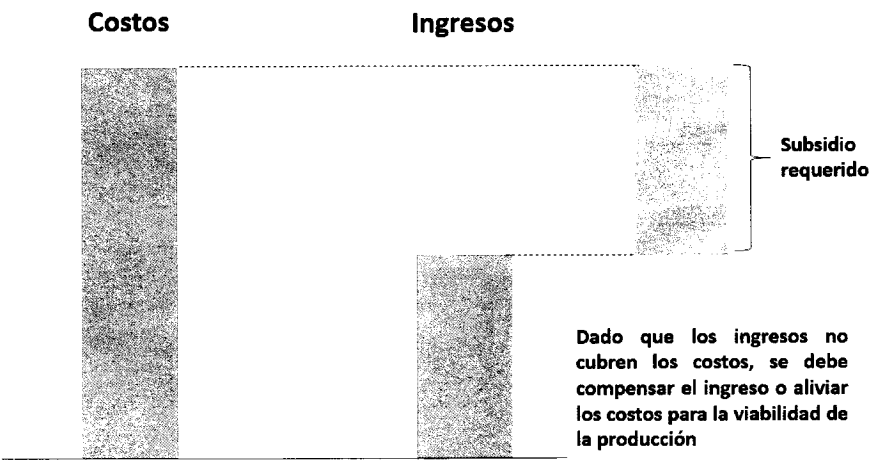
Los productores de etanol de Estados Unidos fabrican y comercializan los DDGS para completar la viabilidad de su operación, pues en su ausencia, requerirían de un subsidio superior al que ahora reciben.

Esta es una razón adicional para que el beneficio transferido por el menor precio del maíz se asigne de forma completa al etanol, pues distribuirlo estaría subestimando la ayuda necesaria para la industria del etanol en Estados Unidos, así como el derecho compensatorio requerido para corregir la distorsión en las importaciones.

Las siguientes gráficas ilustran, paso a paso, cómo los DDGS aumentan los ingresos de los productores de etanol, y por lo tanto hacen parte de los recursos que, junto con los subsidios, ayudan a apalancar los costos de producción del etanol. Esto, con el fin de dar claridad respecto de las consideraciones esbozadas en el informe elaborado por la firma de consultoría EConcept.

Como se aprecia en el diagrama paso 1, en la medida en que los ingresos de los productores de etanol de Estados Unidos no cubren sus costos totales, esta industria requiere de ayudas para ser viable, ya sea a través de alivios en sus costos, o mejoras en sus ingresos.

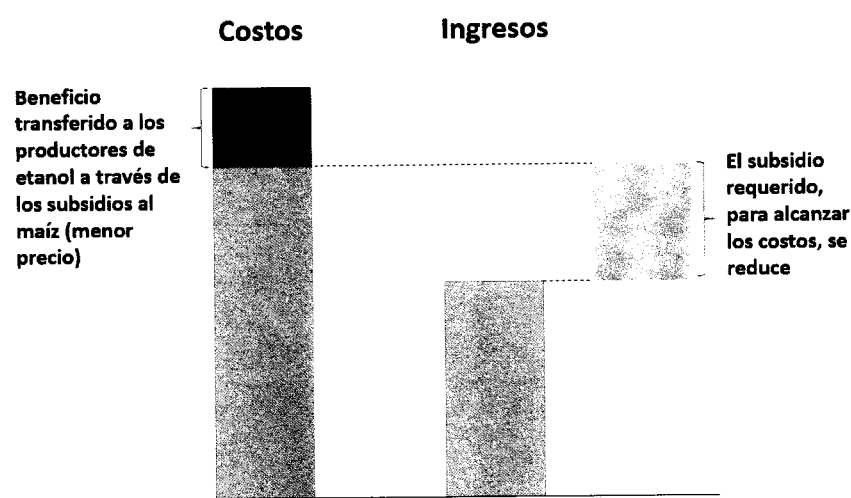
Diagrama paso 1: ingresos y costos de los productores de etanol, sin ningún tipo de alivio en costos ni ingresos adicionales



Fuente: Elaboración propia con base en el reporte de EConcept.

En el paso siguiente, el beneficio transferido a los productores de etanol, a través del menor precio del maíz, reduce artificialmente los costos de producción y, en consecuencia, también el monto del subsidio requerido.

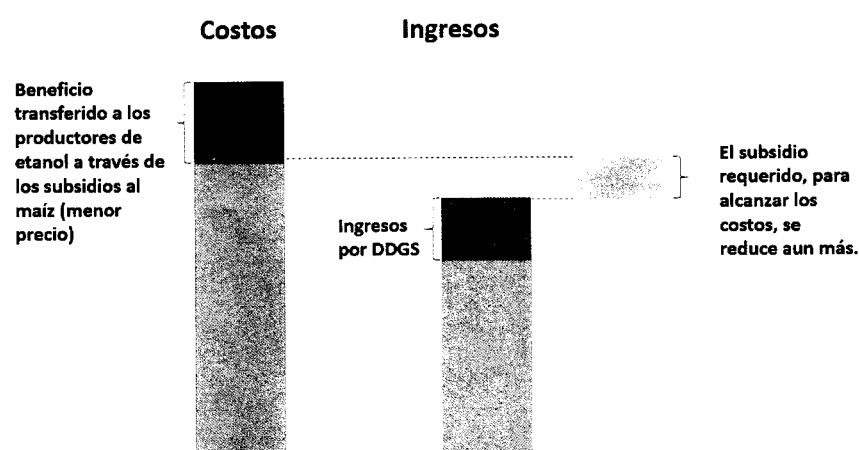
Diagrama paso 2: alivio de costos a través de un menor precio del maíz



Fuente: Elaboración propia con base en el reporte de EConcept.

En el paso 3, al sumar a los ingresos el valor de las ventas de DDGS (las cuales tienen un beneficio marginal neto positivo), la ayuda requerida para hacer viable la producción de etanol, se disminuye aún más.

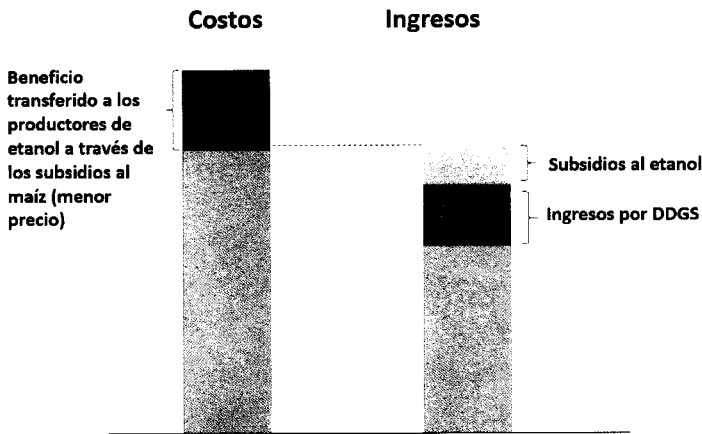
Diagrama paso 3: alivio de los ingresos a través de la fabricación de DDGS a partir del caldo de residuo, y su posterior comercialización



Fuente: Elaboración propia con base en el reporte de EConcept.

Así las cosas, como se observa en el diagrama paso 4, para hacer viable la producción de etanol se requieren, por un lado, un alivio en los costos de producción logrado a través de los subsidios al maíz, que se traducen en un menor precio de esta materia prima y, por otro lado, un alivio en los ingresos por los subsidios conferidos al etanol. De manera que el monto total de las ayudas requeridas para hacer viable la industria corresponde, en el diagrama, al área verde sumada al área roja. El área morada de ingresos por DDGS constituye un alivio en los ingresos de la industria del etanol, cuya ausencia implicaría la necesidad de mayores subsidios para garantizar su viabilidad.

Diagrama paso 4: representación de los ingresos y costos de la fabricación de etanol en Estados Unidos



Fuente: Elaboración propia con base en el reporte de EConcept.

Cuando se asigna al residuo utilizado para fabricar DDGS una parte del beneficio conferido al etanol por el menor costo del maíz, se subestima el subsidio verdaderamente necesario para la viabilidad de la industria, pues sin este, sus ingresos no podrían cubrir sus costos de producción. En otras palabras, si a la suma del área roja y el área verde oscuro se le resta el área verde claro, se obtiene un área menor, que reduce la ayuda efectivamente recibida por los productores de etanol y, en consecuencia, el derecho compensatorio requerido.

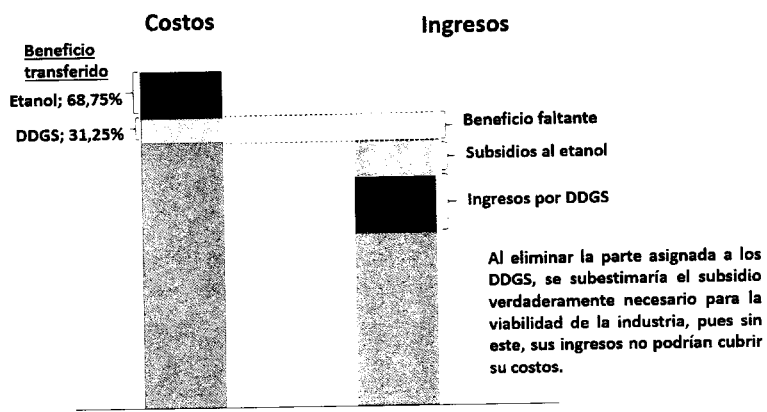


DIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR

Versión Pública: _____

Folio No. 9158

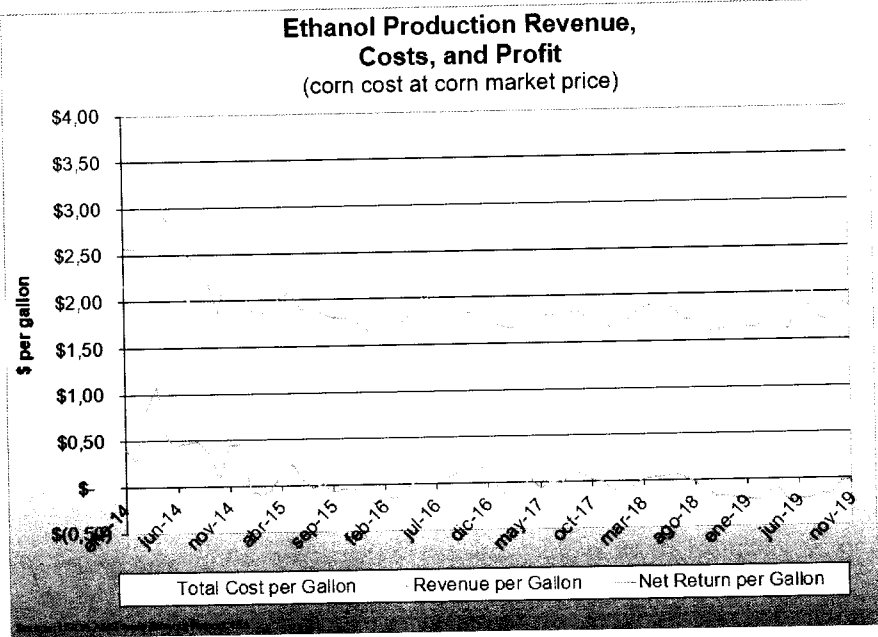
Diagrama paso 5: subsidio faltante cuando se asigna a un residuo parte del beneficio del producto principal



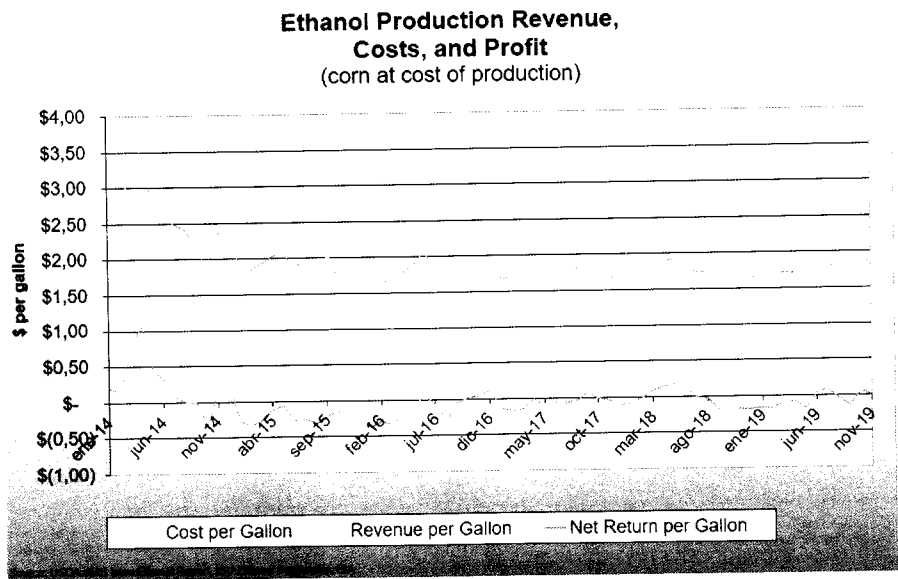
Fuente: Elaboración propia con base en el reporte de EConcept.

A la luz de lo anterior, la distribución del beneficio conferido a los productores de etanol, a través de los subsidios al maíz, entre el etanol y los DDGS, lleva a subestimar y a reducir artificialmente el subsidio recibido por los productores de etanol, que se requiere para que la industria sea viable.

Es menester considerar que los subsidios requeridos se determinan de acuerdo con la viabilidad de la industria, sea a través de los costos (maíz) o del ingreso (etanol), y en efecto, la industria del etanol requiere subsidios para su viabilidad, pues no genera utilidades suficientes por sí sola para tener una producción sostenible. Lo anterior se puede corroborar con el estudio realizado por la Universidad Estatal de Iowa, en el que se toma como precio doméstico del maíz el registrado por el USDA. En el referido estudio realiza un modelo de la industria del etanol en Estados Unidos, y de este modo, es evidente que permanentemente se obtienen pérdidas por las ventas de etanol, como lo evidencia los siguientes gráficos:



Fuente: Iowa State University. "Monthly Profitability of Ethanol Production"⁴⁸.



Fuente: Iowa State University. "Monthly Profitability of Ethanol Production"⁴⁹.

El estudio acredita que esa industria por sí sola no tiene viabilidad, y que necesita de subsidios para continuar con su producción, pero esos subsidios, debieron tener en cuenta los ingresos generados por los DDGS, pues sin estos, como se

⁴⁸ Disponible en: <https://www.extension.iastate.edu/agdm/energy/xls/d1-10ethanolprofitability.xlsx>

⁴⁹ Disponible en: <https://www.extension.iastate.edu/agdm/energy/xls/d1-10ethanolprofitability.xlsx>

mostró anteriormente, se necesitaría de un subsidio mayor. Así mismo, la industria no alcanzaría el nivel de ingresos requeridos si no se le asignara el beneficio transferido a través de los subsidios al maíz, al etanol en un 100%.

Así, lejos de ser ese producto beneficiario de beneficio alguno, los ingresos provenientes de los DDGS, ayudan a apalancar el precio del etanol y por consiguiente, de no contar los productores de etanol con ellos, el subsidio que debería otorgarles los Estados Unidos, a estos productores, tendría que ser significativamente mayor, puesto que sus costos de producción serían más altos.

Es decir, no sólo no son los DDGS objeto de beneficio alguno, sino que su venta contribuye, junto con los subsidios, a aliviar los costos de producción del etanol, lo que implica que si ellos no se produjeran el subsidio otorgado por los Estados Unidos al etanol debería ser mucho más alto.

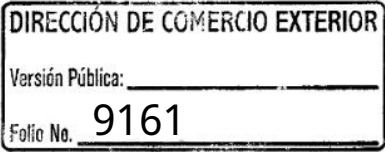
En este orden de ideas, se reitera una vez más, que cualquier asignación que se realice conduce necesariamente a subestimar el monto del beneficio que recibieron los productores de etanol al adquirir el maíz más barato y, por consiguiente, el del derecho compensatorio que se requiere para corregir la distorsión y el daño importante que estas ayudas han infligido a la rama de la producción nacional.

Todo lo anterior lleva a concluir que el beneficio transferido a los productores de etanol, a través de los subsidios al maíz asciende a USD\$ 6.452.213.974,36.

B. Existencia de daño importante:

En los términos del Decreto 299 de 1995 y el Acuerdo SMC quedó acreditado que la rama de producción nacional de etanol ha experimentado un daño importante en su comportamiento económico y financiero, como consecuencia del ingreso masivo de importaciones subsidiadas, originarias de los Estados Unidos.

Como podrá apreciarse seguidamente, el deterioro de los indicadores económicos y financieros del sector, como consecuencia de las importaciones de etanol subsidiado originario de los Estados Unidos es dramático y de inusitada gravedad, lo que significa que el derecho que debe imponer el Ministerio no

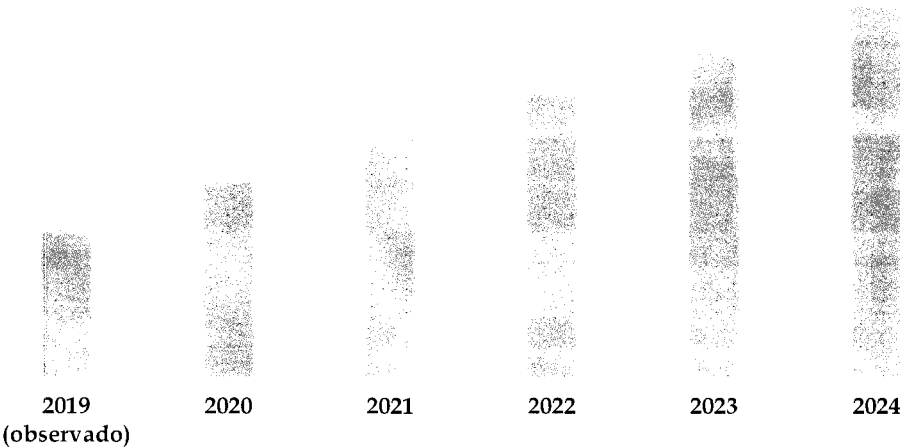


puede consistir en un monto eminentemente formal y simbólico, sino que realmente se requiere una medida con plena eficacia y suficientemente idónea para contrarrestar el daño letal que ha venido sufriendo la industria, como consecuencia de las referidas importaciones y que sea adecuada para nivelar la cancha de juego.

De no imponerse una medida idónea lo único que se logrará es disminuir un poco las millonarias rentas que han venido derivando los distribuidores importadores, en razón de la importación del etanol subsidiado, pero ello no será suficiente para conjurar el daño.

Es claro también que, de no adoptarse el derecho por el monto suficiente para esos efectos, en este caso el 22,81%, en un término de dos años las importaciones habrán capturado dos terceras partes del mercado colombiano y en cuatro años habrán desplazado a la producción nacional por completo. Ello si las importaciones del producto considerado siguen incrementándose en el ritmo y cuantía en el que han venido creciendo en los últimos cuatro años.

Participación estimada de las importaciones originarias de Estados Unidos en el mercado colombiano





Fuente: Elaboración propia con base en las cifras de importación de la DIAN⁵⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, la situación actual, en la cual los productores nacionales han sido desplazados del ■% del mercado nacional, es de por sí suficientemente crítica, por cuanto las plantas de etanol están operando al ■% de su capacidad instalada. La situación es dramática, pues en la medida en que se reduce la utilización de la capacidad instalada, se aumenta el riesgo de perder la caña que ha llegado a las fábricas, una vez ha sido cosechada en el campo.

Vale la pena mencionar que las destilerías han celebrado contratos de compra de caña con los cañicultores, en períodos que normalmente son de cinco años, para garantizarles la compra, y a los procesadores el suministro constante. Por lo tanto, la caña necesariamente llega a los molinos de las fábricas. Si se continúa reduciendo el uso de la capacidad de la planta de etanol, necesariamente una parte de la caña se perderá, pues la configuración técnica de las plantas no permite utilizar esa caña adicional en las plantas de fabricación de azúcar.

Lo anterior se hace más letal si se tiene en cuenta que la caña no se puede almacenar, sino que debe molerse el mismo día de su corte, toda vez que se trata de un producto altamente perecedero que debe procesarse tan solo a unas pocas horas después de su cosecha.

De esta forma, el vertiginoso aumento de las importaciones de etanol subsidiado originario de Estados Unidos, amenaza gravemente la viabilidad de esta agroindustria, que está a poco tiempo de su colapso, si no se imponen derechos, en la cuantía suficiente para neutralizar las distorsiones acreditadas en la presente investigación.

⁵⁰ Los crecimientos de las importaciones de etanol originario de Estados Unidos han sido los siguientes: de 2015 a 2016 el 892%; de 2016 a 2017 el 266%; de 2017 a 2018 el 162%; de 2018 a 2019 el 52%. Con base en estos crecimientos, se estima un crecimiento para los siguientes años así: de 2019 a 2020 el 35%; de 2020 a 2021 el 28%; de 2021 a 2022 el 24%; de 2022 a 2023 el 21% y de 2023 a 2024 el 19%. Con base en lo anterior, la participación estimada de las importaciones originarias de Estados Unidos en el mercado nacional sería la siguiente: 2019 (observado) el ■%; 2020 el ■%; 2021 el ■%; 2022 el ■%; 2023 el ■% y 2024 el ■%.

Lo anterior significaría dejar inerte y a su suerte a la rama de producción nacional y la entrega de la totalidad del mercado colombiano del etanol a unas importaciones que no son en absoluto competitivas sino que, como se ha comprobado hasta la saciedad en esta actuación administrativa, adolecen de una inadmisibles ventaja artificial, derivada de unos subsidios, de la que no gozan los productores colombianos.

Máxime si se tiene en cuenta que la Ley 693 de 2001 da prioridad a la producción nacional de biocombustibles cuando señala en su artículo 3.º: *“Considérase el uso de Etanol carburante en las Gasolinas y en el combustible Diesel, factor coadyuvante para el saneamiento ambiental de las áreas en donde no se cumplen los estándares de calidad, en la autosuficiencia energética del país y como dinamizador de la producción agropecuaria y del empleo productivo, tanto agrícola como industrial. Como tal recibirá tratamiento especial en las políticas sectoriales respectivas”*.

En este orden de ideas, se insiste en que la medida no puede ser simplemente simbólica e insuficiente, como lo sería si se impone a duras penas un derecho compensatorio del 11%. Se reitera respetuosamente que, como ha quedado acreditado en la presente actuación, el monto que más se acerca al que es necesario para contrarrestar el daño es de al menos el 22,81%, de lo contrario, se avizora que la industria no seguirá siendo viable.

1. Del daño experimentado por los indicadores económicos de la rama de producción nacional.

La Subdirección de Prácticas Comerciales constató el daño causado por las importaciones investigadas en las siguientes variables económicas: *“volumen de producción, volumen de ventas nacionales, participación de las importaciones originarias de los Estados Unidos en relación con la producción, volumen de inventario final de producto terminado, uso de la capacidad instalada, productividad, salarios reales mensuales, empleo directo, participación de las ventas de los peticionarios en relación con el consumo nacional aparente y participación de las importaciones investigadas originarias*

de los Estados Unidos en relación con el consumo nacional aparente, tal como se observa en la siguiente tabla⁵¹.

Alcohol carburante (ETANOL) de la subpartida arancelaria 2207.20.00.00
VARIABLES ECONOMICAS QUE PRESENTARON DANO

VARIABLES ECONOMICAS Kilogramos y Pesos	PROMEDIO SEMESTRES		
	Periodo referencia vs Periodo Cntico		
	I 15 II 16	I y II 17	Var. %
VOLUMEN DE PRODUCCIÓN			21.14
VOLUMEN DE VENTAS NACIONALES			25.02
IMPORTACIONES INVESTIGADAS - VOL. PRODUCCIÓN % (*)			20.38
INVENTARIO FINAL DE PRODUCTO TERMINADO			19.33
USO DE LA CAPACIDAD INSTALADA % (*)			17.85
PRODUCTIVIDAD - kilogramos por trabajador - S. PROD. NACIONAL TOTAL (*)			8.12
SALARIOS REALES MENSUALES - Por trabajador			1.88
EMPLEO DIRECTO			12.90
VENTAS PETICIONARIAS - CNA % (*)			13.04
IMPORTACIONES INVESTIGADAS - CNA % (*)			13.04

(*) Puntos porcentuales

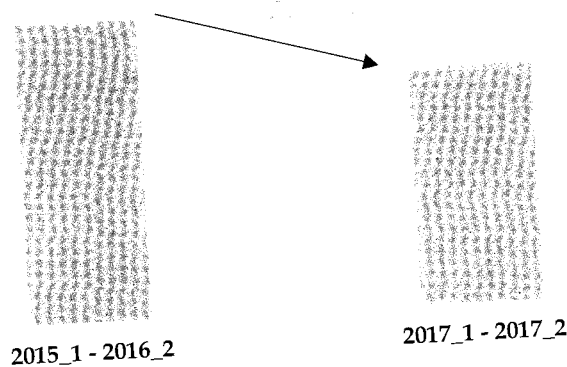
Fuente: Informe de Hechos Esenciales⁵².

a) Volumen de producción

La SPC constató que “[e]l volumen de producción promedio del primer y segundo semestres de 2017 con respecto al promedio de los semestres comprendidos entre el primer semestre de 2015 y el segundo de 2016, se redujo 21,14%, al pasar de ***** kilogramos en el promedio del periodo referente a ***** kilogramos” ⁵³ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁵¹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 415.
⁵² Página 415.
⁵³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 417.

Volumen de producción - kilogramos



Así concluyó que “[e]stos resultados muestran desempeño negativo del volumen de producción en el periodo crítico o de la subvención, con respecto al promedio de los semestres consecutivos anteriores [y, en consecuencia,] que existe daño en el comportamiento de esta variable”⁵⁴ (subraya y negrilla fuera de texto).

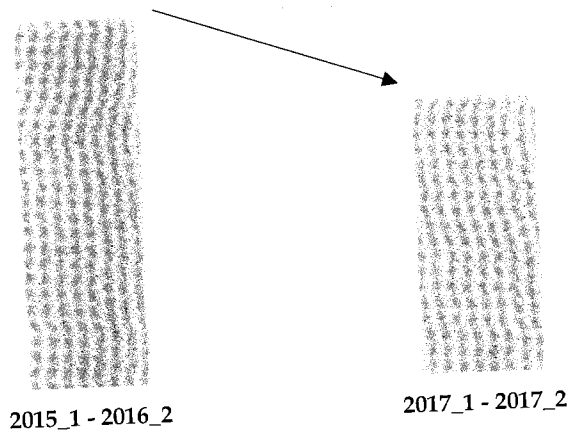
b) Volumen de ventas domésticas

En cuanto al volumen de ventas nacionales, el despacho encontró que entre el periodo de referencia y el periodo crítico, este indicador “se redujo 25,02%, al pasar de ***** kilogramos en el promedio del periodo referente a ***** kilogramos en el periodo del crítico o de la subvención [por lo cual] se concluye que existe daño en el comportamiento de esta variable”⁵⁵ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁵⁴ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 417.

⁵⁵ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 418.

**Volumen de ventas netas domésticas -
kilogramos**



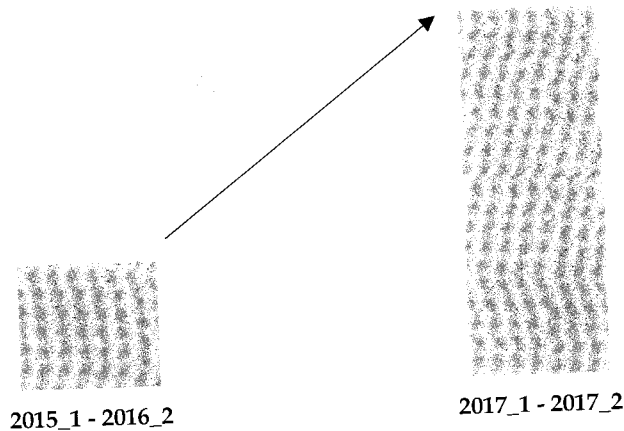
c) Inventario final del producto terminado

Como se evidenció en el transcurso de la investigación, uno de los indicadores que muestra con mayor contundencia el perjuicio experimentado por la rama de producción nacional como consecuencia del ingreso masivo de alcohol carburante estadounidense es el nivel de inventarios finales.

Tal y como constató la Subdirección de Prácticas Comerciales, “[e]l volumen de inventario final de alcohol carburante (etanol) en el promedio del primer y segundo semestres de 2017 con respecto al promedio de los semestres comprendidos entre el primer semestre de 2015 y segundo de 2016 aumentó 191,33%, al pasar de ***** kilogramos a ***** kilogramos en el período crítico o de la subvención”⁵⁶ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁵⁶ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 420.

Inventario final producto terminado - kilogramos



Como señala la autoridad, “Estos resultados muestran desempeño negativo del volumen de inventario final de producto terminado de alcohol carburante (etanol) en el promedio del período crítico o de la subvención, con respecto al promedio de los semestres consecutivos anteriores. Del análisis anterior se concluye que existe daño en el comportamiento de esta variable”⁵⁷ (subraya y negrilla fuera de texto).

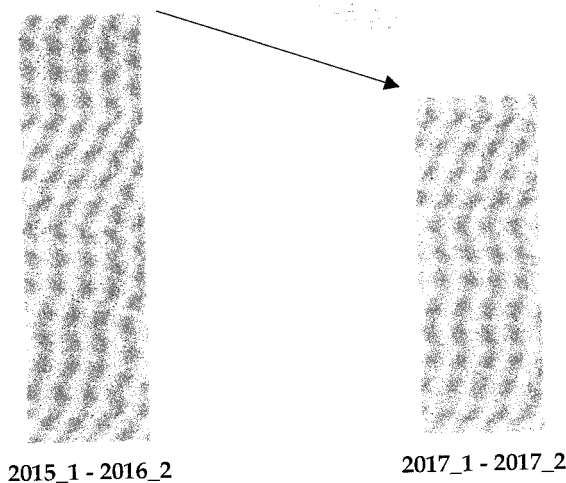
d) Utilización de la capacidad instalada

Como se observa en el siguiente gráfico, la autoridad encontró que “[e]l uso de la capacidad instalada promedio del primer y segundo semestre de 2017 con respecto al promedio de los semestres consecutivos comprendidos entre el primer semestre de 2015 y el segundo de 2016, se redujo 17,85 puntos porcentuales, al pasar de *****% de participación en el promedio del periodo referente a *****% en el período crítico o de la subvención”⁵⁸ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁵⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 420.

⁵⁸ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 421.

Utilización de la capacidad instalada - %



Asimismo, la SPC constató que “el uso de la capacidad instalada del primer semestre del 2015 comparado con el registro del segundo semestre de 2017, periodo más reciente, presenta descenso de 23,35 puntos porcentuales” y concluyó que “existe daño en el comportamiento de esta variable”⁵⁹.

e) Productividad

La autoridad verificó que las importaciones subvencionadas de etanol originarias de Estados Unidos también han generado una reducción en la productividad de la rama de producción nacional. En efecto, constató que en el periodo crítico, esta variable “descendió 8,12%”, en comparación con el periodo de referencia.

En este sentido, señaló que “Las anteriores cifras muestran desempeño negativo de la productividad por trabajador durante el periodo referente y en el periodo crítico o de la subvención con respecto al promedio de los semestres consecutivos anteriores. Del análisis anterior se concluye que existe daño en el comportamiento de esta variable”⁶⁰.

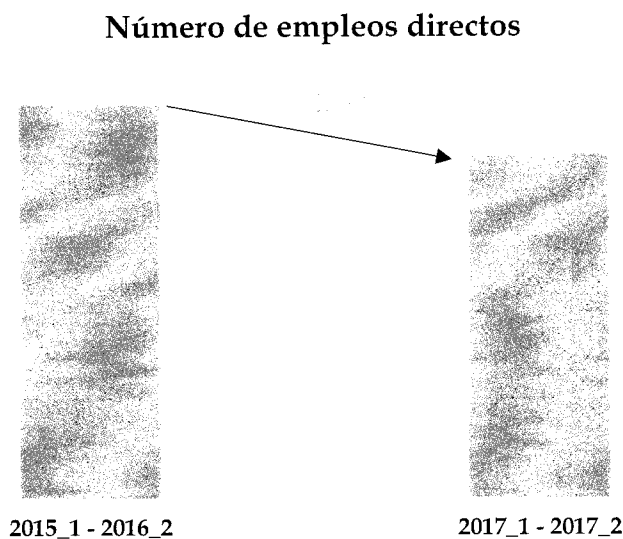
f) Nivel de empleo

⁵⁹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 421.

⁶⁰ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 422.

La Subdirección de Prácticas Comerciales también constató que durante el período de investigación, el número de empleados directamente involucrados en el proceso productivo del etanol “se redujo en 12,90%”⁶¹.

La autoridad indicó que *“Las anteriores cifras muestran desempeño negativo del nivel del empleo directo de la rama de producción nacional de alcohol carburante (etanol), en el período crítico o de la subvención, con respecto al promedio de los cuatro semestres del período referente. Del análisis anterior se concluye que existe daño en el comportamiento de esta variable”*⁶² (subraya y negrilla fuera de texto).



2. Del daño experimentado por los indicadores financieros de la rama de producción nacional.

Igualmente, la autoridad encontró daño importante en las siguientes variables financieras: *“los ingresos por ventas netas, la utilidad bruta, la utilidad operacional y en el valor del inventario final de producto terminado, tal como se observa en la siguiente tabla”*⁶³:

⁶¹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 424.

⁶² Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 424.

⁶³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 428.

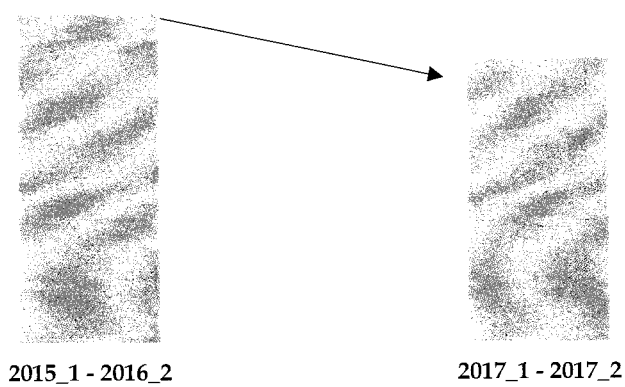
Variables Financieras	VARIACION			
	Período de referencia Vs Período daño			
	(1) I sem'15 a sem'16 Promedio II	(2) Promedio I sem'17 - II sem'17	Variación Absoluta (2) - (1)	Variación Relativa (2)/(1)
Ventas Netas				-14,00%
Utilidad Bruta				-12,10%
Utilidad Operacional				-11,50%
Valor de IFPT				-8,62%

Fuente: Estados Financieros INCAJCA MANUELITA NIÑO AGUIRRE S.A. PROVINCIA Y P. BARAHONA

Fuente: Informe de Hechos Esenciales⁶⁴.

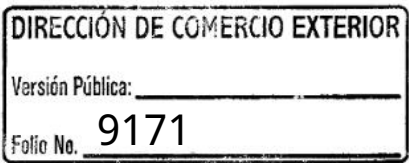
a) Valor de las ventas netas (ingresos operacionales)

Ingresos por ventas (COP miles - sin ajustes por inflación)



En el Informe se advierte con claridad la caída del valor de las ventas durante el periodo investigado. En efecto, la autoridad señala que los ingresos por ventas netas de la rama de producción nacional en el periodo crítico “caen 14,00%, frente al promedio del registro observado en los semestres comprendidos entre el primero de 2015 y el segundo de 2016”⁶⁵ (subraya y negrilla fuera de texto).

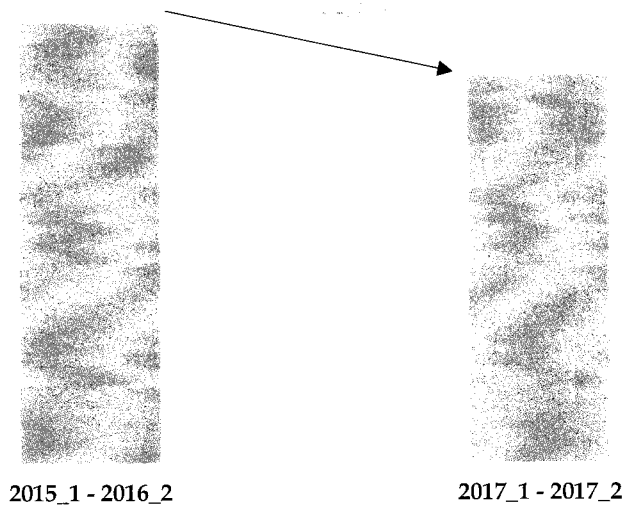
⁶⁴ Página 428.
⁶⁵ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 431.



El daño resulta más evidente si se tiene en cuenta que este valor aún no descuenta los efectos de la inflación, que en el mismo período (enero de 2015 a diciembre de 2017) ascendió a 16,77%⁶⁶.

b) Utilidad bruta

Utilidad bruta (COP miles - sin ajustes por inflación)



La caída en los ingresos y en los volúmenes de ventas ha implicado un drástico descenso de la utilidad bruta reportada por las empresas que componen la industria doméstica. En efecto, la SPC constató que en el período crítico este indicador fue un 12,10% inferior al del periodo de referencia⁶⁷.

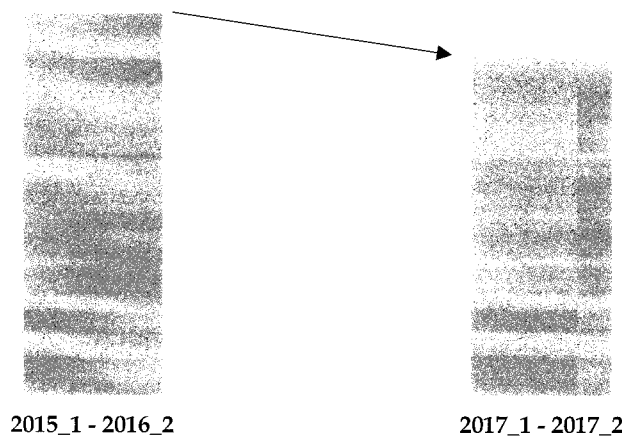
c) Utilidad operacional

⁶⁶ El IPC de diciembre de 2017 fue 138,85399 y en enero de 2015 había sido 118,91290. Fuente: DANE.

⁶⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 431.

Por su parte, la autoridad verificó que “la utilidad operacional del período crítico o de la subvención, cae 11,50% frente a la utilidad registrada en el promedio del período referente”⁶⁸ (subraya y negrilla fuera de texto).

Utilidad operacional - COP miles



Así las cosas, la autoridad concluyó que:

“al comparar el comportamiento de las variables económicas y financieras a nivel semestral, correspondientes a la línea de producción de alcohol carburante (etanol), se encontró daño en el volumen de producción, volumen de ventas nacionales, participación de las importaciones investigadas originarias de los Estados Unidos en relación con la producción, volumen de inventario final de producto terminado, uso de la capacidad instalada, productividad, salarios reales mensuales, empleo directo, participación de las ventas de los peticionarios en relación con el consumo nacional aparente y participación de las importaciones investigadas originarias de los Estados Unidos en relación con el consumo nacional aparente. Con respecto a las variables financieras, presentan daño importante los ingresos por ventas netas, utilidad bruta, utilidad operacional y valor del inventario final de producto terminado”⁶⁹.

⁶⁸ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 432.

⁶⁹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 432.

Variables económicas y financieras que experimentaron daño importante

Indicadores económicos y financieros	Variación entre el periodo de referencia y el periodo crítico
Volumen de producción	-21,14%
Volumen de ventas nacionales	-25,02%
Participación volumen importaciones EE.UU en relación con volumen de producción	+20,38 pp.
Inventario final	+191,33%
Utilización capacidad instalada	-17,85%
Productividad	-8,12%
Salario real mensual	-1,88%
Empleo directo	-12,90%
Participación ventas nacionales	-13,04 pp.
Participación importaciones	+13,04 pp.
Ingresos por ventas netas	-14%
Utilidad bruta	-12,10%
Utilidad operacional	-11,50%
Valor de los inventarios finales	+181,62%

Fuente: Informe de Hechos Esenciales.

C. Existencia de relación causal:

En los términos del Decreto 299 de 1995 y el Acuerdo SMC quedó acreditada la relación causal entre las importaciones subsidiadas originarias de los Estados Unidos y el daño importante.

1. Existe un aumento significativo de las importaciones investigadas.

En el Informe de Hechos Esenciales, la autoridad constató que “[a]l confrontar el volumen promedio semestral de las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de Estados Unidos, entre el periodo referente y el crítico, se observa un crecimiento de 424,83% equivalente en términos absolutos a 22.939.198 kilogramos, al pasar de un promedio de 5.399.636 kilogramos en el periodo referente a un

promedio 28.338.835 kilogramos en el periodo de la subvención” (subraya y negrilla fuera de texto)⁷⁰.

Igualmente, encontró que *“las importaciones subvencionadas originarias de los Estados Unidos de América, no solo se han incrementado en términos absolutos, sino que además, en relación con consumo estas han venido ganando participación en particular en los dos semestres de 2017, considerados de la práctica de la subvención”⁷¹. En efecto, al comparar la composición del mercado colombiano de etanol entre el periodo de referencia (primer semestre de 2015 a segundo semestre de 2018) y el periodo crítico (primer y segundo semestre de 2017), “la contribución de mercado de las importaciones investigadas originarias de los Estados Unidos aumentó 13,04 puntos porcentuales. Durante los mismos periodos, las ventas de los productores nacionales ceden 13,04 puntos porcentuales de mercado”⁷².*

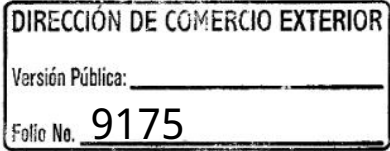
2. La participación de las importaciones investigadas aumentó al tiempo que se redujeron las ventas de los productores nacionales en el consumo nacional aparente.

La relación causal se ve acreditada con contundencia si se tiene en cuenta que, durante el periodo de investigación, la participación de las importaciones investigadas aumentó al tiempo que se redujeron las ventas de los productores nacionales en el consumo nacional aparente. Además, y como lo constató la autoridad en el Informe de Hechos Esenciales, el precio al distribuidor mayorista en Colombia del producto importado es considerablemente inferior al de la rama de producción nacional.

⁷⁰ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 410.

⁷¹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 411.

⁷² Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 411.



La autoridad constató que en el periodo crítico se observaron menores ventas de los productores nacionales, mientras que, las importaciones investigadas originarias de los Estados Unidos se incrementan en 22.939.199 kilogramos⁷³.

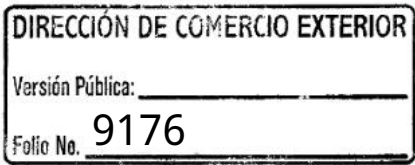
En efecto, la SPC señala que *“al comparar la composición de mercado promedio del primer y segundo semestres de 2017, periodo crítico o de la subvención, con respecto al promedio de los semestres comprendidos entre el primer semestre de 2015 y el segundo semestre de 2016, periodo de referencia, la contribución de mercado de las importaciones investigadas originarias de los Estados Unidos aumentó 13,04 puntos porcentuales. Durante los mismos periodos, las ventas de los productores nacionales ceden 13,04 puntos porcentuales de mercado”*⁷⁴.

El incremento de la participación de las importaciones de origen estadounidense es consecuencia directa de sus precios distorsionados que se apalancan en las diversas subvenciones concedidas por el gobierno federal y los gobiernos estatales de ese país.

Se ha acreditado que, de conformidad con la información publicada por la DIAN, el precio del alcohol carburante importado es considerablemente inferior al precio implícito al que venden los productores domésticos que se basa en el precio regulado por el Ministerio de Minas y Energía. En la tabla y el gráfico que aparecen a continuación se puede apreciar la diferencia.

	Precio implícito (COP/kg)	CIF (COP/kg)	Diferencial de precios
2015-I			
2015-II		2.336	
2016-I		1.901	
2016-II		2.070	
2017-I		1.935	
2017-II		1.990	

⁷³ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 436.
⁷⁴ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 437.



Precio de alcohol carburante importado y nacional
(COP/kg)

2015-I	2015-II	2016-I	2016-II	2017-I	2017-II
Precio implícito productores nacionales					
Precio CIF de importación EE.UU					

En el Informe de Hechos Esenciales, la autoridad encontró que *“en momentos de mayores importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos, sus precios nacionalizados por kilogramo corresponden a los más bajos durante los semestres de 2017, alcanzando niveles de subvaloración de 28,50% y 22,97% en los semestres del período de la subvención. Dicha subvaloración de los precios contrasta con el descenso de 25,02% en las ventas de la rama de producción nacional”*.

3. No existen factores distintos de las importaciones del producto subvencionado que están causando el daño a la rama de producción nacional.

En el transcurso de la investigación se ha demostrado igualmente que no existen factores distintos de las importaciones del producto subvencionado que están causando el daño a la rama de producción nacional.

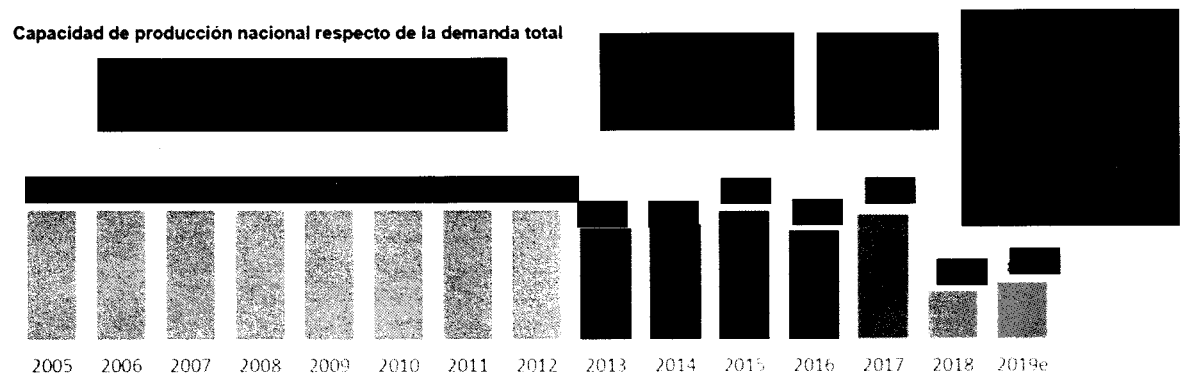
3.1. No es cierto que la regulación del gobierno colombiano del mercado del etanol sea la causa del daño de la rama de producción nacional.

Mi poderdante ha acreditado fehacientemente también que a la política comercial del gobierno colombiano no se le puede endilgar el daño causado a la rama de producción nacional por la importación de etanol subsidiado. En efecto, con independencia de las circunstancias coyunturales que llevaron al gobierno a autorizar el ingreso de importaciones de alcohol carburante para cubrir un déficit



en momentos específicos, esta apertura del mercado suponía que las importaciones ingresaran al país, libres de distorsiones.

Como se advierte en la siguiente gráfica los niveles de déficit son considerablemente inferiores a la participación de las importaciones de Estados Unidos. De esta manera, aunque en el año 2017, el nivel de déficit de la producción nacional era del █%, las importaciones de Estados Unidos representaron el █% del mercado, precisamente, como resultado de los precios artificialmente bajos a los que les permiten vender los subsidios recibidos.

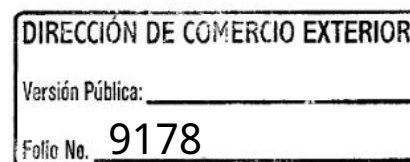


Fuente: Elaboración propia con cifras del Ministerio de Minas y Energía, DIAN y productores nacionales.

Así las cosas, el daño experimentado por la rama de producción nacional, que ha sido debidamente acreditado por mi representado, se origina exclusivamente en el ingreso masivo de las importaciones del producto considerado.

La misma Subdirección de Prácticas Comerciales constató en su Informe que entre el periodo crítico y el periodo de referencia la rama de producción nacional *“aumentó la capacidad de atender el mercado 17,54 puntos porcentuales [...] es decir que cuentan con la capacidad suficiente para atender el mercado local”*⁷⁵ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁷⁵ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 450.



Tampoco es posible atribuir el daño experimentado por la rama de la producción nacional a fenómenos climáticos, pues como quedo acreditado en el transcurso de la investigación, estos se han presentado tanto en vigencia de la Resolución 90454 de 2014, como después de su derogatoria. Así, se debe distinguir la existencia de un déficit coyuntural por un efecto climático, de la existencia de un daño significativo a la industria nacional.

De esta manera, quedan sin sustento alguno las alegaciones según las cuales el daño experimentado por la rama de la producción nacional se debe a la supuesta limitada infraestructura de biocombustibles en Colombia o los efectos climáticos.

3.2. Tampoco es cierto que los productores nacionales de etanol puedan destinar toda la caña a la producción de azúcar.

La SPC señaló en su Informe que el azúcar no es objeto de investigación y que mediante las visitas de verificación a las plantas de los productores colombianos de etanol *“se logró comprobar que las compañías no pueden dejar de producir etanol para producir más azúcar, entre otras cosas, debido a que la configuración de la planta no lo permite”*⁷⁶.

3.3. No existen factores distintos de las importaciones subsidiadas del producto considerado a los que pueda atribuírseles el daño causado a la rama de producción nacional.

Ha quedado plenamente acreditado que no existen factores distintos de las importaciones subsidiadas del producto considerado a los que pueda atribuírseles el daño causado a la rama de producción nacional, de conformidad con el artículo 15.5 del Acuerdo SMC.

En efecto, durante el período investigado, el producto investigado fue importado a Colombia exclusivamente de los Estados Unidos, por lo cual no existen

⁷⁶ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 112.

importaciones diferentes a las objeto de investigación que puedan causar daño a la rama de producción nacional.

A la fecha, tampoco hay evidencia que indique que los competidores de los peticionarios hayan incurrido en prácticas restrictivas de la competencia y, por el momento, la única práctica desleal que se está presentando es la que se denuncia en la presente actuación.

En cuanto a la tecnología, de conformidad con lo indicado en la solicitud de la referencia, la rama de producción nacional cuenta con la tecnología que se requiere para cumplir con los estándares nacionales, así como para producir y comercializar productos de alta calidad. En este sentido, la autoridad encontró que *“no se encontraron diferencias tecnológicas que hayan incidido negativamente en el comportamiento de la rama de producción nacional”*⁷⁷.

Por último, y en relación con la actividad exportadora, es menester recordar que ninguna de las empresas que conforman la rama de producción nacional exportó etanol dentro del periodo investigado, de manera que, como señala la SPC en el Informe *“no se le puede atribuir daño alguno a esta variable”*⁷⁸.

Así, la SPC concluyó que, *“una vez considerados los otros factores de que habla el párrafo 5 del artículo 15 del acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, se determinó que el daño experimentado por la rama de producción nacional de alcohol carburante (etanol), reflejado en el desempeño negativo de la mayoría de sus indicadores económicos y financieros, se debe al ingreso a Colombia de importaciones subvencionadas originarias de los Estados Unidos de América”*⁷⁹ (subraya y negrilla fuera de texto).

⁷⁷ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 450.

⁷⁸ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 450.

⁷⁹ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 455.

En este orden de ideas, el despacho concluye que el deterioro experimentado por la rama de producción nacional en sus variables económicas y financieras es atribuible a las importaciones investigadas:

“De acuerdo con los análisis realizados por la autoridad investigadora para la determinación final, durante el período crítico o de subvención, correspondiente al promedio del primer y segundo semestres de 2017, en relación con el promedio del período referente comprendido entre el primer semestre de 2015 y segundo semestre de 2016, se ha encontrado relación causal entre las importaciones subvencionadas de alcohol carburante (etanol) clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00 originarias de Estados Unidos y el daño importante experimentado por la rama de producción nacional”⁸⁰ (subraya y negrilla fuera de texto).

D. Solicitud al Comité de Prácticas Comerciales.

En consecuencia, solicito comedidamente al Comité de Prácticas Comerciales que recomiende la adopción de un derecho compensatorio definitivo en una cuantía del 22,81% para nivelar las condiciones de competencia y conjurar el perjuicio experimentado por la industria nacional por el periodo permitido por la ley, i.e., 5 años desde que se promulgue la decisión.

Del Comité de Prácticas Comerciales, atentamente,

GABRIEL IBARRA PARDO
C.C. N° 3.181.441 de Suba
T.P. N° 36.691 del C.S. de la J.

⁸⁰ Subdirección de Prácticas Comerciales. Informe de Hechos Esenciales. Versión Pública. Enero 2020. Pg. 454.

Doctora
ELOÍSA FERNÁNDEZ DE DELUQUE
Subdirectora de Prácticas Comerciales
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Ciudad



MinCIT
1-2020-004854 ANE: FOL: 31
2020-03-02 04:06:17 PM
TRA: CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
SUBDIRECCIÓN DE PRÁCTICAS CO
MERCIALES

REFERENCIA Comentarios de la ACP a los hechos esenciales investigación con el objeto de determinar la existencia, cuantía y efectos en la rama de la producción nacional, de supuestas subvenciones en las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos de América, clasificados en la subpartida arancelaria 2207.20.00.00.

EXPEDIENTE: SB- 249-01-01

VERSIÓN PÚBLICA Y CONFIDENCIAL

Respetada doctora Eloísa:

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.984.338 de la ciudad mencionada y Tarjeta Profesional No. 138.153 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de la Asociación Colombiana del Petróleo ("ACP") tal como consta en el poder que se encuentra en el expediente público citado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.8 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("ASMC"), así como lo dispuesto en el Decreto 299 de 1995 y en la Resolución 85 de 2019 expedida por la Dirección de Comercio Exterior, oportunamente procedo a presentar la respuesta al documento de Hechos Esenciales, recibido el 3 de febrero de 2020, en el marco de la investigación por supuestas subvenciones a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos de América.

La presente respuesta se radica de manera oportuna en el término legal de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación, es decir antes del **2 de marzo de 2020**.

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD RELACIONADOS CON LO DISPUESTO EN LOS HECHOS ESENCIALES.

En ejercicio del Derecho de Defensa y Contradicción que le asiste a mí representado, a continuación, me permito manifestar ante su Despacho los motivos de inconformidad frente al documento de Hechos Esenciales. Los mismos se encuentran debidamente sustentados y soportados en los presupuestos de hecho y derecho y el material probatorio que se encuentra soportado en el Expediente, a saber:

1. Existencia de falsa motivación potencialmente constitutivo de vicio de nulidad absoluta por incorrecta apreciación probatoria al aplicar el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994, así como el artículo 10 con su respectiva nota 36 y el párrafo 4 del artículo 19 del ASMC si se concluye que existe viabilidad de la segunda alternativa correspondiente a una asignación de beneficios al etanol del 100% y descarta la información aportada por Murex y las Asociaciones.
2. Expedición de forma irregular y con vulneración al derecho a la defensa y contradicción por parte de la autoridad al no realizar una visita de verificación a Murex y al productor y no justificar las razones para ignorar esta solicitud.
3. Expedición de forma irregular y con vulneración al derecho a la defensa y contradicción por parte de la autoridad en el marco de la investigación al tener en cuenta como prueba un dictamen pericial que desconoce el Código General del Proceso (artículo 226).
4. Expedición con infracción de las normas en las cuales debe fundarse por aplicar de forma indebida el principio de libertad probatoria contenido en el artículo 165 al exigir para la información aportada por el productor requisitos de ley colombiana que no son aplicables en Estados Unidos.
5. Expedición con infracción de las normas en las cuales debe fundarse por aplicar de forma indebida el criterio probatorio de mejor información disponible dispuesto en el artículo 12.7 del ASCM y 1 del decreto 299 de 1995.
6. Falsa motivación en la valoración probatoria para aplicar el artículo 15 del ASCM en la configuración de un daño.
7. Falsa motivación en la valoración probatoria para aplicar el artículo 15.5 del ASCM para la configuración de un nexo causal.
8. Expedición de forma irregular y con vulneración al derecho a la defensa y contradicción por parte de la autoridad en el marco de la investigación al existir vicios del procedimiento a lo largo del proceso.

1. **EXISTENCIA DE UNA FALSA MOTIVACIÓN POTENCIALMENTE CONSTITUTIVA DE UN VICIO DE NULIDAD ABSOLUTA POR INCORRECTA APRECIACIÓN PROBATORIA AL APLICAR EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO VI DEL GATT DE 1994, ASÍ COMO EL ARTÍCULO 10 CON SU RESPECTIVA NOTA 36 Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 19 DEL ASMC SI SE CONCLUYE QUE EXISTE VIABILIDAD DE LA SEGUNDA ALTERNATIVA CORRESPONDIENTE A UNA ASIGNACIÓN DE BENEFICIOS AL ETANOL DEL 100% Y DESCARTA LA INFORMACIÓN APORTADA POR MUREX Y LAS ASOCIACIONES.**

El artículo 42 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ("CPACA") dispone que las decisiones que adopte la Administración deberán ser motivadas con las pruebas e informes disponibles, por lo que si la Autoridad desconoce la información fáctica y probatoriamente relevante, el efecto es que expedirá un Acto Administrativo falsamente motivado, siendo nulo absolutamente.

Con fundamento en el contenido expresamente regulado en el artículo 137 del CPACA, la falsa motivación se erige como un motivo autónomo de nulidad de los actos administrativos. La causal de nulidad se encuentra restringida a la evaluación de las premisas de hecho y los medios probatorios sobre los cuales se fundamenta o cimienta un acto administrativo.

Esta garantía se desprende del principio de legalidad, conforme al cual la administración debe velar por una correcta y acertada sustentación fáctica, para delimitar aquellos actos que crearán, extinguirán o modificaran obligaciones de terceros. Sobre el particular, el Consejo de Estado reiteró la decantada línea jurisprudencial¹ en Sentencia del 15 de junio de 2016:

*"Tratándose de la causal de nulidad por falsa motivación, la Sala reitera que esta causal se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta **como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación***

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con expediente N° 201097 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; septiembre 18 de 2016)
Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con expediente N° 20578 (C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; marzo 2 de 2016)
Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con expediente N° 19877 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; junio 8 de 2016)
Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con expediente N° 16090 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; junio 23 de 2011)
Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con expediente N° 20901 (C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; febrero 10 de 2016)

administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que *sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.*

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión."

Con fundamento en el desarrollo jurisprudencial expuesto, se concluye que la falsa motivación de un Acto Administrativo proferido por la Autoridad, entre otros, configura la Nulidad Absoluta del mismo, limitada a la apreciación y valoración de los presupuestos de hecho en los cuales se fundamenta cada caso.

Aunado a lo anterior, la nulidad de un acto administrativo sustentada sobre la falsa motivación incurrida por la administración ante los presupuestos de hecho configurados en una situación particular requiere que quien argumenta el vicio deberá señalar el hecho inexistente, omitido o erradamente interpretado, así como la acreditación de los hechos efectivamente configurados o la correcta interpretación de los mismos², por lo que para todos los efectos a continuación ponemos a consideración de la Autoridad los supuestos de hecho y derecho que debe considerar para no caer en este posible nulidad.

Durante la investigación de carácter administrativo por supuestas subvenciones en las importaciones, entre los problemas jurídicos que se han presentado durante el proceso se encuentra: **(i)** determinar la existencia de una transferencia del subsidio entregado a los productores de maíz a los co-productos industriales, y **(ii)** determinar la proporción en que se presenta la transferencia de los beneficios a los coproductos.

Para efectos de dar respuesta a este problema la Subdirección de Prácticas Comerciales, expuso en los Hechos Esenciales dos posibles alternativas que afectan el cálculo del supuesto subsidio, a saber: **(i)** considerar que debe descontarse el subsidio transferido a los co-productos industriales derivados, admitiendo una asignación del 68,75% de los beneficios a la producción de etanol; y **(ii)** considerar que los beneficios fueron transferidos integralmente a la producción de etanol, lo cual implica asignar el 100% de los beneficios al etanol. Así las cosas, en palabras de la Autoridad Investigadora:

*"Para calcular la cuantía de la subvención, la Autoridad Investigadora analizó dos escenarios que se derivan de los planteamientos de las partes. En un primer escenario, sumó la cuantía del beneficio recibido por los programas federales al etanol, los programas federales al maíz transferidos a los productores de etanol y los programas estatales al etanol, **descontando el subsidio transferido a los***

² Juan Camilo De Bedout Grajales (2018) *Estudios Críticos de Jurisprudencia Tributaria y Aduanera TOMO VII*. ICDT; Bogotá, D.C.

coproductos industriales derivados de la producción de etanol, obteniendo un total de beneficios por US\$ 3.146.884.899.

En el segundo escenario, se tuvo en cuenta que el 100% de los subsidios otorgados por el Gobierno de los Estados Unidos al cultivo del maíz, destinado a la producción industrial de etanol, se transfirieron integralmente para dicho fin. Lo cual da a un total de USD 4.537.335.820 destinados al etanol (...)"³

Para calcular la asignación de beneficios al etanol, en los hechos esenciales, la autoridad investigadora dispuso:

En cualquier caso, la Autoridad analizó la posibilidad de hacer la distribución de los beneficios entre el etanol y los productos secundarios utilizando la metodología de ingreso por ventas. Para tal fin, tuvo en cuenta que la contraparte aportó los ingresos por ventas para el año 2017 tanto del etanol como de los coproductos de la planta que produce etanol para Murex, pero descartó esta información toda vez que se refiere a una sola planta de producción de etanol con particularidades que no se observan en otras plantas de producción, como es el hecho de que el etanol represente sólo el 28% de los ingresos totales por ventas y los DDGS correspondan al 52%.⁴

Tal y como se ha mencionado con anterioridad, en un proceso investigativo para la imposición de derechos compensatorios debe analizarse los efectos de las importaciones presuntamente subsidiadas que se realizaron al país. Por ello, durante el periodo estudiado, no es posible desconocer, tal y como está probado en el expediente, que MUREX vendió más del 90% del etanol importado a Colombia, por ello, la Autoridad debe considerar la información aportada por esta empresa respecto de los coproductos industriales derivados y el etanol importado⁵, dado que esa fue la asignación que recibieron más del 90% de las importaciones, tal y como ha sido acreditado por la información aportada por los asociados de la ACP.

Descartar esta evidencia constituye una falsa motivación que devendría en una aplicación de un derecho compensatorio que excedería el valor de la supuesta subvención recibido por las importaciones objeto de investigación.

Por otro lado, la construcción de la argumentación por parte de la Autoridad Investigadora en cuanto a la segunda alternativa (asignación del 100% de los beneficios al etanol) configura una apreciación de los hechos irrazonable que precisamente también conlleva una falsa motivación, por los argumentos expresados a continuación.

Es preciso señalar que los comentarios de la Subdirección de Prácticas Comerciales contenidos en los hechos esenciales abordan tanto **(i)** la necesidad de analizar la transferencia de los beneficios; y **(ii)** la existencia de productos secundarios. Sin embargo, más allá del dictamen pericial aportado por Hughes Hubbard & Reed LLP, no se evidencia una argumentación clara que desmienta la

³ Hechos Esenciales, Pág. 382.

⁴ Hechos Esenciales, Pág. 298.

⁵ Murex, Radicación de documentos (Folio 4864 y sig.).

transferencia de beneficios de la información aportada por las partes y que conlleve a que la asignación del beneficio deba hacerse en un 100% al etanol, puesto que no menciona cuales son los argumentos convincentes, cayendo así en una **falacia de autoridad**, tal y como a continuación se expone:

i) La necesidad de analizar la transferencia de los beneficios:

Es preciso resaltar que a lo largo de los hechos esenciales la Autoridad Investigadora, analizó la transferencia de beneficios, puntualmente, en el punto "1.12.7.1. Consideraciones de la Autoridad Investigadora sobre el análisis de transferencia, los productos secundarios y la carga de la prueba" indicó:

La controversia entre las partes interesadas puesta de presente, debe ser resuelta de conformidad con la normativa y la jurisprudencia de la OMC, y según las pruebas que obran en el expediente que han sido dadas a conocer para el debido ejercicio del derecho de un análisis de transferencia del beneficio conferido, para que ningún producto perciba un derecho compensatorio que exceda del monto de la subvención concedida directa o indirectamente al mismo (...)⁶

Con base en lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994⁷, así como el artículo 10 del ASMC con su respectiva nota 36⁸ y el párrafo 4 del artículo 19⁹ del mismo Acuerdo, así como en el caso Estados Unidos –Carne de cerdo canadiense, la Autoridad Investigadora, concluyó que era necesario tener certeza de la transferencia

⁶ Hechos Esenciales, Pág. 124.

⁷ Párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 "No se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto terminado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto".

⁸ Artículo 10 del Acuerdo SMC: "Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo. Sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo y del Acuerdo sobre la Agricultura".

Nota 36 del artículo 10 del Acuerdo SMC: "Se entiende por 'derecho compensatorio' un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994".

⁹ Artículo 19.4 del Acuerdo SMC: No se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.

sobre el subsidio transferido a los productos para evitar que los derechos compensatorios excedan la subvención que ha sido otorgada directa o indirectamente.

La Autoridad Investigadora reforzó la necesidad de realizar un análisis de transferencia con lo dispuesto en el caso Estados Unidos – Madera blanda VI:

"En pronunciamientos más recientes, como en el asunto de Estados Unidos - Madera blanda IV, el Órgano de Apelación ha profundizado en el tema gracias a lo cual ha quedado claro que para determinar si los derechos compensatorios impuestos al producto investigado exceden de la cuantía de la subvención total que le ha sido otorgada, es necesario establecer si las subvenciones conferidas al productor del insumo fueron transferidas al productor del producto elaborado mediante dicho insumo (...)"¹⁰

Así las cosas, resulta forzoso concluir que, en el marco de investigaciones sobre supuestas subvenciones, que pueden derivar en la imposición de derechos compensatorios, el análisis de transferencia resulta un paso necesario para poder determinar la cuantía de la subvención.

En el caso concreto, la autoridad investigadora resaltó que el Anexo 12 (Prueba Documental US-1), podía indicar que, del total del maíz destinado a la producción de etanol, un 31.25% es utilizado para producir otros productos secundarios como granos de destilación y no más del restante 68.75% al producto objeto de investigación.

La Autoridad Investigadora se pronunció sobre los cuestionamientos del peticionario que pretendían desestimar el carácter probatorio Anexo 12 (Prueba Documental US-1) señalando que la Autoridad no compartía dichos cuestionamientos:

"Ahora bien, aunque el peticionario cuestionó que la Autoridad Investigadora hubiera tenido en cuenta una publicación de 2008 por ser desactualizada y brindar cifras aproximadas, lo cierto es que dicha información fue confrontada en la actualidad con los estándares de diferentes plantas de producción de etanol de los Estados Unidos, encontrándose que guarda relación con la publicación de 2008 en mención, toda vez que demostraron circunstancia como que un bushel permite producir 2,8 galones de alcohol carburante (etanol).

Para determinar la transferencia de la subvención en una etapa posterior, la Autoridad Investigadora examinó los hechos pertinentes dados a conocer en la investigación, así como trató activamente de obtener la información pertinente sin permanecer pasiva ante las posibles limitaciones de las pruebas presentadas, por lo que se repite, comparó las pruebas cuestionadas por su supuesta falta de actualización con estándares actuales.

El peticionario, de igual forma cuestionó que se hubiera realizado un análisis de transferencia con base en una asignación que tiene en cuenta el peso, para lo cual, inclusive puso de presente que los Estados Unidos en el asunto China- productos de pollo de engorde argumentó que las

*asignaciones de costo de producción basadas en peso, podrían ser una metodología no razonable de asignación para los "co-productos" y argumentó en favor de las asignaciones de costo para "co-productos" basados en el valor relativo de ventas."*¹¹

Así las cosas, la autoridad investigadora tuvo en cuenta una metodología basada en el peso, además de analizar las repercusiones de las supuestas subvenciones. Por lo cual no resulta claro para mi representada porque aun cuando la Autoridad confirmó la actualidad de la información aportada, procedió a proponer una transferencia del 100% del beneficio al etanol.

ii) La existencia de productos secundarios:

Posteriormente, la Autoridad Investigadora procedió a comentar sobre los productos secundarios como "coproductos" indicando:

"En el expediente versa evidencia que demuestra que cada bushel de maíz produce 2,8 galones de alcohol carburante (etanol) con lo que se tiene que el rendimiento corresponde a un 68.75% para dicho producto y el porcentaje restante para los productos secundarios, así como información indicando que el 100% del subsidio otorgado al etanol se destina en su totalidad a la producción del ese bien.

Conforme a la tesis según la cual el beneficio dado por la subvención debe transferirse en su totalidad al producto elaborado considerado, no tendría en cuenta que con el mismo insumo pueden elaborarse productos adicionales que también representan un volumen y unas ganancias significativas.

Adicionalmente, si se tiene en cuenta que en una posible investigación a los productos secundarios, así se denominen como co-productos o subproductos, la Autoridad Investigadora respectiva se encontraría en una situación en la que no podría realizar un análisis de transferencia cuando las circunstancias lo exijan, toda vez que la totalidad de la subvención de forma indirecta se habría asignado al producto primario, a pesar de que el rendimiento de las plantas de producción demuestran que un porcentaje del maíz si se destina a otros productos.

Ahora, aunque se han realizado las aclaraciones que la Autoridad Investigadora considera pertinentes, lo cierto es que más allá de los demás productos que surjan del proceso de producción del etanol, es este último el que debe ser considerado y estudiado dentro de la investigación, por lo que todos los análisis deben recaer sobre el mismo.

*En consecuencia, las observaciones que puedan presentarse sobre los productos diferentes al etanol solo pretenden delimitar con mayor precisión el porcentaje que en realidad se utiliza del insumo para el producto elaborado considerado y realizar de esta manera un adecuado análisis de transferencia."*¹²

¹¹ Hechos Esenciales, Pág. 128 y 129.

¹² Hechos Esenciales, Pág. 134-135

Durante el texto de los hechos esenciales la Autoridad Investigadora esgrimió una argumentación, conforme a la cual explicaba las razones por las cuales descartaba la asignación del 80% del beneficio al etanol propuesta por el peticionario¹³.

Sin embargo, no es claro los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a que la Autoridad Investigativa plantee como alternativa la posibilidad de asignar el 100% del beneficio al etanol y cuáles podrían ser los argumentos para descartar la primera alternativa, puesto que al considerar solamente la información aportada por el presunto dictamen pericial cae así en una **falacia de autoridad**.

En conclusión, en cuanto a la valoración probatoria para calcular la asignación del beneficio **(i)** en lo que respecta a descartar el material probatorio aportado por Murex, que demuestra que etanol representa sólo el 28% de los ingresos totales por ventas y los DDGS correspondan al 52%, constituye una falsa motivación **al omitir tener en cuenta hechos que sí están demostrados y que si son considerados conducirían a una decisión sustancialmente diferente.**¹⁴ **(ii)** en lo que respecta a una asignación del 100% del beneficio al etanol, implica adoptar una alternativa que no refleja correcta evaluación del material probatorio al tener **como motivos determinantes de la decisión aquellos que no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa.**

En cualquiera de los dos casos, hay que considerar que una asignación distinta a aquella derivada de la información aportada por Murex implicaría sin ninguna justificación: **(i)** ignorar el material probatorio que apunta a la existencia de productos secundarios;¹⁵ y **(ii)** desconocer la normatividad y jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio en materia de transferencia de beneficios¹⁶.

2. EXPEDICIÓN DE FORMA IRREGULAR Y CON VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD AL NO REALIZAR UNA VISITA DE VERIFICACIÓN A MUREX Y AL PRODUCTOR Y NO JUSTIFICAR LAS RAZONES PARA IGNORAR ESTA SOLICITUD.

Sorprende que, si bien particularmente Murex precisó que se encontraba dispuesta a realizar cualquier aclaración necesaria, tanto en la Audiencia al indicar por parte de la abogada Maria Alejandra Arboleda que *"Murex está preparado para verificar la veracidad de los datos proporcionados a la Subdirección. Y el productor de etanol que proporcionó la información*

¹³ Federación Nacional de Biocombustibles de Colombia, Observaciones al informe técnico preliminar (Folio 6516).

¹⁴ Hechos Esenciales, Pág. 298.

¹⁵ Murex, Respuesta al Cuestionario Inicial, Folio 2780; Anexo 12 (Prueba Documental US-1)

¹⁶ Estados Unidos – Madera blanda VI; Al no realizar una asignación adecuada de los beneficios ello puede desencadenar en una imposición de derecho compensatorio superior al beneficio obtenido.

*también*¹⁷, como particularmente, mediante el correo enviado, a Eloisa Fernandez y Luciano Chaparro el 10 de julio de 2019 a las 12:24 pm, que indica expresamente lo siguiente:

"Respetados Dra. Eloisa y Dr. Luciano,

De conformidad con lo señalado en la audiencia y según la reunión sostenida con el Dr. Luciano y otros funcionarios de la Subdirección de Prácticas Comerciales al día siguiente de la misma, y que tuvo como objetivo revisar la información confidencial aportada en el cuestionario de exportadores o productores presentado por Murex, adjuntamos la comunicación ya radicada en el expediente en versión pública y confidencial que permite establecer el cálculo de margen individual a partir de la información que reposa en el expediente confidencial.

Tal y como lo manifestamos, tanto en la Audiencia como en la reunión, estamos atentos a responder cualquier inquietud o requerimiento, sea dentro del periodo probatorio o posteriormente." (Negrillas son nuestras)

La Autoridad indica que la carga de la prueba recae en cada una de las partes interesadas¹⁸, pero indica que estas realizaron afirmaciones o dieron a conocer pretensiones que no contaron con la base probatoria suficiente.

No obstante, si la Autoridad tenía algún tipo de duda, debió haber **verificado**, tal y como se solicitó en varias ocasiones por los apoderados del exportador, mediante visitas de verificación tal y como lo establece el ASMC. De lo contrario y a partir de la información que se encuentra en el Expediente, no se entiende la razón por la que la Autoridad desconoce la información aportada por Murex y la expresa solicitud a **"a responder cualquier inquietud o requerimiento"** ya que esta cumple con los requisitos de pertinencia, conducencia, oportunidad, utilidad y licitud para el decreto de esta, en los siguientes términos:

- 1. Pertinencia:** La visita de verificación en la planta de producción del proveedor de Murex le permitirá a la Autoridad Aduanera verificar directamente los hechos sometidos a controversia mediante el presente proceso, tales como la verificación de la realidad de un proceso productivo.
- 2. Conducencia:** Este medio probatorio es adecuado para acreditar las circunstancias de asignación y transferencia del beneficio porque permite que la Autoridad Aduanera aprecie todo el proceso de producción ejecutado en Estados Unidos específicamente sobre las importaciones supuestamente subsidiadas.
- 3. Oportunidad:** El Artículo 42 del Decreto 299 de 1995 dispone: *"(...) Dentro de dicho término y cuando se considere conveniente, el Incomex podrá pedir y*

¹⁷ Audiencia Pública, Intervención María Alejandra Arboleda, Escrito radicado el 28 de junio de 2019. (Folio 4905)

¹⁸ Hechos Esenciales, Pág. 135.

allegar pruebas e informaciones de oficio o a petición de cualquier persona que demuestre interés en la investigación.”

De igual forma, el Decreto Antidumping en el artículo 31 indica que las “pruebas útiles, necesarias y eficaces” pueden ser decretadas de oficio hasta la recomendación final.

Esto ya se ha realizado en otras investigaciones en materia antidumping tales como el D-211-01-87, donde mediante Auto del 4 de septiembre de 2017, la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, decretó la práctica de una prueba consistente en una visita a la sociedad TINTAS S.A.S. programada para el 8 de septiembre de 2017, o el Expediente D-087-03/573-02/023-01-95 donde el Comité de Prácticas Comerciales realizó la solicitud de práctica de *visitas in situ* a las empresas interesadas de conformidad con el segundo inciso del artículo 37 del Decreto 1750 de 2017, antes de la recomendación final. **No se entiende, además, como en desarrollo de la igualdad, que se haya realizado visitas de verificación a la Rama de Producción Nacional (“RPN”) ignorando las verificaciones solicitadas por el exportador y sus apoderados.**

4. Utilidad:

En consideración a la complejidad del proceso de producción del etanol objeto de controversia, y especialmente que se han presentado múltiples cifras referentes a la asignación que han tornado confuso el panorama, es preciso, recalcar que Murex vendió más del 90% del etanol durante el periodo crítico, lo cual hace que una visita de verificación a su productor resulte útil para el proceso.

Así las cosas, el hecho de que la autoridad omita verificar la información aportada por medio de una visita de verificación a Murex y al productor resulta en una **vulneración al derecho a la defensa y contradicción de las partes, toda vez que esta prueba sería pertinente, conducente y útil. Adicionalmente, teniendo en cuenta que no se ha emitido la recomendación oficial, la Autoridad como el Comité de Prácticas Comerciales puede decretar de oficio dicha visita.**

3. EXPEDICIÓN DE FORMA IRREGULAR Y CON VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN AL TENER EN CUENTA COMO PRUEBA UN DICTAMEN PERICIAL QUE DESCONOCE EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (ARTICULO 226).

La Autoridad señala que la participación de Hughes Hubbard & Reed constituye un dictamen pericial, interpretando de manera inadecuada los requisitos para que una prueba pueda ser

calificada como dictamen pericial, esto sin perjuicio que reconoce la oportunidad para precisamente contradecir “el dictamen pericial”¹⁹

El artículo 226 del Código General del Proceso indica:

“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito (...)”

Así las cosas, el dictamen pericial deberá ser dictado por un perito con conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

Hughes Hubbard & Reed LLP es una firma de abogados domiciliada en Nueva York, Estados Unidos. Así las cosas, son expertos en derecho de Estados Unidos. Por ello, carecen de conocimientos técnicos o científicos necesarios para determinar que existen subvenciones específicas, calcular el beneficio, analizar la asignación de beneficios, determinar la existencia del daño y del nexo causal.

Más aún cuando la misma firma de abogados ha argumentado posiciones contrarias a lo manifestado durante su intervención, en casos que se están llevando a cabo en este momento, tal y como se presentó en la comunicación del 19 de julio de 2019²⁰. Estos argumentos desestiman que una firma de abogados pueda tener una calidad de “expertos” técnicos en materia de la evaluación de los hechos para determinar los efectos de la supuesta subvención.

Por otro lado, el artículo 226 del Código General del Proceso, dispone que no es admisible presentar dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, en los siguientes términos:

(...) No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas (...)

Así las cosas, tampoco es dable admitir que los puntos de derecho expuestos por Hughes Hubbard & Reed LLP pueden tener el valor probatorio de un dictamen pericial. Hughes Hubbard & Reed LLP expuso argumentos de derecho asociados **(i)** la posibilidad de realizar inferencias adversas de conformidad con la mejor información disponible; **(ii)** la vida útil de los activos físicos renovables; **(iii)** la metodología para medir el beneficio conferido a los productores de etanol a través de los subsidios al maíz; y **(iv)** la asignación de subvenciones. Todos estos puntos²¹ son de derecho y no responden a un conocimiento técnico de “expertos” en la materia.

¹⁹ Hechos Esenciales, Pág. 117.

²⁰ Comunicación del 19 de julio de 2019, folio 6359.

²¹ Documentos soporte de la Audiencia Pública. (Folio 4967)

Por ello, dado que Hughes Hubbard & Reed LLP es una firma de abogados y que el documento tiene es la finalidad de presentar la supuesta existencia y los efectos de las subvenciones y que sus afirmaciones versaron precisamente sobre punto de derecho no es posible considerar que su intervención constituye un dictamen pericial²². Por estos motivos, lo alegado debe ser desestimado por parte de la Autoridad o de lo contrario la Autoridad y el Comité de Prácticas Comerciales estará desconociendo el derecho a tener una defensa técnica de mi representada.

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la defensa como la "oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga"²³. En la misma sentencia, reconoce que este derecho se materializa "mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación."²⁴ En últimas, el derecho a la defensa busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales.²⁵

Así las cosas, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone como causal de nulidad de los actos administrativos el hecho de que sean expedidos con desconocimiento del derecho de defensa. En este sentido, valorar una prueba como dictamen pericial sin cumplir los requisitos, implica vulnerar el derecho de las partes a una defensa técnica.

4. EXPEDICIÓN CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN LAS CUALES DEBE FUNDARSE POR APLICAR DE FORMA INDEBIDA EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 165 AL EXIGIR PARA LA INFORMACION APORTADA POR EL PRODUCTOR REQUISITOS DE LEY COLOMBIANA QUE NO SON APLICABLES EN ESTADOS UNIDOS.

El principio de libertad probatoria se encuentra conferido en el artículo 165 del Código General del Proceso, conforme al cual dispone:

"ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

²² Entre estos puntos se encuentra apreciaciones sobre: (i) el concepto de "la información disponible" (ii) el cálculo de beneficio de acuerdo con la jurisprudencia (iii) la vida útil de los activos físicos renovables. (Folio 4967 y siguientes)

²³ Sentencia T-018 de 2017.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

En este sentido, en Colombia rige el principio de libertad probatoria en lo que respecta a las pruebas que pueden y deben ser tenidas en cuenta. Para la valoración de las pruebas el intérprete debe acudir a la sana crítica.

En esta medida, la tarifa probatoria constituye una excepción que debe ser expresamente establecida en la ley.

Reiteramos que la Autoridad no es ajena a la libertad probatoria, por ejemplo, mediante el Radicado 2-2017-011413 del 12 de junio de 2017, la Subdirección de Prácticas Comerciales dio respuesta al derecho de petición referente a la metodología para la determinación de márgenes individuales de dumping, en la cual dispuso:

(...) En cuanto al quinto interrogante, ser responde que existe libertad probatoria, esto es, no existe tarifa legal. Se debe tener en cuenta que además de ser pertinente, conducente y útil, luego de realizar los correspondientes análisis de cada prueba que sea decretada y practicada legalmente en el correspondiente proceso de investigación, dependerá de su fuerza de convicción para demostrar el supuesto hace que presente demostrar para derivar su correspondiente consecuencia jurídica (...)

Las partes tales como Murex, aportaron documentos en procura de lograr colaborar aportando a la mejor información disponible. Sin embargo, en vulneración al derecho de defensa la Autoridad no tuvo en cuenta la información aportada, particularmente señaló:

“Es así como de los netbacks se resaltó que describen la calidad, cantidad, plazo, punto de entrega, precio y condiciones de pago, mientras que en los artículos 774 del Código de Comercio y 617 del Estatuto Tributario se exigen los siguientes requisitos para las facturas:

- *Artículo 774 del Código de Comercio:*

- “1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguiente a la emisión.*
- 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.*
- 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura”.*

- *Artículo 617 del Estatuto Tributario:*

- a. Estar denominada expresamente como factura de venta.*

- b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.
- c. (Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002): Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.
- d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.
- e. Fecha de su expedición.
- f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.
- g. Valor total de la operación.
- i. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.
- j. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.
- k. (Literal INEXEQUIBLE)."

Tal como se puede apreciar, los netbacks aportados no cumplen con requisitos exigidos para las facturas, tales como la constancia del emisor vendedor del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuera el caso. Por este motivo y los expuestos con anterioridad, se insiste en la necesidad de las facturas como la prueba para demostrar la ejecución del contrato de la compra de alcohol carburante de Murex LLC. a su proveedor."

Los requisitos de las facturas, como título valor, únicamente serían relevantes si se tratara del marco de un proceso ejecutivo, el cual no es el caso. Por el otro lado, la Autoridad no se encuentra facultada para establecer una tarifa probatoria, puesto que el propio, Código General del Proceso, señala que en Colombia impera la sana crítica.

Pensemos incluso en un proceso de derecho ordinario en el que se busca acreditar la propiedad de los bienes. En este tipo de procesos, es posible acreditar el título y modo por cualquier medio que pueda llevar al convencimiento al juez, salvo que se haya dispuesto una norma que expresamente exija una formalidad. En este sentido, si bien las normas citadas contienen los requisitos de la factura, lo cierto es que en ningún momento la Autoridad identifica una disposición legal que lleve a que la factura sea el único medio idóneo para probar una transacción.

En el caso de la trazabilidad que argumentó Murex, la autoridad descartó los netbacks por no constituir facturas, aplicando una tarifa probatoria que no se encuentra establecida en la ley. Por este motivo, los netbacks aportados por Murex deben ser tenidos en cuenta. Así como cualquier otra prueba que no tenga una tarifa probatoria establecida en la ley.

Más aún cuando la autoridad colombiana, está aplicando normas de derecho interno a operaciones que no se desarrollaron de conformidad con esta normativa. Ello deviene en una clara nulidad.

En síntesis, los hechos esenciales, realizan apreciaciones sobre el material probatorio interpretando indebidamente el criterio de mejor información disponible, ignorando y el principio de libertad probatoria configurando así una transgresión al derecho de defensa de Murex y por lo tanto de los importadores representados por esta Asociación.

5. EXPEDICIÓN CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN LAS CUALES DEBE FUNDARSE POR APLICAR DE FORMA INDEBIDA EL CRITERIO PROBATORIO DE MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 12.7 DEL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS Y 1 DEL DECRETO 299 de 1995.

El artículo 12.7 del ASMC plantea la doctrina de la "mejor información disponible" en los siguientes términos:

"12.7 En los casos en que un Miembro interesado o una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento."

Por su parte, el Decreto 299 de 1995 adoptó el criterio de mejor información disponible definiéndola como:

"Se entiende por mejor información disponible aquella oportuna y adecuadamente allegada a la investigación, de oficio o por parte interesada, susceptible de ser verificada."

Este estándar tiene el fundamento en que la autoridad no tiene un poder para hacer que un gobierno o compañía extranjero entregue información que la autoridad considere importante para la investigación. En este sentido, la posibilidad de que exista una interpretación adversa si no existe una colaboración, incentiva a que las partes colaboren en materia de aportar pruebas.

Sin embargo, el Órgano de Apelaciones en el caso México-Medidas Antidumping del arroz indicó:

"(...) no es una licencia para recaer en solo parte de la evidencia provista. Hasta el extremo posible, la autoridad investigadora usando la "información disponible" en una investigación de derechos compensatorios debe tener en cuenta toda los hechos sustentados por las partes interesadas, incluso aquellas que no constituyan una información completa solicitada a esa parte. [Es más], la "información disponible" para la agencia son generalmente limitados a aquellos que razonablemente pueden remplazar la información que una parte interesada no pudo entregar. En algunos casos, esto puede incluir información de fuentes secundarias" (Traducción propia, par. 294)

Así las cosas, a la luz del criterio de mejor información disponible debe tener en cuenta la información aportada por las partes aun cuando considere que es incompleta. Adicionalmente, en virtud de la facultad de solicitar pruebas de oficio, la autoridad puede verificar la información aportada para aclarar las dudas que le generan sin que sea procedente descartar la información suministrada.

6. FALSA MOTIVACIÓN EN LA VALORACIÓN PROBATORIA PARA APLICAR EL ARTÍCULO 15 DEL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN DAÑO.

Con fundamento en lo expresamente regulado en el artículo 137 del CPACA, la falsa motivación se presenta cuando existe una incorrecta apreciación de las pruebas y de los hechos.

Para aplicar un derecho compensatorio, es necesario probar que “las importaciones subvencionadas están causando daño.”²⁶ De acuerdo con el Artículo 15.1 del ASMC, la Autoridad debe hacer un análisis objetivo de pruebas positivas sobre los siguientes factores en su análisis sobre la existencia de daño:

- i. *El volumen de las importaciones subsidiadas.*
- ii. *El efecto de las importaciones subsidiadas en los precios de productos similares en el mercado interno del país importador; y*
- iii. *El impacto de las importaciones subsidiadas en los productores domésticos de esos productos.*²⁷

Sin embargo, al evaluar la evidencia, la autoridad cayó en una falsa motivación al reconoce

(i) Errores en el análisis del volumen de las importaciones supuestamente subsidiadas

Frente al volumen de las importaciones subsidiadas la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador.²⁸

En los Hechos Esenciales la Autoridad encontró un incremento en los volúmenes del etanol estadounidense importado.²⁹ No obstante, ese incremento fue el resultado directo de un cambio en las políticas de importación por parte del Gobierno de Colombia que fue diseñado explícitamente por el propio Gobierno para remediar la escasez interna de etanol.³⁰ Es decir, cualquier comparación entre las importaciones al inicio del período de análisis frente a las importaciones al final de dicho período van a mostrar un incremento significativo de las mismas por el simple hecho del cambio de regulación en un período donde no se permitían las importaciones de etanol

²⁶ ASMC, Artículo 19.1.

²⁷ ASMC, Artículo 15.1.

²⁸ ASMC, Artículo 15.2.

²⁹ Hechos Esenciales, pág. 409.

³⁰ US Grains Council, Cuestionario Inicial (Folio 3337)

estadounidense³¹ a uno en donde sí se permitió importar etanol precisamente por problemas de abastecimiento durante el Período de Análisis.

Como quedó demostrado en el expediente, el Gobierno de Colombia ya ha declarado en su normativa que las importaciones al final del período de investigación eran una necesidad para hacer frente a la escasez interna y cumplir con los objetivos de la disminución de la contaminación a través de mandatos de etanol más altos en Colombia.³² La posición clara del Gobierno no debe y no puede legalmente simplemente cambiar porque una industria nacional, que no puede satisfacer las necesidades domésticas, está en busca de protección, posición que no se justifica por los hechos inequívocos relacionados con el supuesto daño. El aumento de los volúmenes de las importaciones durante el mismo período de tiempo durante el cual el gobierno ya ha dejado claro su correcto punto de vista no puede ser la causa de daño a la industria nacional.

(ii) Errores en el análisis del efecto de las importaciones supuestamente subsidiadas en los precios de productos similares en el mercado interno del país importador

En lo tocante al efecto de las importaciones supuestamente subsidiadas sobre los precios del producto similar en el mercado colombiano, la Autoridad debe analizar “si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones subvencionadas en comparación con el precio de un producto similar,”³³ o “bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa (price depression) o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido (price suppression).”³⁴ El artículo 15.2 del ASMC señala que ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

Frente a la existencia de una subvaloración de precios es necesario recalcar que esta debe ser “significativa” en virtud del artículo 15.2 del ASMC. En este caso en concreto la Autoridad analizó el precio FOB semestral de las importaciones investigadas y señaló³⁵:

Precio FOB promedio semestral USD/Kg de las importaciones de Etanol clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00 originarias de los Estados Unidos de Norte América								
País de origen	Periodo de referencia				Periodo crítico		Diferencia absoluta	Diferencia relativa
	2015- I Sem	2015- II Sem	2016- I Sem	2016- II Sem	2017- I Sem	2017- II Sem		
ESTADOS UNIDOS			0,61		0,60		-0,01	-1,48%
LOS DEMAS			0,00		0,00		0,00	0,00%
PONDERADO			0,61		0,60		-0,01	-1,48%

Fuente: Declaraciones de Importación – DIAN

³¹ Folios 2228 (Informe técnico apertura), Respuesta cuestionario US Grains Council (Folio 3346), Comunicación del 16 de abril de 2019 (Folio 4557), Intervenciones audiencia (Folio 4911), 5338 (Resolución 90454 de 2014), 5340 (Resolución 41053 de 2016)

³² Ídem.

³³ ASMC, Artículo 15.2.

³⁴ Ídem.

³⁵ Hechos Esenciales, Pág. 412.

Así las cosas, para la Autoridad, la diferencia relativa entre el período de la referencia y el período crítico es una disminución del 1.48%. En este sentido, la supuesta subvaloración sería del 1.48%, lo cual no representa un monto **significativo**. Por lo cual no debería ser una subvaloración a la luz del ASMC y no debería preocupar a la Autoridad.

Adicionalmente, las importaciones supuestamente subsidiadas, no han tenido como efecto ni una depresión ni una supresión de precios de la RPN. Lo anterior por cuanto, no hay evidencia alguna de que las importaciones de Estados Unidos tuvieran un impacto en los precios cobrados por la industria nacional durante el período de investigación.

En cuanto al precio real implícito, la Autoridad señaló:

El precio real implícito por kilogramo de la rama de producción nacional representativa de alcohol carburante (etanol) presentó una tendencia creciente durante todo el período analizado (...) estos resultados muestran un desempeño real implícito durante el periodo analizado y en especial en el período crítico o de la subvención. Del análisis anterior se concluye que no existe daño en el comportamiento de la variable³⁶.

El precio de venta de etanol por parte de la RPN, (variable regulada por el Ministerio de Minas y Energía a través de las Resoluciones que establecen el Ingreso al Productor del Alcohol Carburante y del Biocombustible³⁷) *aumentó* durante el período de investigación y periodo crítico, por lo cual es necesario revisar la información aportada por el peticionario prestando especial atención al comportamiento de este precio durante el periodo crítico, esto es del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017.

En los Hechos Esenciales, la autoridad destacó la siguiente afirmación de Asocaña:

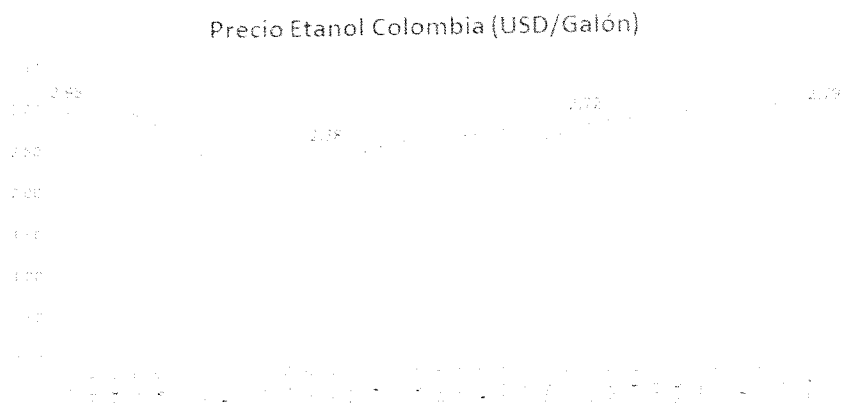
Según Asocaña, basada en las resoluciones expedidas por el Ministerio de Minas y energía el precio promedio de venta de etanol en el mercado interno, expresado en USD/Galón, entre 2015 y 2017 presentó comportamiento decreciente (USD 2,64/Galón en 2015), (USD 2,55/Galón en 2016), (USD 2,84/Galón en 2017)³⁸.

Sin embargo, la información proporcionada por el Peticionario demuestra que el precio no decreció. En la gráfica, precios etanol en Colombia (U\$/Galón) se evidencia una reducción del precio entre enero 2015 y febrero 2016, pero entre febrero, 2016 a diciembre 2017 su precio aumenta un 15%, correspondiente al periodo crítico:

³⁶ Hechos Esenciales Pág. 426-427.

³⁷ Folios 2718-2779 del expediente público.

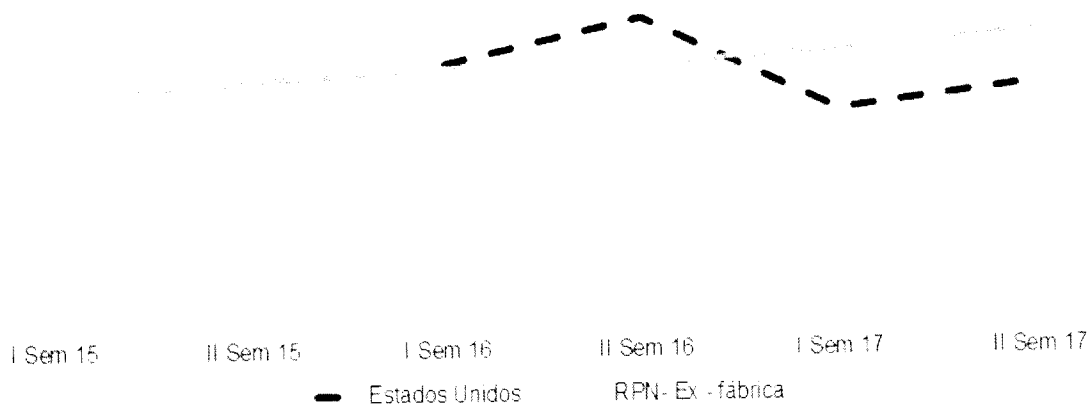
³⁸ Hechos Esenciales, Pág. 404.



Fuente: Hechos Esenciales, pág. 404, citando a Asocaña.

Así las cosas, los Hechos Esenciales no proporcionan ningún hallazgo con respecto a que hubo un impacto en los precios obtenidos por los productores nacionales causados por la supuesta subvaloración de etanol importado de EE. UU. Por el contrario, el análisis que compara el supuesto precio de las importaciones con el precio nacional tomando como base la información proporcionada por el Peticionario demuestra que el precio doméstico del etanol no se vio afectado por las importaciones de etanol estadounidense:³⁹

Precio de venta del producto importado frente al nacional (\$COP/kilo)



Fuente: INCAUCA S.A.S., MANUELITA S.A., MAYAGUEZ S.A., PROVIDENCIA S.A. y RISARALDA S.A. Respuesta a cuestionarios.

En los casos en que existe subvaloración es posible que el margen entre los precios de importación y domésticos sea debido a "non-price factors" caso en el cual no existe un daño causado por las importaciones.

Entre estos factores, no relacionados con el precio, el peticionario ha argumentado que la Regulación del Ministerio de Minas y Energía fija un ingreso máximo que constituye un "CAP" para el precio del etanol. Bajo este razonamiento, las empresas de la RPN tomaron una decisión comercial de seguir vendiendo al máximo precio autorizado y no a precios de mercado. El aumento de la oferta en un mercado por regla general genera una disminución en los precios, aún en el evento en el que la nueva oferta no se encuentre supuestamente subsidiada. El *aumento* del precio del etanol vendido por la RPN, ante un incremento en la oferta por concepto de importaciones que antes no eran permitidas, redundaba en una decisión de negocios antitécnica cuyo efecto fue la generación de un supuesto daño en otras variables de la ecuación.

Adicionalmente, como se explicó en la Audiencia y en nuestro Alegatos de Conclusión se encuentra (i) la alta regulación a la cual está sometida la producción nacional (ii) el impacto de los fenómenos climáticos en la producción comercial (iii) los costos de flete en la zona Norte del país (iv) las decisiones comerciales de la RPN (v) las barreras de entrada al mercado de producción de etanol y; (vi) la presencia de un déficit que debió ser cubierto por la producción. En este sentido, frente al daño en el precio real la misma autoridad determinó no encontrar daño en el precio real de la RPN⁴⁰, existiendo un rendimiento del 8,16%.

(iii) Errores en el análisis del impacto de las importaciones supuestamente subsidiadas en los productores domésticos de etanol

Frente al impacto de importaciones supuestamente subsidiadas en los productores domésticos, el propio ASMC señala la necesidad de revisar otros factores. Puntualmente el artículo 15.4 del ASMC señala:

El examen de la repercusión de las importaciones subvencionadas sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de la producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión y, en el caso de la agricultura, si ha habido un aumento del costo de los programas de ayuda del gobierno. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

Es preciso que la Autoridad evalúe todos los factores y en los casos en que la Autoridad no tenga la información suficiente para evaluar la relevancia de otros factores, deberá investigar a fondo los otros factores con el fin de cumplir sus obligaciones en lo que respecta a factores relevantes.

Volumen de Ventas Nacionales

La Autoridad ha señalado que existe un daño en el Volumen de Ventas Nacional conforme a que existió un descenso relativo de 25,52% entre el primer semestre del 2015 y segundo semestre del 2017⁴¹. Sin embargo, la Autoridad ignora que esto es atribuible a la incapacidad de los productores para satisfacer la demanda durante el periodo investigado. Lo contrario ocurrió durante el año 2015, en donde la producción nacional estuvo cerca a cubrir el déficit en el primer semestre y logró cubrirlo en el segundo semestre. Conforme a lo anterior, resulta evidente que en los casos en que la producción nacional no alcanza a cubrir el déficit, el volumen de las ventas nacionales es bajo, lo que precisamente llevó al Gobierno a permitir que se autorizase la importación de etanol con independencia de su origen, tal y como ha quedado probado en el Expediente.

Adicionalmente, durante el periodo crítico se evidencia un incremento del 16,5% entre el primer semestre de 2017 y el segundo semestre de este mismo año, conforme a lo cual se evidencia que la tendencia no fue decreciente. Si las importaciones hubiesen generado un daño a lo largo del año no debería haberse presentado el incremento en el volumen de ventas nacionales en el segundo semestre. Sin embargo, la Autoridad omite el análisis de esta variable, sin explicar la relación entre este incremento y las importaciones supuestamente subsidiadas.

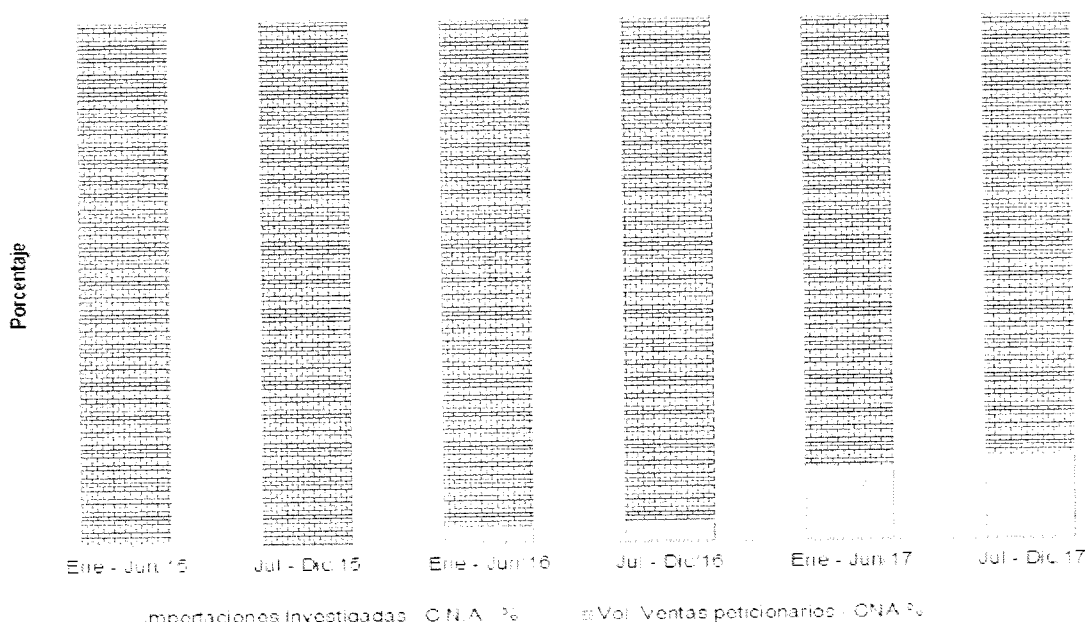
Participación en el mercado

La autoridad no evaluó conjuntamente la totalidad de argumentos presentados por las partes interesadas en el documento de Hechos Esenciales. La Autoridad determinó que: *"El mercado colombiano de alcohol carburante - etanol se ha caracterizado por una mayor participación de las ventas de los productores nacionales,"*⁴² sin aclarar que esto se debe a que existió una prohibición de importar etanol a Colombia durante la gran mayoría del periodo de análisis. Esto generó que la participación de la RPN en el mercado nacional de etanol fuera absoluta en el año 2015 y mayoritario durante el resto del periodo de análisis:

⁴¹ Hechos Esenciales, Pág. 417.

⁴² Hechos Esenciales, Pág. 410.

Participación de mercado de alcohol carburante (ETANOL) de la subpartida arancelaria 2207 20 00 00



Fuente: INCAUCA S.A.S., MANUELITA S.A., MAYAGUEZ S.A., PROVIDENCIA S.A. y RISARALDA S.A. declaraciones de importación – DIAN

Existiría una protección desmesurada por parte de la Autoridad si esta acepta el argumento de que la disminución del porcentaje de participación de participación en el mercado de 100% a 85% resulta en daño *significativo* para la RPN.⁴³

Inventarios de la RPN

La Autoridad consideró que el Volumen de Inventario Final Terminado se atribuyó al aumento a en virtud de la normalización de la producción que coincidió con la derogatoria de la Resolución 904554 de 2014 que había permitido importaciones de etanol en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional, por efecto de las lluvias que afectaron la producción de etanol durante los primeros meses de 2017. Sin embargo, en el expediente no existe ninguna explicación que pueda indicar el motivo por el cual, ante el aumento del inventario⁴⁴, la RPN decidió seguir manteniendo los precios en el máximo permitido.

⁴³ Hechos Esenciales, Pág. 411.

⁴⁴ Hechos Esenciales, Pág. 419 “durante el período crítico, primer y segundo semestre de 2017 se presenta acumulación de inventario equivalente a 170,51% y 34,50% respectivamente, al compararlo con el semestre inmediatamente anterior.”

Si el aumento de inventarios hubiese representado un daño significativo para la RPN la conducta para mitigarlo debió haber sido bajar los precios a precios de mercado. No obstante, lo anterior, la Autoridad pasa por alto dicho análisis, eligiendo atribuirlo a las importaciones supuestamente subsidiadas.

Ventas de la RPN

Adicionalmente, el etanol vendido por parte de la RPN no representó más del 15% de los ingresos por ventas de la RPN durante el período de investigación.⁴⁵ Eso quiere decir que una presunta disminución de las ventas del etanol no tendría la relevancia suficiente en las finanzas de la RPN como para generar un daño importante. Sin embargo, la Autoridad no se refirió a esto ni entró a analizar la materialidad de la información presentada por parte de la RPN aun cuando las partes interesadas insistimos en este importante punto.⁴⁶

Márgenes de Utilidad Bruta y de Utilidad Operacional

En el marco del proceso se ha logrado demostrar que existen indicadores que no han presentado daño. Puntualmente, la RPN durante el periodo crítico logró aumentar sus márgenes de utilidad bruta y de utilidad operacional, obteniendo ganancias por 0,31% y 0,26% respectivamente⁴⁷. En un mercado competitivo, la RPN habría tenido que bajar sus precios para poder competir en el mercado, sin embargo, por una decisión comercial, incentivada por la protección y alta regulación la RPN no bajó los precios con el fin de obtener una rentabilidad como se ha acotado anteriormente. Esta ausencia de daño debe ser tomada en cuenta por la Autoridad, la cual debe indagar las verdaderas razones por las cuales el margen de utilidad no fue alterado durante el periodo crítico.

En este caso, el aumento de las importaciones, tal y como se ha demostrado en el marco del proceso, el daño fue generado por las modificaciones en la regulación. A su vez, como lo ha manifestado el propio peticionario no existió una depresión de precios, ni era posible que existiera una supresión de precios por la regulación del mercado. En la medida que no se presenta un daño a la utilidad bruta y operacional tampoco es posible concluir que existe un daño probado al interior del procedimiento.

7. FALSA MOTIVACIÓN EN LA VALORACIÓN PROBATORIA PARA APLICAR EL ARTÍCULO 15.5 DEL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN NEXO CAUSAL.

⁴⁵ Informe Técnico Preliminar, Pág. 148 "Composición de los Ingresos por Ventas Consolidado Rama de Producción Nacional- INCAUCA, Manuelita, Mayagüez S.A, Providencia y Risaralda, Alcohol Carburante-Etanol (Miles de Pesos)" (Folio 2225).

⁴⁶ Murex, Alegatos de Conclusión (Folio 7787).

⁴⁷ Hechos Esenciales, Pág. 248.

Para la aplicación de medidas compensatorias a la luz del ASMC se hace necesario probar la existencia de un nexo causal entre las supuestas importaciones subvencionadas y el daño. Esto se encuentra consagrado en el Artículo 15 del ASMC en los siguientes términos:

15.5 Habrá de demostrarse que, por los efectos de las subvenciones, las importaciones subvencionadas causan daño en el sentido del presente Acuerdo. La demostración de una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades. Éstas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones subvencionadas, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones subvencionadas (...)

Teniendo en cuenta el contenido de este artículo es necesario que la Autoridad (i) establezca una relación de causalidad entre el daño y las importaciones subvencionadas; y (ii) la Autoridad debe evaluar otros factores que puedan generar el daño. Esta norma implica que la Autoridad sólo puede analizar las importaciones de etanol estadounidense durante el periodo de análisis. En este sentido, durante el transcurso de la investigación las empresas que agrupa mi representada han confirmado que Murex ha señalado que vendió más del 90% del etanol que fue exportado desde Estados Unidos e Importado a Colombia durante el periodo de investigación.

De conformidad con el artículo del ASMC, es necesario revisar todos los factores que puedan generar un daño, entre los cuales se incluye una lista ilustrativa de los factores a considerar:

- *El volumen y los precios de las importaciones no subvencionadas del producto en cuestión.*
- *La contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo.*
- *Las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros.*
- *La evolución de la tecnología.*
- *Los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional.*

Esta lista es ilustrativa, por lo cual deben tenerse en cuenta todos los factores que puedan incidir en la causación del supuesto daño. En este caso, se ha argumentado y presentado material probatorio para demostrar la existencia de factores externos que generan el supuesto daño a la RPN que comentamos a continuación.

La Autoridad tuvo en cuenta el impacto de los efectos climáticos que afectó la producción del etanol por parte de la RNP (que fue incapaz de suplir la demanda) y que generó que el mismo gobierno abriera el mercado de importación de etanol, no puede ser tomado como un "déficit coyuntural por

un efecto climático" que no afecta el nexo de causalidad, tal como lo concluyó la Autoridad. Esto implica que la Autoridad no analizó correctamente las pruebas aportadas a la investigación que generan un grave perjuicio a las conclusiones del proceso.

"Sin embargo, se tiene conocimiento que durante los primeros meses de 2017, por el efecto de las fuertes lluvias se vio afectada la producción de alcohol carburante (etanol) en Colombia, situación que activó el mecanismo establecido en la Resolución 90454 de 2014, que permitió las importaciones de etanol en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional y cumplir con las exigencias de mezcla etanol y gasolina establecida por el gobierno nacional."

Las importaciones no fueron las que generaron el déficit ni el daño, por el contrario, son una consecuencia del mismo déficit por las siguientes razones: El volumen de producción durante el primer semestre del 2017 decreció asociado a reducción en la producción doméstica por cuenta del fenómeno del Niño, que no solo fue expuesto anteriormente por parte de nuestra defensa, sino que fue corroborada por el Ministerio de Minas y Energía activando la Resolución 90454 de 2014, tal como lo indica Asocaña en su informe anual 2017-2018:

"La producción de Bioetanol tuvo una contracción del 15,6%, evidenciando las dificultades que este importante reglón productivo experimentó en 2017: durante los primeros meses del año, las fuertes lluvias afectaron la producción, activando el mecanismo establecido en la Resolución 90454 de 2014, que permitió las importaciones de etanol sólo en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional.⁴⁸

El factor climático resultó en un déficit que se ve evidenciado en la disminución del volumen de ventas. La disminución en el volumen de ventas fue lo que generó la presunta disminución en (i) la productividad (ii) el uso de capacidad instalada (iii) los salarios mensuales y el empleo directo. Es fundamental advertir que, en los tres primeros factores mencionados, se evidencia una caída en el primer semestre de 2017, pero una recuperación en el segundo semestre del mismo año, lo cual no es investigado a fondo por la Autoridad.

Fue esta misma disminución en el volumen de ventas, por falta de capacidad de atender la demanda, que fue necesario remover la barrera de entrada al mercado para que ingresaran importaciones de etanol. El aumento en las importaciones durante el primer semestre del año 2017 atendía una necesidad de cumplir con el mandato de la mezcla que en repetidas ocasiones fue suspendida por parte del MME debido a los bajos niveles de producción doméstica. Esto implicó un aumento en la competencia, sin embargo:

⁴⁸

Párrafo extraído en el documento Aspectos Generales del Sector Agroindustrial de la Caña 2017-2018, página 29.

<https://www.asocaña.org.co/docs/documentos/2017/2018.pdf>

"Es importante destacar que el daño a una rama de producción nacional no puede ser equiparado a una distorsión en la competencia. El daño a los competidores no es lo mismo que el daño a la competencia. Es inherente al proceso competitivo que unas empresas prosperen y otras no. Los competidores nacionales pueden sufrir un daño por las importaciones competidoras sin que ello implique necesariamente que cualquier distorsión en el normal proceso de Competencia haya sido causado por la subvención de otro Miembro. Por ello es necesario que ella un nexo causal entre el daño y la subvención para que sea recurrible."(Gustavo E. Luengo, p206.).

El aumento en la oferta (incluso ante la ausencia de subsidios) debió haber generado una baja en los precios, pero por una decisión comercial, la RPN mantuvo los precios similares al CAP, tomando así una decisión antitécnica que terminó por agravar la situación. Es tan clara la alta regulación del mercado nacional del etanol, que la misma Autoridad determinó no encontrar daño en el precio real de la RPN, existiendo un rendimiento del 8,16%.

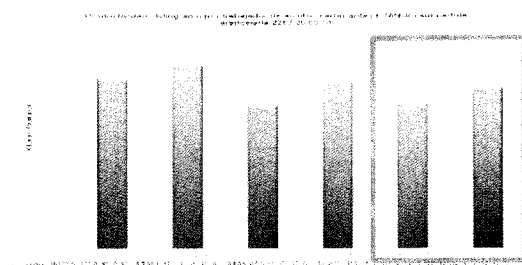
Adicionalmente, en los Hechos Esenciales la Autoridad reconoció que en las respuestas a los cuestionarios Terpel había manifestado que *"Es importante poner de presente que, para la zona norte del país, el precio del flete se disminuyó en más del 90% entre 2017 y 2018 de forma que resulta más conveniente y competitivo para la Compañía adquirir etanol importado"*⁴⁹. Sin embargo, la Autoridad no analizó nuestros argumentos sobre el impacto del costo de transporte en los Hechos Esenciales como un factor externo. Como lo argumentamos en su momento, el paro de camioneros generó varios bloqueos durante el período de análisis en diferentes carreteras del país, lo cual impidió el transporte normal del etanol, y no permitió que la RPN pudiera abastecer diferentes regiones del país⁵⁰. Asimismo, los altos costos de transporte tuvieron un impacto directo en la distribución del producto nacional. Esto afectó el etanol vendido por la RPN a empresas que se ubicaban en diferentes departamentos del país, y que el flete era muy alto. Así, la Autoridad debe analizar estos factores en su decisión final.

Es necesario llamar la atención de la Autoridad sobre la tendencia que se encuentra en el uso de capacidad instalada, salarios mensuales y productividad de decrecer en el primer periodo de 2017 e iniciar una recuperación en el segundo periodo de 2017.

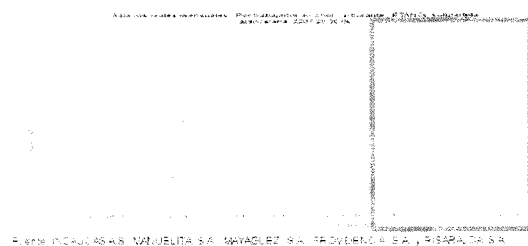
⁴⁹ Hechos Esenciales, pág. 45.

⁵⁰ Informe Económico ACP (Folio 4604).

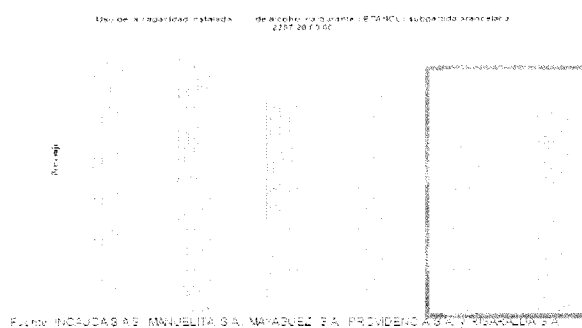
• Productividad



• Salarios reales mensuales²³¹⁰

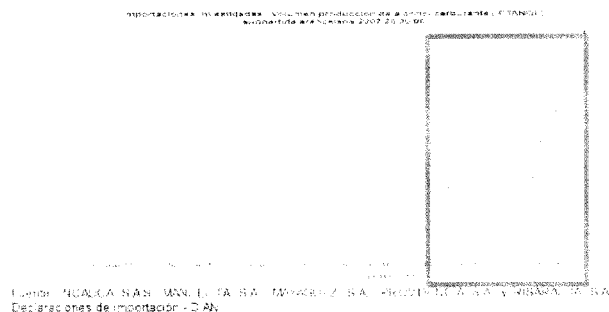


• Uso de la capacidad instalada



Llama la atención que esta recuperación se presenta justo en el periodo en que las importaciones de etanol estadounidense se encuentran en aumento, lo que rompe la causalidad.

• Importaciones investigadas con respecto al volumen de producción



Así las cosas, la Autoridad no ha tenido en cuenta todos los argumentos expuestos por las partes interesadas para efectos de estudiar los otros factores distintos a las importaciones supuestamente subsidiadas. En este sentido, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el nexo causal con las importaciones supuestamente subsidiadas no se encuentra acreditado por cuanto el presunto daño debe atribuirse a causales diferentes a las importaciones.

8. EXPEDICIÓN DE FORMA IRREGULAR Y CON VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN AL EXISTIR VICIOS DEL PROCEDIMIENTO A LO LARGO DEL PROCESO

A lo largo del proceso se han presentado vicios procedimentales que han atentado contra el debido proceso y el derecho a la defensa de mi representada, entre ellos se encuentra:

1. El procedimiento para llevar a cabo por parte de la Autoridad no ha sido claro, lo anterior se debe a que la Autoridad ha tomado como base el Decreto 299 de 1995 y el Acuerdo SMC. Sin embargo, el 27 de marzo de 2019 la Autoridad contestó el derecho de petición presentado el 5 de marzo aclarando algunos términos de la investigación.⁵¹
2. Durante la audiencia oral, la Autoridad comunicó a las partes interesadas las reglas de procedimiento para esta, sin embargo, estas fueron desatendidas en los siguientes términos:
 - a. Las reglas señalaban: *"podrán participar las partes interesadas a través de su representante legal, de sus apoderados especiales nombrados previamente para dichos efectos o de quienes estén autorizados por el Representante Legal para oír y recibir notificaciones"*⁵². No obstante, lo anterior, la Autoridad permitió que los abogados

⁵¹ Respuesta al derecho de petición, Folio 2401
⁵² Comunicación del 29 de mayo, folio 4788.

extranjeros del Peticionario argumentaran en la audiencia, no obstante, las reglas de procedimiento preestablecidas y las objeciones puestas de presente por las partes.

- b. Asimismo, la Autoridad permitió que se pusieran pancartas adentro de la sala de audiencia, cuya finalidad era amedrentar a las partes interesadas. Esta conducta está prohibida en cualquier proceso legal, donde se deben respetar los derechos procesales de las partes y cualquier tipo de manifestación por parte de la ciudadanía debe ocurrir fuera de la sala de audiencia.
- c. Habiendo señalado que la intervención de Hughes Hubbard & Reed LLP no constituye un dictamen pericial, tampoco puede ser interpretado como el pronunciamiento de un abogado calificado, dado que no contaban con tarjeta profesional expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para intervenir.
- d. También ha representado un vicio de procedimiento por vulneración al principio de congruencia a lo largo de esta investigación.
- e. Frente a este principio la Corte Constitucional ha señalado que *"El juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso"* y por lo tanto, se debe pronunciar acerca de todas las pretensiones, *"pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento."* Sin embargo, a lo largo del proceso:
 1. La Autoridad no tuvo en cuenta en el informe preliminar los argumentos presentados sobre la ausencia de daño y la inexistencia de una relación causal ni tampoco la información para efectos de establecer el margen individual por parte de Murex, con lo cual los importadores han visto mermado su derecho de poder a través de su proveedor tener una debida defensa.
 2. La Autoridad no ha analizado a fondo los efectos que debe tener en el proceso el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA), aun cuando se ha aportado el informe anual de gestión de administración del 2017⁵³, se aportaron los artículos de Salomón Kalmanovitz al respecto,⁵⁴ y se ha referenciado que Colombia ha reportado ante la Organización Mundial del Comercio el FEPA como "ayuda interna, subvenciones y otros esquemas de apoyo,"⁵⁵. Así las cosas, el hecho de que la autoridad solamente se haya pronunciado sobre este tema en

⁵³ Informe anual de gestión de administración, FEPA, folio 6448.

⁵⁴ Anexo a la comunicación del 25 de abril de 2019, folio 4575.

⁵⁵ Anexo a la comunicación del 25 de abril de 2019, folio 4572; y comunicación del 5 de agosto de 2019 folio 6443.

POSSE
HERRERA
RUIZ ●●●

DIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR	
Versión Pública:	_____
Folio No.	9211

los hechos esenciales, sin mayor profundización, constituye nuevamente una violación al principio de congruencia.

3. NOTIFICACIONES

Las notificaciones relacionadas con la investigación de la referencia las recibiré en la Carrera 7 No. 71-52 Torre A, Oficina 706, de la ciudad de Bogotá D.C.

De la Señora Subdirectora de Prácticas Comerciales, atentamente,



Juan David Barbosa Mariño
C.C. 79.984.338 de Bogotá, D.C.

Bogotá, D.C., 02 de marzo de 2020

Doctora,
Eloisa Fernandez de Deluque
Subdirección de Prácticas Comerciales
MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO
Calle 28 No. 13 A - 15
Ciudad



MinCIT

1-2020-004856 ANE:33 FOL:1
2020-03-02 04:12:03 PM
TRA:REMISION DE DOCUMENTOS
SUBDIRECCIÓN DE PRACTICAS CO
ERCIALES

REFERENCIA Comentarios a los Hechos Esenciales.

EXPEDIENTE SB- 249-01-01.

VERSIÓN PÚBLICA Y CONFIDENCIAL

Respetada doctora Eloísa:

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.984.338 de la ciudad mencionada y Tarjeta Profesional No. 138.153 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial **U.S GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY Y LA RENEWABLE FUELS ASSOCIATION**, tal como consta en el poder que se encuentra en el expediente público citado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.8 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("**ASMC**"), así como lo dispuesto en el Decreto 299 de 1995 y en la Resolución 85 de 2019 expedida por la Dirección de Comercio Exterior, oportunamente procedo a presentar la respuesta al documento de Hechos Esenciales, recibido el 3 de febrero de 2020, en el marco de la investigación por supuestas subvenciones a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos de América.

La presente respuesta se radica de manera oportuna en el término legal de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación, es decir antes del **2 de marzo de 2020**.

Las notificaciones relacionadas con la investigación de la referencia las recibiré en la Carrera 7 No. 71-52 Torre A, Oficina 706, de la ciudad de Bogotá D.C.

De la Señora Subdirectora de Prácticas Comerciales, atentamente,


Juan David Barbosa Mariño
C.C. 79.984.338 de Bogotá, D.C.

Comentarios a los Hechos Esenciales

U.S. Grains Council, Growth Energy, y la Renewable Fuels Association

I. Introducción

Estando dentro del plazo otorgado por la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (la “Autoridad”) presentamos nuestros comentarios a los Hechos Esenciales en la presente investigación por supuestos subsidios al etanol (alcohol carburante) originario de EE.UU.

Las asociaciones U.S. Grains Council, Growth Energy, y la Renewable Fuels Association (las “Asociaciones”) manifestamos nuestra alta preocupación porque la Autoridad rechazó la información más relevante en el caso, esta es, la de la planta de etanol que produjo todo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el período de investigación (la “Planta Productora”).¹ Independientemente del tema del cálculo del margen individual de Murex LLC (“Murex”), la Autoridad debe utilizar la información proporcionada por esa Planta Productora en su análisis para la determinación final en el presente caso tal y como se detalla en nuestros comentarios a continuación.

Adicionalmente, la información en el expediente no permite que la Autoridad realice un cálculo de derechos compensatorios donde todo el supuesto subsidio a la producción del maíz sea transferido a la producción de etanol sin tener en cuenta los co-productos o productos secundarios.² Esto es un hecho probado en el proceso y respaldado por amplia jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que la misma Autoridad reconoce en los Hechos Esenciales.

¹ Ver requerimiento de información adicional a Murex, Anexo 6, folio 460.

² En este escrito nos referimos a “productos secundarios” para emplear el lenguaje en los Hechos Esenciales para referirse a los co-productos que se producen a partir del maíz en el proceso de producción de etanol, como lo son los granos destilados, el CO₂, entre otros.

Finalmente, en este caso no quedó demostrado que la rama de producción nacional (“RPN”) hubiere sufrido daño a causa de las importaciones de etanol estadounidense durante el período de análisis. Lo que ha ocurrido en este caso es que por factores no atribuibles a las importaciones supuestamente subvencionadas como el Fenómeno del Niño, los cambios normativos y los compromisos de Colombia en el marco del Tratado de Libre Comercio con EE.UU., permitieron las importaciones de etanol precisamente para cubrir el déficit de la producción nacional causado por factores climáticos. Adicionalmente, la disminución en indicadores tales como empleo, volumen de ventas y salario fue producto de este mismo déficit y de las decisiones comerciales tomadas por la RPN al no bajar los precios. En esta medida, es necesario que la Autoridad advierta que si es que hubo daño, éste no fue generado por las importaciones de etanol estadounidense.

II. La Autoridad ignoró la información específica y más relevante en este procedimiento: la de la planta productora que produjo el etanol estadounidense exportado a Colombia durante el período de investigación

La Autoridad debe utilizar la información de la Planta Productora que produjo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el período de investigación (“PDI”). Como lo argumentamos en la audiencia y en nuestros alegatos de conclusión, la normativa colombiana³ y la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC⁴ establecen claramente que las autoridades investigadoras tienen la obligación de evaluar la evidencia en expediente y decidir sobre la mejor información disponible.

³ Ver Alegatos de Conclusión de Las Asociaciones presentados ante la Autoridad el 12 de septiembre de 2019. “El Artículo 28 del Decreto 299/1995 establece que “todas las decisiones en el curso de la investigación, se tomarán de acuerdo a la mejor información disponible.” En ese sentido, el Artículo 2 del mismo Decreto establece que “se entiende por mejor información disponible aquella oportuna y adecuadamente allegada a la investigación, de oficio o por parte interesada, susceptible de ser verificada.”

⁴ Informe del Órgano de Apelación del OMC, *Estados Unidos - Investigación De La Comisión De Comercio Internacional Respecto De La Madera Blanda Procedente Del Canadá*, AB-2006-01, Pág. 97.

En los Hechos Esenciales, la Autoridad parece confundir la importancia de la información de la Planta Productora de etanol con la discusión sobre el margen individual de Murex. Independientemente de la decisión de la Autoridad sobre el cálculo del margen individual para Murex (que insistimos debe calcularse o de lo contrario la Autoridad estaría desconociendo su propia práctica en casos antidumping y la práctica a nivel mundial en investigaciones por subsidios), la Autoridad no puede ignorar la información proporcionada e incluso certificada por el revisor fiscal de la Planta Productora. Esta información incluye data crítica en esta investigación como lo son las compras de maíz, las ventas de etanol, la asignación de productos secundarios como los granos destilados y el CO₂, el uso de programas investigados, entre otros.⁵ No existe razón alguna para que la Autoridad ignore esta información.

Resulta además incomprensible que para el análisis de algunos puntos en los Hechos Esenciales la Autoridad sí emplea la información de la Planta Productora, pero en otros la descarta por no considerarla representativa o porque parece tener dudas sobre parte de la información aportada. Por ejemplo, la Autoridad utiliza parcialmente la información de la Planta Productora en su análisis sobre el precio interno del maíz estadounidense,⁶ pero la ignora en su análisis sobre la asignación del supuesto subsidio entre el etanol y los productos secundarios.⁷

En este último punto en particular, la Autoridad determina que diferentes plantas de etanol en EE.UU. tienen diferente distribución de productos secundarios y decide no utilizar la información de la Planta Productora. No obstante, eso es irrelevante en este caso

⁵ Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019, Anexo 4 y 7.

⁶ Hechos Esenciales, Pág. 268.

⁷ Hechos Esenciales, Pág. 278—279.

porque, tal como quedó demostrado en el expediente y como la Autoridad bien conoce, las regulaciones colombianas no permiten la importación de etanol estadounidense producido por cualquier planta. Colombia tiene regulaciones restrictivas que sólo permiten la importación de un número mínimo de plantas estadounidenses que puedan cumplir con las condiciones exigidas para permitir su importación al territorio nacional.⁸ Es por eso que durante el PDI todo el etanol que exportó Murex provino de una de estas plantas. Es decir que la información de esta Planta Productora no solo es la más relevante para el análisis de la Autoridad, sino que es la *única información relevante* en esta investigación.

El Peticionario intentó confundir a la Autoridad proporcionando información financiera de otras plantas de etanol estadounidenses que no exportaron etanol a Colombia durante el PDI y que ni siquiera tenían autorización para hacerlo.⁹ Por lo cual resulta pertinente que la Autoridad señalara:

Como ya como ya se ha mencionado (SIC) a lo largo de este informe, las cifras financieras de “Glacial Lakes Corn Processors” no se consideran pertinentes para esta investigación dado que los estados consolidados a 31 de agosto de los años 2017 y 2018, no corresponden al periodo objeto de investigación, año 2017.¹⁰

Es decir que información de esas otras plantas de etanol estadounidense es irrelevante para el análisis que tiene que hacer la Autoridad en este caso específico dentro del PDI.

⁸ En la Respuesta al Cuestionario de las Asociaciones Cuestionario (Folio 3308). Ver también la Respuesta al Cuestionario de Murex, pág. 13: “Murex solo tiene conocimiento de **tres plantas de etanol en los Estados Unidos que pueden cumplir con estos estándares de GEI**. Las tres instalaciones también venden etanol a otros mercados premium con bajas emisiones de carbono, como California, Oregón, Columbia Británica y Europa. Esto hace que la adquisición de etanol bajo en carbono sea bastante costosa, especialmente ahora que los créditos de reducción de carbono se han vuelto extremadamente valiosos.” (Énfasis añadido).

⁹ Hechos Esenciales, pág. 266.

¹⁰ Hechos Esenciales, Pág. 292.

III. Errores en el cálculo del precio del maíz estadounidense

La Autoridad tiene en el expediente el detalle de todas las compras del maíz de la Planta Productora que produjo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el PDI.¹¹ Murex proporcionó además los contratos de compraventa de la Planta Productora y las facturas correspondientes a esos contratos como ejemplos de las más de 430 compras de maíz por parte de la Planta Productora para que la Autoridad pudiera cotejar la información. Adicionalmente, “El exportador MUREX LLC, mediante comunicación 1-2019-023452 de fecha 05 de agosto de 2019, adjuntó el resultado de la Auditoría Externa hecha por la Firma KCoe Isom, LLP ... En dicha auditoria, también se dice que para el año 2017, **** compró ****bushels y que el gasto de maíz por galones vendidos fue de US\$ ****. Además que el valor promedio de compra del maíz fue de **** US\$/bu, es decir, 151,93 US\$/Tn.”¹²

Lo anterior demuestra que la Autoridad tiene la totalidad de las compras de maíz, los contratos de las compras de maíz, y ejemplos de varias facturas de la Planta Productora de etanol, y, por si fuera poco, también tiene una certificación del auditor externo verificando la veracidad de la información. De hecho, la Autoridad encontró lo siguiente:

Dichas facturas corresponden a transacciones reales de mercado, y se convierten en información de fuente primaria para determinar el precio doméstico del maíz en Estados (SIC) Unidos. La Autoridad investigadora verificó que de 430 operaciones indicadas en el listado de excel de compra de maíz y de amilasa de maíz, se anexaron 56 copias de facturas de compra de maíz, las cuales se utilizaron para calcular el precio doméstico del maíz. Cabe aclarar que las cantidades indicadas en el listado estaban de acuerdo a lo estipulado en los contratos, pero diferían en muchos casos de las indicadas en

¹¹ Murex, Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019, Anexo 4 y 7.

¹² Hechos Esenciales, pág. 267.

las facturas por ajuste en los precios (descuentos) y en las cantidades.¹³
(Énfasis añadido)

No obstante, la Autoridad en vez de tomar el precio real pagado por la Planta Productora por el maíz (151,93 US\$/Tn), calculó un precio promedio ponderado del valor indicado en las facturas proporcionadas como muestras. Promediar el precio contenido en la muestra de facturas y asumir que ese es el precio del maíz estadounidense durante el PDI no es técnico ni representa las transacciones reales que están aportadas en el expediente como lo reconocen los Hechos Esenciales. Esto además resultaría en un incentivo perverso para que las partes selectivamente proporcionen información sobre compras de materia prima que reflejen el mayor valor y no una muestra aleatoria para demostrar la veracidad de la totalidad de la información proporcionada.

La Autoridad debe usar el precio promedio ponderado de *todas las transacciones de compra de maíz* de la Planta Productora proporcionadas y certificadas en la Auditoría Externa hecha por la Firma KCoe Isom, LLP en la determinación final.

IV. Errores en la determinación del precio de la referencia

Existen graves errores en el análisis sobre el precio de la referencia en los Hechos Esenciales. La Autoridad consideró un precio de 177,59 US\$/Tn a partir de las importaciones de maíz proveniente de Canadá, Brasil y Argentina en EE.UU. en 2017. A continuación explicamos por qué esta metodología no es apropiada para determinar el precio de referencia del maíz.

Primero, la Autoridad erró al utilizar precios de importación en vez de precios internos en Argentina, Brasil, y Canadá como precio de la referencia. Como se explica a

¹³ Hechos Esenciales, pág. 268.

continuación, los productores de etanol estadounidense no incurrirían en gastos de flete internacional para comprar etanol importado, “de no ser por” (“but for”) los supuestos subsidios que están en discusión en esta investigación. En consecuencia la Autoridad no debe, y de hecho no puede utilizar un precio de referencia que incluye gastos de flete.

Bajo el Artículo 14(d) del ASCM “La adecuación de la remuneración se determinará en relación con las **condiciones reinantes** en el mercado para el bien o servicio de que se trate, en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, **transporte** y demás condiciones de compra o de venta).” Adicionalmente, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) del a OMC ha dejado en claro que, al calcular el beneficio de una subvención, la autoridad investigadora debe “determinar si la {subvención} coloca al receptor en una posición más ventajosa de lo que hubiera sido el caso si no hubiera sido por la {subvención}.”¹⁴ Al unir la referencia del Artículo 14(d) a las condiciones reinantes en el mercado y la jurisprudencia de la OMC con respecto al análisis “de no ser por”, está claro que la Autoridad debe determinar cómo abordar los gastos de transporte en función de las condiciones reinantes del mercado de EE.UU. y, al mismo tiempo, asegurase de que el cálculo del beneficio sólo capture el supuesto beneficio efectivamente capturado por la posición de los productores de etanol de EE.UU.

Aquí, el uso de precios de importación de la Autoridad en lugar de un precio interno significa que “de no ser por” los subsidios en cuestión, los productores de etanol de Estados Unidos habrían tenido que importar maíz, incurriendo así en gastos de flete sustanciales, en lugar de ubicarse cerca de los productores de maíz de Estados Unidos, minimizando así tales costos. Dicho de otra manera, el uso de un precio de importación—en lugar del precio

¹⁴ Informe del Grupo Especial, Canadá-Aeronaves, párr. 9.112.

interno de tres grandes productores de maíz amarillo—significa que, según la Autoridad, sin los subsidios en cuestión en esta investigación no habría producción de maíz en EE.UU. y, por extensión, los productores estadounidenses de etanol tendrían que importar maíz de otros países para utilizar en sus plantas. Asumir que la industria del etanol de EE.UU. necesitaría maíz importado sin subsidios es como “llevar carbón a Newcastle” (“taking coal to Newcastle”)—una expresión británica que describe una acción sin sentido basada en el hecho de que Newcastle, Inglaterra era uno de los proveedores de carbón más grandes del mundo—y estaría completamente alejado de cualquier relación con las condiciones reinantes en el mercado, según lo dispuesto en el Artículo 14(d) del Acuerdo SMC.

La proposición de que los productores de etanol de EE.UU. tendrían que importar maíz no está respaldada por el expediente. Si bien no estamos de acuerdo con que la industria del maíz de EE.UU. esté subsidiada, no hay nada en el expediente que sugiera que la existencia de la industria del maíz de EE.UU. surgió debido a los subsidios en cuestión. Como tal, la Autoridad no puede usar un precio de importación, incluido el flete, porque supone que la supuesta subvención del maíz de EE.UU. es la razón por la cual los productores de etanol de EE.UU. se han ubicado cerca de los productores de maíz estadounidense. Más bien, el expediente muestra que Estados Unidos disfruta de una ventaja comparativa en la producción de maíz dado su clima y su gran área de tierra cultivable. Como tal, la producción de maíz estadounidense—y una industria que utiliza el maíz como insumo aguas abajo que se ubica junto a los productores de maíz para minimizar el flete—no se atribuye a los subsidios en cuestión en este caso. Por estas razones, la Autoridad no puede usar un punto de referencia basado en los precios de

importación porque atribuye la evitación de los gastos de flete a un subsidio, lo cual no es el caso.¹⁵

Segundo, al tomar este precio de importación de la base de datos de la International Trade Commission, la Autoridad está comparando peras con manzanas porque toma un precio de importación y lo compara con el precio interno de maíz en EE.UU. Si la Autoridad decide utilizar como precio de referencia a Argentina, Brasil y Canadá, entonces debe tomar el precio interno del maíz en aquellos países para poder realizar una comparación al menos en el mismo nivel comercial con el precio del maíz interno estadounidense. En el cuadro a continuación proporcionamos el cálculo utilizando el precio interno de aquellos países, cuyo promedio ponderado es \$145.26/Tn:

¹⁵ Si bien entendemos que otras autoridades administrativas en otras jurisdicciones a menudo usan precios de importación que incluyen el flete, la Autoridad enfrenta un conjunto único de hechos en esta investigación. Específicamente, la Autoridad no debe atribuir ningún monto de subsidio al hecho de que Estados Unidos disfruta de una ventaja comparativa significativa en la producción de maíz amarillo que no tiene relación alguna con ningún supuesto subsidio.

Precio de Maíz Canadá (USD/MT)				Precio de Maíz Argentina (USD/MT)		Precio de Maíz Brasil (USD/MT)			
Jan-15	\$136.11	-		Jan-15	115	Jan-15	173.3283		
Feb-15	\$137.89	-0.58%		Feb-15	112	Feb-15	165.672		
Mar-15	\$141.08	0.31%		Mar-15	108	Mar-15	156.2206		
Apr-15	\$140.32	-1.25%		Apr-15	111	Apr-15	151.3136		
May-15	\$137.72	-3.35%		May-15	110	May-15	137.9776		
Jun-15	\$138.65	0.26%		Jun-15	102	Jun-15	134.1856		
Jul-15	\$143.90	7.73%		Jul-15	98	Jul-15	134.4544		
Aug-15	\$143.72	-9.47%		Aug-15	97	Aug-15	130.0498		
Sep-15	\$149.41	1.86%		Sep-15	97	Sep-15	132.463		
Oct-15	\$140.20	3.48%		Oct-15	113	Oct-15	141.1076		
Nov-15	\$136.63	-3.05%		Nov-15	129	Nov-15	148.1296		
Dec-15	\$138.62	-1.33%	138.6294	Dec-15	142	111.1667	Dec-15	152.2304	146.4277
Jan-16	\$140.19	-1.78%		Jan-16	146		Jan-16	171.2676	
Feb-16	\$142.81	-0.84%		Feb-16	153		Feb-16	180.3782	
Mar-16	\$143.11	-0.34%		Mar-16	146		Mar-16	215.778	
Apr-16	\$143.99	3.31%		Apr-16	172		Apr-16	229.6126	
May-16	\$146.02	2.77%		May-16	193		May-16	242.6041	
Jun-16	\$150.00	6.46%		Jun-16	202		Jun-16	239.1766	
Jul-16	\$150.00	-10.07%		Jul-16	182		Jul-16	226.077	
Aug-16	\$145.56	-7.18%		Aug-16	161		Aug-16	236.1487	
Sep-16	\$142.27	-1.15%		Sep-16	157		Sep-16	214.6858	
Oct-16	\$140.94	2.58%		Oct-16	163		Oct-16	220.5274	
Nov-16	\$138.81	-0.30%		Nov-16	157		Nov-16	193.7554	
Dec-16	\$137.97	0.43%	149.9963	Dec-16	145	164.75	Dec-16	190.5143	213.38
Jan-17	\$138.59	4.95%		Jan-17	167		Jan-17	187.4845	
Feb-17	\$140.01	1.79%		Feb-17	157		Feb-17	194.6037	
Mar-17	\$145.27	-2.39%		Mar-17	150		Mar-17	180.094	
Apr-17	\$143.76	-1.59%		Apr-17	152		Apr-17	150.3634	
May-17	\$145.44	1.37%		May-17	152		May-17	144.3167	
Jun-17	\$146.33	-0.42%		Jun-17	140		Jun-17	135.2969	
Jul-17	\$148.26	-0.27%		Jul-17	140		Jul-17	137.1862	
Aug-17	\$145.10	-5.72%		Aug-17	133		Aug-17	141.0789	
Sep-17	\$144.70	-0.81%		Sep-17	135		Sep-17	154.7226	
Oct-17	\$139.48	0.90%		Oct-17	129		Oct-17	163.104	
Nov-17	\$135.07	0.05%		Nov-17	136		Nov-17	162.3908	
Dec-17	\$133.14	0.19%	\$142.09	Dec-17	144	144.5833	Dec-17	163.7959	159.5365
\$ 141.97				\$ 140.17		\$ 173.11			

Fuente: Grain Farmers of Ontario

Fuente: Mercado Rosario

Fuente: CEPEA Brazil

En los Hechos Esenciales es la primera vez que la Autoridad utiliza la data de la International Trade Commission y por lo tanto estos comentarios son la primera oportunidad para que las partes interesadas se pronuncien sobre aquella data y su uso como precio de referencia para el maíz estadounidense. Razón por la cual la Autoridad debe considerar el precio interno de esos mismos países proporcionado en el cuadro arriba.

La revisión del precio unitario de las exportaciones de maíz de Argentina, Brasil y Canadá muestra una significativa variación en los costos del maíz en el mercado. Por ejemplo, el maíz exportado desde Argentina a Cuba era US\$40/Tn más barato que el maíz exportado desde Argentina a EE.UU. a pesar de la increíble proximidad entre ambos países destinatarios de la exportación. Esa variación ilustra el punto de que las importaciones de maíz no son comparables y que la metodología del precio de referencia con base en esas importaciones no tiene en cuenta y mucho menos puede controlar otros factores que afectan el precio del maíz. Las exportaciones de maíz canadiense a Ucrania son otro ejemplo excelente sobre este punto. Ucrania, similar a EE.UU., es una potencia regional en producción de maíz. Por lo tanto, las importaciones de maíz en Ucrania cobran una prima por ese nicho del mercado o porque el maíz está siendo consumido en áreas del país donde no hay disponibilidad de maíz fácilmente. Esto también sirve para ilustrar que la metodología de la Autoridad sobre el precio de la referencia es deficiente y no refleja las condiciones de mercado en EE.UU. porque las importaciones llegan a precios más altos, a Estados que no son productores de etanol, para fines distintos como el alimento animal.

Una mejor metodología para el precio de la referencia es que la Autoridad compare los precios internos del maíz en Argentina, Brasil y Canadá con los precios internos de

EE.UU.¹⁶ Utilizar los precios de exportación no reconoce los factores como el mercado externo que afectan los precios del maíz. Como se muestra en el cuadro arriba, el precio promedio del maíz canadiense fue de U\$142/Tn (participación de exportación del 46%), el maíz argentino promedio U\$140/Tn (participación de exportación de EE.UU. del 11%) y el promedio de maíz brasileño fue U\$173/Tn (participación de exportación del 7%). Por lo tanto, el precio de referencia ponderado para la comparación debe ser U\$ 145.26/Tn.

V. Errores en la asignación de productos secundarios al maíz producido en Estados Unidos.

Como lo ha dicho claramente el Órgano de Apelación de la OMC, “de conformidad con el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 las autoridades investigadoras, antes de imponer derechos compensatorios, deben determinar la cuantía precisa de la subvención atribuida a los productos importados objeto de investigación.”¹⁷ Sería imposible que la Autoridad cumpla con esta obligación si asigna todo el supuesto subsidio que ha calculado para el maíz al etanol, siendo que está demostrado con la información aportada en el expediente que la Planta Productora que produjo el etanol importado en Colombia proveniente de EE.UU. produjo etanol, granos destilados y CO₂.¹⁸

Es clarísimo en el mercado de etanol estadounidense que las plantas no producirían etanol a base de maíz sin los productos secundarios de granos destilados. Como quedó demostrado en el caso y reconocido ampliamente en los Hechos Esenciales, los granos destilados son una parte crucial del flujo de ingresos de las plantas de etanol y son

¹⁶ Que para este caso es el precio del maíz de la Planta Productora que obra en el expediente.

¹⁷ Informe Órgano de Apelación *Estados Unidos – Medidas Compensatorias que Afectan a Determinados Productos de Originarios de las Comunidades Europeas*, DS212, par. 139.

¹⁸ Murex, Certificación del auditor fiscal presentada el 6 de agosto de 2019. (Folio 6476).

producidos para atender mercados específicos.¹⁹ El proceso de producción de etanol debe ajustarse de manera que los granos destilados que se obtienen como coproductos satisfagan las necesidades de la demanda de alimentos para animales en todo el mundo. Debido a esto, entendemos que los granos destilados son una consideración igual en el proceso de producción de etanol y no simplemente una idea de último momento o un “subproducto” como alega el Peticionario. Es muy importante hacer esta distinción. El contenido de proteínas y grasas puede variar enormemente según el proceso de producción de los granos destilados. Si los granos destilados fueran subproductos habría más uniformidad y una demanda/uso final estándar como productos. Esta característica de la industria del etanol está reconocida en los Hechos Esenciales.²⁰

La realidad que quedó demostrada en este procedimiento es esta: los productores de etanol estadounidense utilizan el maíz para fabricar al menos tres productos diferentes—etanol, granos destilados, y CO₂. Por lo tanto, la Autoridad debe asignar los supuestos beneficios otorgados a la producción de maíz sobre estos tres productos posteriores. De lo contrario la Autoridad violaría las obligaciones de Colombia ante la OMC.

Ahora bien, para determinar la asignación del supuesto beneficio entre los diferentes productos secundarios, la Autoridad dice que en la respuesta al cuestionario el “Gobierno de Estados Unidos manifiesta que de los 139.5 millones de toneladas de maíz destinados a la producción de etanol, el 31.25% se utiliza para producir otros subproductos, por ejemplo, granos de destilación y no más del restante 68.75% se destina

¹⁹ Hechos Esenciales, págs. 269 – 278.

²⁰ Hechos Esenciales, págs. 303-305.

al etanol.”²¹ Posteriormente cita otra información de distintas páginas web para concluir que si bien hay asignación entre el beneficio que es transferido a la producción de etanol y el beneficio que es transferido a los productos secundarios, “la distribución varía de acuerdo a los intereses de producción de etanol y de productos secundarios.”²² Con fundamento en esta aparente falta de uniformidad en la información sobre asignación entre las múltiples plantas de etanol en EE.UU., la Autoridad concluye que la asignación a aplicar es el tope máximo del 68.75% y no la asignación específica contenida en la información de la Planta Productora de etanol.

No obstante, este caso no se trata del etanol producido en todas las plantas en EE.UU porque tal y como se demostró en la investigación, ese etanol no se puede exportar a Colombia debido a las restricciones colombianas (y de hecho no se exportó a Colombia durante el PDI). Como bien lo establecen los Hechos Esenciales, “la autoridad investigadora reitera que el objeto de la investigación es la determinación de la cuantía del beneficio obtenido por los productores de etanol que *al exportar a Colombia* pueden estar causando daño a la rama de la producción nacional.”²³ Es decir, aquí lo que nos ocupa es el etanol que se puede *exportar a Colombia*.²⁴

Como quedó demostrado en el proceso y como la Autoridad bien conoce, las regulaciones colombianas no permiten la importación de etanol estadounidense proveniente de cualquier planta. Estas restrictivas regulaciones sólo permiten importar el etanol de un mínimo número de plantas que cumplen con los requisitos de dichas

²¹ Hechos Esenciales, pág. 254.

²² Hechos Esenciales, pág. 298.

²³ Hechos Esenciales, pág. 303.

²⁴ Hechos Esenciales, pág. 98.

regulaciones.²⁵ En ese entendido, la única asignación relevante entre el etanol y los productos secundarios es la de la Planta Productora que produjo el etanol exportado por Murex a Colombia durante el PDI. Resulta irrelevante que existan otras plantas que produzcan más o menos volumen de granos destilados, CO₂, y otros coproductos, porque esas plantas no exportaron el etanol a Colombia durante el PDI. No puede el gobierno por un lado limitar el número las plantas de las que se puede importar etanol en Colombia, y por el otro decir que toma todas las plantas en EE.UU. como referencia para su análisis sobre asignación de beneficios.

Por lo tanto, es claro que la Autoridad debe (1) hacer una asignación del supuesto beneficio que efectivamente se trasladó al etanol y los productos secundarios, y (2) debe usar los porcentajes proporcionados en la Auditoría Externa hecha por la Firma KCoe Isom, LLP que muestra la asignación de la Planta Productora del etanol exportado a Colombia.

Finalmente, el cálculo de la asignación en Hechos Esenciales no suman el total de la asignación que la Autoridad propone emplear en el Escenario 1. Sabemos que hay 39.368 bushels en 1 MT (1000 kg) de maíz. Además, sabemos que 1 bushel (25,4 kg) de maíz produce aproximadamente 2,82 galones de etanol. Por lo tanto, una tonelada métrica de maíz (1000 kg) solo produce aproximadamente 313 kg de etanol. ¿Qué propone la Autoridad que le ocurre a los 687 kg restantes de maíz durante el proceso de producción? Por esta matemática, al etanol no puede asignarse más de aproximadamente 1/3 del uso de maíz.

²⁵ Como se mencionó arriba, Murex sólo tiene conocimiento de 3 plantas que cumplen estas restricciones.

Para ilustrar este punto de otra manera, si el monto de los supuestos subsidios a la producción de maíz que calculó la Autoridad es de \$4,759,325,411, y el monto de la producción de maíz en los Estados Unidos es de 371,098,531 toneladas métricas²⁶, entonces, el supuesto subsidio a los productores de maíz por tonelada métrica sería de \$4,759,325,411 dividido por 371,098,531 toneladas métricas, lo que equivale a \$12.82 por tonelada métrica. Multiplicando esta tasa de supuestos subsidios al maíz de \$12.82 por tonelada métrica por las 142,370,123 toneladas métricas de maíz utilizadas para producir etanol y coproductos, la cantidad máxima de supuestos subsidios a la producción de maíz estadounidense que podrían reconocerse al etanol y los coproductos sería \$1,825,891,745.

VI. Comentarios sobre el análisis del Daño en los Hechos Esenciales

El propósito fundamental de un documento de Hechos Esenciales consiste en recoger, procesar y analizar la información proporcionada por las partes interesadas a lo largo del procedimiento, para lo cual la Autoridad está obligada a indagar, contrastar, confirmar y descartar argumentos. Según el Acuerdo SCM, los hechos esenciales servirán “de base para la decisión de aplicar o no medidas definitivas.”

En el caso concreto, se puede verificar que muchos de los argumentos planteados por las Asociaciones no han sido recogidos en los Hechos Esenciales, a pesar de incidir directamente en aspectos fundamentales tales como la propia existencia de un daño en la RPN. Así, por ejemplo, los Hechos Esenciales no abordan o simplemente descartan sin mayor análisis (i) el efecto de los fenómenos climáticos sobre la producción nacional en el

²⁶ Hechos Esenciales, pág. 282.

PDI y la necesidad abiertamente reconocida por el propio Gobierno de permitir las importaciones (ii) la posibilidad de que la regulación específica a las importaciones desnaturalice la calidad de commodity del etanol, limitando tal y como se ha indicado que sólo ciertos productores de EE.UU. puedan vender a Colombia (iii) las diferencias en el proceso de producción del etanol a base de caña y el de maíz (iv) la incidencia del valor de los fletes en la Zona Norte del país y la ventaja competitiva que ello genera para las importaciones de etanol de Estados Unidos (iv) las decisiones comerciales anti técnicas por parte de los productores nacionales de no reducir su precio y aumentar el inventario (v) el costo de oportunidad de producir azúcar en lugar del etanol y el impacto que tiene el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA). Esto resulta violatorio de la obligación de proferir una determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT de 1994 basada en pruebas positivas y basada en un examen objetivo de las mismas según el Artículo 15.1 del ASMC.

Para aplicar un derecho compensatorio, es necesario probar que “las importaciones subvencionadas están causando daño.”²⁷ De acuerdo con el Artículo 15.1 del ASMC, la Autoridad debe hacer un análisis objetivo de pruebas positivas sobre los siguientes factores en su análisis sobre la existencia de daño:

- i. El volumen de las importaciones subsidiadas.
- ii. El efecto de las importaciones subsidiadas en los precios de productos similares en el mercado interno del país importador; y

²⁷ ASMC Artículo 19.1.

- iii. El impacto de las importaciones subsidiadas en los productores domésticos de esos productos.²⁸

A continuación, analizamos los errores en los Hechos Esenciales en cada uno de estos puntos:

(i) Errores en el análisis del volumen de las importaciones supuestamente subsidiadas

Frente al volumen de las importaciones subsidiadas la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador.²⁹

En los Hechos Esenciales la Autoridad encontró un incremento en los volúmenes del etanol estadounidense importado.³⁰ No obstante, ese incremento fue el resultado directo de un cambio en las políticas de importación por parte del Gobierno de Colombia que fue diseñado explícitamente por el propio Gobierno para remediar la escasez interna de etanol.³¹ Es decir, cualquier comparación entre las importaciones al inicio del período de análisis frente a las importaciones al final de dicho período van a mostrar un incremento significativo de las mismas por el simple hecho del cambio de regulación en un período donde no se permitían las importaciones de etanol estadounidense ³² a uno en donde sí se permitió importar etanol precisamente por problemas de abastecimiento durante el PDI.

²⁸ ASMC, Artículo 15.1.

²⁹ ASMC, Artículo 15.2.

³⁰ Hechos Esenciales, pág. 409.

³¹ US Grains Council, Cuestionario Inicial (Folio 3337).

³² Folios 2228 (Informe técnico apertura), Respuesta cuestionario US Grains Council (Folio 3346), Comunicación del 16 de abril de 2019 (Folio 4557), Intervenciones audiencia (Folio 4911), 5338 (Resolución 90454 de 2014), 5340 (Resolución 41053 de 2016).

(ii) Errores en el análisis del efecto de las importaciones supuestamente subsidiadas en los precios de productos similares en el mercado interno del país importador

En lo tocante al efecto de las importaciones supuestamente subsidiadas sobre los precios del producto similar en el mercado colombiano, la Autoridad debe analizar “si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones subvencionadas en comparación con el precio de un producto similar,”³⁴ o “bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa (price depression) o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido (price suppression).”³⁵ El Artículo 15.2 del ASMC señala que ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

Frente a la existencia de una subvaloración de precios es necesario recalcar que esta debe ser “significativa” en virtud del artículo 15.2 del ASMC. En este caso en concreto la Autoridad analizó el precio FOB semestral de las importaciones investigadas y señaló³⁶:

Precio FOB promedio semestral USD/Kg de las importaciones de Etanol clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00 originarias de los Estados Unidos de Norte América						
País de origen	Período de referencia				Período crítico	
	2015- I Sem	2015- II Sem	2016- I Sem	2016- II Sem	2017- I Sem	2017- II Sem
ESTADOS UNIDOS			0,61		0,60	
LOS DEMAS			0,00		0,00	
PONDERADO			0,61		0,60	
					-0,01	-1,48%
					0,00	0,00%
					-0,01	-1,48%

Fuente: Declaraciones de Importación – DIAN

Así las cosas, para la Autoridad, la diferencia relativa entre el período de la referencia y el período crítico es una disminución del 1.48%. En este sentido, la supuesta

³⁴ ASMC, Artículo 15.2.

³⁵ Ídem.

³⁶ Hechos Esenciales, Pág 412.

subvaloración sería del 1.48%, lo cual no representa un monto **significativo**. Por lo cual no debería ser una subvaloración a la luz del ASMC y no debería preocupar a la Autoridad.

Adicionalmente, la importaciones supuestamente subsidiadas, no han tenido como efecto ni una depresión ni una supresión de precios de la RPN. Lo anterior por cuanto, no hay evidencia alguna de que las importaciones de Estados Unidos tuvieran un impacto en los precios cobrados por la industria nacional durante el período de investigación.

En cuanto al precio real implícito, la Autoridad señaló:

El precio real implícito por kilogramo de la rama de producción nacional representativa de alcohol carburante (etanol) presentó una tendencia creciente durante todo el período analizado (...) estos resultados muestran un desempeño real implícito durante el periodo analizado y en especial en el período crítico o de la subvención. Del análisis anterior se concluye que no existe daño en el comportamiento de la variable³⁷.

El precio de venta de etanol por parte de la RPN, (variable regulada por el Ministerio de Minas y Energía a través de las Resoluciones que establecen el Ingreso al Productor del Alcohol Carburante y del Biocombustible³⁸) *aumentó* durante el periodo de investigación y período crítico, por lo cual es necesario revisar la información aportada por el peticionario prestando especial atención al comportamiento de este precio durante el periodo crítico, esto es del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017.

En los Hechos Esenciales, la autoridad destacó la siguiente afirmación de Asocaña:

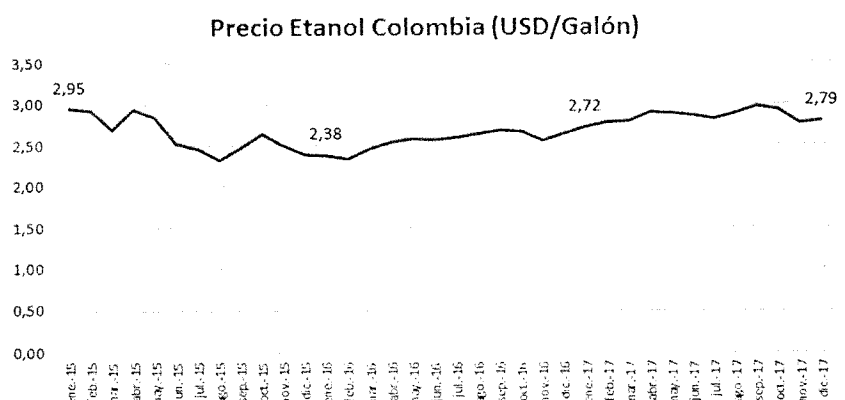
Según Asocaña, basada en las resoluciones expedidas por el Ministerio de Minas y energía el precio promedio de venta de etanol en el mercado interno, expresado en USD/Galón, entre 2015 y 2017 presentó comportamiento

³⁷ Hechos Esenciales Pág 426-427.

³⁸ Folios 2718-2779 del expediente público.

decreciente (USD 2,64/Galón en 2015), (USD 2,55/Galón en 2016), (USD 2,84/Galón en 2017)³⁹.

Sin embargo, la información proporcionada por el Peticionario demuestra que el precio no decreció. En la gráfica, precios etanol en Colombia (U\$/Galón) se evidencia una reducción del precio entre enero 2015 y febrero 2016, pero entre febrero, 2016 a diciembre 2017 su precio aumenta un 15%, correspondiente al periodo crítico:



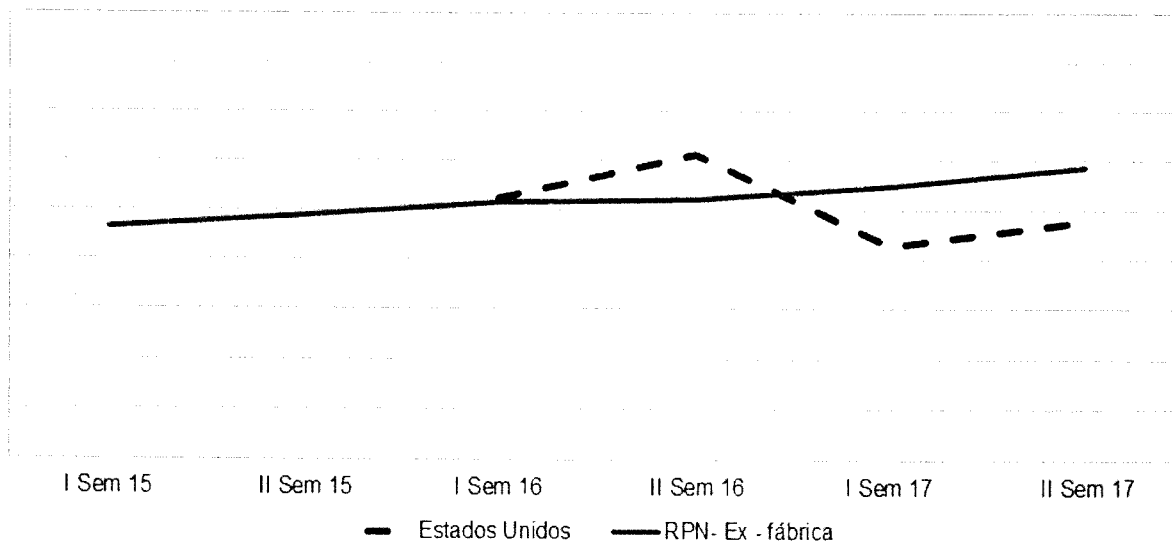
Fuente: Hechos Esenciales, pág. 404, citando a Asocaña.

Así las cosas, los Hechos Esenciales no proporcionan ningún hallazgo con respecto a que hubo un impacto en los precios obtenidos por los productores nacionales causados por la supuesta subvaloración de etanol importado de EE.UU. Por el contrario, el análisis que compara el supuesto precio de las importaciones con el precio nacional tomando como base la información proporcionada por el Peticionario demuestra que el precio doméstico del etanol no se vio afectado por las importaciones de etanol estadounidense:⁴⁰

³⁹ Hechos Esenciales, Pág. 404.

⁴⁰ Hechos Esenciales, pág. 413.

Precio de venta del producto importado frente al nacional (\$COP/kilo)



Fuente: INCAUCA S.A.S, MANUELITA S.A., MAYAGUEZ S.A., PROVIDENCIA S.A. y RISARALDA S.A., Respuesta a cuestionarios.

En los casos en que existe subvaloración es posible que el margen entre los precios de importación y domésticos sea debido a “non-price factors” caso en el cual no existe un daño causado por las importaciones.

Entre estos factores, no relacionados con el precio, el peticionario ha argumentado que la Regulación del Ministerio de Minas y Energía fija un ingreso máximo que constituye un “CAP” para el precio del etanol. Bajo este razonamiento, las empresas de la RPN tomaron una decisión comercial de seguir vendiendo al máximo precio autorizado y no a precios de mercado. El aumento de la oferta en un mercado por regla general genera una disminución en los precios, aún en el evento en el que la nueva oferta no se encuentre supuestamente subsidiada. El *aumento* del precio del etanol vendido por la RPN, ante un incremento en la oferta por concepto de importaciones que antes no eran permitidas, redunda en una decisión de negocios anti técnica cuyo efecto fue la generación de un supuesto daño en otras variables de la ecuación.

Adicionalmente, como se explicó en la Audiencia y en nuestros Alegatos de Conclusión, entre los factores no atribuibles al precio se encuentra (i) la alta regulación a la cual está sometida la producción nacional (ii) el impacto de los fenómenos climáticos en la producción comercial (iii) los costos de flete en la zona Norte del país (iv) las decisiones comerciales de la RPN (v) las barreras de entrada al mercado de producción de etanol y; (vi) la presencia de un déficit que debió ser cubierto por la producción. En este sentido, frente al daño en el precio real la misma autoridad determinó no encontrar daño en el precio real de la RPN⁴¹, existiendo un rendimiento del 8,16%.

(iii) Errores en el análisis del impacto de las importaciones supuestamente subsidiadas en los productores domésticos de etanol

Frente al impacto de importaciones supuestamente subsidiadas en los productores domésticos, el propio ASMC señala la necesidad de revisar otros factores. Puntualmente el artículo 15.4 del ASMC señala:

El examen de la repercusión de las importaciones subvencionadas sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de la producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión y, en el caso de la agricultura, si ha habido un aumento del costo de los programas de ayuda del gobierno. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

⁴¹ Hechos Esenciales, pág. 416.

Es preciso que la Autoridad evalúe todos los factores y en los casos en que la Autoridad no tenga la información suficiente para evaluar la relevancia de otros factores, deberá investigar a fondo los otros factores con el fin de cumplir sus obligaciones en lo que respecta a factores relevantes.

Volumen de Ventas Nacionales

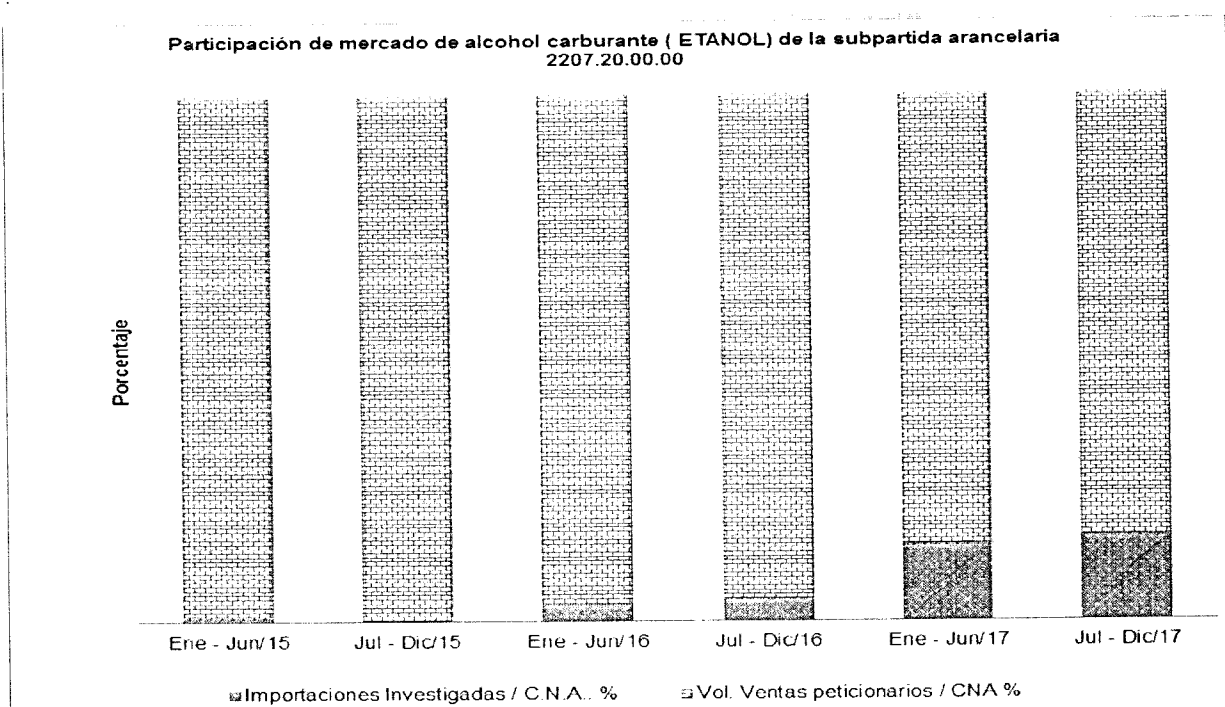
La Autoridad ha señalado que existe un daño en el Volumen de Ventas Nacional conforme a que existió un descenso relativo de 25,52% entre el primer semestre del 2015 y segundo semestre del 2017.⁴² Sin embargo, la Autoridad ignora que esto es atribuible a la incapacidad de los productores para satisfacer la demanda durante el periodo investigado. Lo contrario ocurrió durante el año 2015, en donde la producción nacional estuvo cerca a cubrir el déficit en el primer semestre y logró cubrirlo en el segundo semestre. Conforme a lo anterior, resulta evidente que en los casos en que la producción nacional no alcanza a cubrir el déficit el volumen de las ventas nacionales es bajo, lo que precisamente llevó al Gobierno a permitir que se autorizase la importación de etanol con independencia de su origen.

Adicionalmente, durante el periodo crítico se evidencia un incremento del 16,5% entre el primer semestre de 2017 y el segundo semestre de este mismo año, conforme a lo cual se evidencia que la tendencia no fue decreciente. Si las importaciones hubiesen generado un daño a lo largo del año no debería haberse presentado el incremento en el volumen de ventas nacionales en el segundo semestre. Sin embargo, la Autoridad omite el análisis de esta variable, sin explicar la relación entre este incremento y las importaciones supuestamente subsidiadas.

⁴² Hechos Esenciales, pág. 417.

Participación en el mercado

La autoridad no evaluó conjuntamente la totalidad de argumentos presentados por las partes interesadas en el documento de Hechos Esenciales. La Autoridad determinó que: *“El mercado colombiano de alcohol carburante - etanol se ha caracterizado por una mayor participación de las ventas de los productores nacionales,”*⁴³ sin aclarar que esto se debe a que existió una prohibición de importar etanol a Colombia durante la gran mayoría del período de análisis. Esto generó que la participación de la RPN en el mercado nacional de etanol fuera absoluto en el año 2015 y mayoritario durante el resto del periodo de análisis:



Fuente: INCAUCA S.A.S, MANUELITA S.A., MAYAGUEZ S.A., PROVIDENCIA S.A. y RISARALDA S.A, declaraciones de importación – DIAN

Existiría una protección desmesurada por parte de la Autoridad si esta acepta el argumento de que la disminución del porcentaje de participación de participación en el mercado de 100% a 85% resulta en daño *significativo* para la RPN.⁴⁴

⁴³ Hechos Esenciales, pág. 410.

⁴⁴ Hechos Esenciales Pág. 411.

Inventarios de la RPN

La Autoridad consideró que el Volumen de Inventario Final Terminado se atribuyó al aumento a en virtud de la normalización de la producción que coincidió con la derogatoria de la Resolución 904554 de 2014 que había permitido importaciones de etanol en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional, por efecto de las lluvias que afectaron la producción de etanol durante los primeros meses de 2017. Sin embargo, en el expediente no existe ninguna explicación que pueda indicar el motivo por el cual, ante el aumento del inventario,⁴⁵ la RPN decidió seguir manteniendo los precios en el máximo permitido.

Si el aumento de inventarios hubiese representado un daño significativo para la RPN la conducta para mitigarlo debió haber sido bajar los precios a precios de mercado. No obstante lo anterior, la Autoridad pasa por alto dicho análisis, eligiendo atribuirlo a las importaciones supuestamente subsidiadas.

Ventas de la RPN

Adicionalmente, el etanol vendido por parte de la RPN no representó más del 15% de los ingresos por ventas de la RPN durante el período de investigación.⁴⁶ Eso quiere decir que una presunta disminución de las ventas del etanol no tendrían la relevancia suficiente en las finanzas de la RPN como para generar un daño importante. Sin embargo, la Autoridad no se refirió a esto ni entró a analizar la materialidad de la información

⁴⁵ Hechos Esenciales, pág. 419: ““durante el período crítico, primer y segundo semestre de 2017 se presenta acumulación de inventario equivalente a 170,51% y 34,50% respectivamente, al compararlo con el semestre inmediatamente anterior.”

⁴⁶ Informe Técnico Preliminar, Pág. 148 “*Composición de los Ingresos por Ventas Consolidado Rama de Producción Nacional- INCAUCA, Manuelita, Mayaguez S.A, Providencia y Risaralda, Alcohol Carburante-Etanol (Miles de Pesos)*” (Folio 2225).

presentada por parte de la RPN aun cuando las partes interesadas insistimos en este importante punto.⁴⁷

Márgenes de Utilidad Bruta y de Utilidad Operacional

En el marco del proceso se ha logrado demostrar que existen indicadores que no han presentado daño. Puntualmente, la RPN durante el periodo crítico logró aumentar sus márgenes de utilidad bruta y de utilidad operacional, obteniendo ganancias por 0,31% y 0,26% respectivamente⁴⁸. En un mercado competitivo, la RPN habría tenido que bajar sus precios para poder competir en el mercado, sin embargo, por una decisión comercial, incentivada por la protección y alta regulación la RPN no bajó los precios con el fin de obtener una rentabilidad como se ha acotado anteriormente. Esta ausencia de daño debe ser tomada en cuenta por la Autoridad, la cual debe indagar las verdaderas razones por las cuales el margen de utilidad no fue alterado durante el periodo crítico.

VII. Comentarios sobre el análisis del nexo causal en los Hechos Esenciales

Para la aplicación de medidas compensatorias a la luz del ASMC se hace necesario probar la existencia de un nexo causal entre las supuestas importaciones subvencionadas y el daño. Esto se encuentra consagrado en el Artículo 15 del ASMC en los siguientes términos:

15.5 Habrá de demostrarse que, por los efectos de las subvenciones, las importaciones subvencionadas causan daño en el sentido del presente Acuerdo. La demostración de una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades.

⁴⁷ Murex, Alegatos de Conclusión (Folio 7787).

⁴⁸ Hechos Esenciales, Pág. 248.

Éstas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones subvencionadas, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones subvencionadas (...)

Teniendo en cuenta el contenido de este artículo es necesario que la Autoridad (i) establezca una relación de causalidad entre el daño y las importaciones subvencionadas; y (ii) la Autoridad debe evaluar otros factores que puedan generar el daño.

Esta norma implica que la Autoridad sólo puede analizar las importaciones de etanol estadounidense durante el periodo de análisis. Estas importaciones son las que Murex exportó a Colombia, dado que Murex vendió más del 99% del etanol que fue exportado desde Estados Unidos e Importado a Colombia durante el periodo de investigación.

De conformidad con el artículo 15.5 del ASMC, es necesario revisar todos los factores que puedan generar un daño, entre los cuales se incluye una lista ilustrativa de los factores a considerar:

- *El volumen y los precios de las importaciones no subvencionadas del producto en cuestión.*
- *La contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo.*
- *Las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros.*
- *La evolución de la tecnología.*
- *Los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional.*

Esta lista es ilustrativa, por lo cual deben tenerse en cuenta todos los factores que puedan incidir en la causación del supuesto daño. En este caso, se ha argumentado y presentado material probatorio para demostrar la existencia de factores externos que generan el supuesto daño a la RPN que comentamos a continuación.

La Autoridad no tuvo en cuenta el impacto de los efectos climáticos que afectó la producción del etanol por parte de la RPN (que fue incapaz de suplir la demanda) y que generó que el mismo gobierno abriera el mercado de importación de etanol, no puede ser tomado como “un déficit coyuntural por un efecto climático” que no afecta el nexo de causalidad, tal como concluyó la autoridad. Esto implica que la Autoridad no analizó correctamente las pruebas aportadas a la investigación que genera un grave perjuicio para las conclusiones del proceso.

Sin embargo, se tiene conocimiento que durante los primeros meses de 2017, por el efecto de las fuertes lluvias se vio afectada la producción de alcohol carburante (etanol) en Colombia, situación que activó el mecanismo establecido en la Resolución 90454 de 2014, que permitió las importaciones de etanol en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional y cumplir con las exigencias de mezcla etanol y gasolina establecida por el gobierno nacional.⁴⁹

Las importaciones no fueron las que generaron el déficit ni el daño, por el contrario, son una consecuencia del mismo déficit por las siguientes razones: El volumen de producción durante el primer semestre del 2017 decreció asociado a reducción en la producción doméstica por cuenta del fenómeno del Niño, que no solo fue expuesto anteriormente por parte de nuestra defensa, sino que fue corroborada por el Ministerio de Minas y Energía activando la Resolución 90454 de 2014, tal como lo indica Asocaña en su informe anual 2017-2018:

La producción de Bioetanol tuvo una contracción del 15,6%, evidenciando las dificultades que este importante reglón productivo experimentó en 2017: durante los primeros meses del año, las fuertes lluvias afectaron la producción, activando el mecanismo establecido en la Resolución 90454 de

⁴⁹ Hechos Esenciales, pág. 450.

2014, que permitió las importaciones de etanol sólo en un nivel suficiente para balancear la oferta en el mercado nacional.⁵⁰

El factor climático resultó en un déficit que se ve evidenciado en la disminución del volumen de ventas. La disminución en el volumen de ventas fue lo que generó la presunta disminución en (i) la productividad (ii) el uso de capacidad instalada (iii) los salarios mensuales y el empleo directo. Es fundamental advertir que en los tres primeros factores mencionados, se evidencia una caída en el primer semestre de 2017, pero una recuperación en el segundo semestre del mismo año, lo cual no es investigado a fondo por la Autoridad.

Fue esta misma disminución en el volumen de ventas, por falta de capacidad de atender la demanda, que fue necesario remover la barrera de entrada al mercado para que ingresaran importaciones de etanol. El aumento en las importaciones durante el primer semestre del año 2017 atendía una necesidad de cumplir con el mandato de la mezcla que en repetidas ocasiones fue suspendida por parte del MME debido a los bajos niveles de producción doméstica. Esto implicó un aumento en la competencia, sin embargo:

Es importante destacar que el daño a una rama de producción nacional no puede ser equiparado a una distorsión en la competencia. El daño a los competidores no es lo mismo que el daño a la competencia. Es inherente al proceso competitivo que unas empresas prosperen y otras no. Los competidores nacionales pueden sufrir un daño por las importaciones competidoras sin que ello implique necesariamente que cualquier distorsión en el normal proceso de Competencia haya sido causado por la subvención de otro Miembro. Por ello es necesario que exista un nexo causal entre el daño y la subvención para que sea recurrible. (Gustavo E. Luengo, p206.).

El aumento en la oferta (incluso ante la ausencia de subsidios) debió haber generado una baja en los precios, pero por una decisión comercial, la RPN mantuvo los

⁵⁰ Párrafo extraído en el documento Aspectos Generales del Sector Agroindustrial de la Caña 2017-2018, pagina 29. <https://www.asocana.org/modules/documentos/3/358.aspx>

precios similares al CAP, tomando así una decisión antitécnica que terminó por agravar la situación. Es tan clara la alta regulación del mercado nacional del etanol, que la misma Autoridad determinó no encontrar daño en el precio real de la RPN, existiendo un rendimiento del 8,16%.

Adicionalmente, en los Hechos Esenciales la Autoridad reconoció que en las respuestas a los cuestionarios Terpel había manifestado que “Es importante poner de presente que para la zona norte del país, el precio del flete se disminuyó en más del 90% entre 2017 y 2018 de forma que resulta más conveniente y competitivo para la Compañía adquirir etanol importado”⁵¹. Sin embargo, la Autoridad no analizó nuestros argumentos sobre el impacto del costo de transporte en los Hechos Esenciales como un factor externo. Como lo argumentamos en su momento, el paro de camioneros generó varios bloqueos durante el período de análisis en diferentes carreteras del país, lo cual impidió el transporte normal del etanol, y no permitió que le RPN pudiera abastecer diferentes regiones del país⁵². Asimismo, los altos costos de transporte tuvieron un impacto directo en la distribución del producto nacional. Esto afectó el etanol vendido por la RPN a empresas que se ubicaban en diferentes departamentos del país, y que el flete era muy alto. Así, la Autoridad debe analizar estos factores en su decisión final.

Es necesario llamar la atención de la Autoridad sobre la tendencia que se encuentra en el uso de capacidad instalada, salarios mensuales y productividad de decrecer⁵³ en el primer periodo de 2017 e iniciar una recuperación en el segundo periodo de 2017. Llama la atención que esta recuperación se presenta justo en el periodo en que las importaciones

⁵¹ Hechos Esenciales, pág. 45.

⁵² Informe Económico ACP (Folio 4604).

⁵³ Hechos Esenciales; pág 415 y sig.

Bogotá, D.C., 02 de marzo de 2020

Doctora,
Eloisa Fernandez de Deluque
Subdirección de Prácticas Comerciales
MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO
Calle 28 No. 13 A - 15
Ciudad



MincIT

1-2020-004858 ANE:30 FOL:2
2020-03-02 04:17:57 PM
TRA: CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
SUBDIRECCIÓN DE PRÁCTICAS CO
MERCIALES

REFERENCIA Comentarios a los Hechos Esenciales para consideración de la Autoridad y del Comité de Prácticas Comerciales.

EXPEDIENTE SB- 249-01-01.

VERSIÓN PÚBLICA

Respetada doctora Eloísa:

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.984.338 de la ciudad mencionada y Tarjeta Profesional No. 138.153 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial **MUREX LLC** ("MUREX"), tal como consta en el poder que se encuentra en el expediente público citado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.8 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("**ASMC**"), así como lo dispuesto en el Decreto 299 de 1995 y en la Resolución 85 de 2019 expedida por la Dirección de Comercio Exterior, oportunamente procedo a presentar la respuesta al documento de Hechos Esenciales, recibido el 3 de febrero de 2020, en el marco de la investigación por supuestas subvenciones a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos de América para consideración de su despacho y del Comité de Prácticas Comerciales.

La presente respuesta se radica de manera oportuna en el término legal de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación, es decir antes del **2 de marzo de 2020**.

Solicitamos respetuosamente a la Subdirección de Prácticas Comerciales que proporcione tratamiento confidencial a la información enmarcada en corchetes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 299 de 1995 y 12.4 del ASMC. Particularmente, en los términos de artículo 43 del Decreto 299 de 1995, solicitamos que si la Autoridad llega a considerar que los documentos aportados como confidenciales no revisten este carácter, proceda a solicitar nuestra autorización expresa para el levantamiento de dicha reserva confidencial o que presentemos la manifestación de

las razones por las cuales nos abstenemos de hacerlo. Recordamos que de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, tienen carácter de reservado la información y los documentos expresamente sometidos a reserva por la constitución y la ley, en especial, (i) los datos referentes a la información financiera y comercial; y (ii) los protegidos por secreto comercial o industrial.

Las notificaciones relacionadas con la investigación de la referencia las recibiré en la Carrera 7 No. 71-52 Torre A, Oficina 706, de la ciudad de Bogotá D.C.

De la Señora Subdirectora de Prácticas Comerciales, atentamente,


Juan David Barbosa Mariño

C.G. 79.984.338 de Bogotá, D.C.

Comentarios a los Hechos Esenciales
Murex LLC

1. Introducción

Estando dentro del plazo otorgado por la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (la “Autoridad”) presentamos nuestros comentarios a los Hechos Esenciales que fueron analizados en la Sesión 135 del 28 de enero de 2020 por el Comité de Prácticas Comerciales en la presente investigación por supuestos subsidios al etanol (alcohol carburante) originario de EE.UU. Específicamente estos comentarios tratan sobre el análisis y conclusiones de la Autoridad sobre la información proporcionada por parte de Murex LLC (“Murex”) durante el proceso. Esto sin perjuicio, que Murex adopta por referencia los comentarios de las asociaciones U.S. Grains Council, Growth Energy, y la Renewable Fuels Association sobre el precio de la referencia, el daño y nexo causal en los Hechos Esenciales.

Murex participó activamente en esta investigación desde la propia respuesta al cuestionario, respondiendo a todos los requerimientos de información por parte de la Autoridad, no sólo proporcionando su propia data, sino también coordinando con la planta productora de etanol [] que produjo el etanol (la “Planta Productora”) que Murex exportó a Colombia durante el período de investigación (“PDI”), y que por solicitud de Murex proporcionó su información confidencial. Es así como la Autoridad tiene en el expediente la información completa desde las compras de la materia prima del maíz de la planta de etanol,¹ las ventas del etanol a Murex,² la información de los co-productos o productos secundarios producidos en la planta,³ y la venta de ese etanol por Murex a sus clientes en Colombia.⁴ La Autoridad debe utilizar la información proporcionada por Murex en su análisis para la determinación final en el presente caso

¹ Murex, Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019, Anexo 4 y 7.

² Murex, Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019, Anexo 1, Anexo 2, Anexo 5, así como Anexo 1 Respuesta al cuestionario Inicial.

³ Murex, Certificación del auditor fiscal presentada el 6 de agosto de 2019. (Folio 6476)

⁴ Murex, Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019, Anexo 3 y 6.

como se detalla en nuestros comentarios a continuación, así como presentar los mismos al Comité de Prácticas Comerciales para su consideración.

Adicionalmente, y contrario a lo establecido en los Hechos Esenciales, la Autoridad debe calcular un margen individual para Murex, consistente con lo que es su práctica en sus casos antidumping y las reglas de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). Esto teniendo en cuenta además que la Autoridad solicitó esta información en el cuestionario que publicó y que fue objeto de respuesta por parte de Murex, precisamente con el objetivo de permitir calcular un margen individual.

2. La Autoridad debe utilizar la información de la Planta Productora que produjo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el período de investigación

La Autoridad debe utilizar la información de la Planta Productora que produjo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el PDI. Como lo argumentamos en la audiencia y en nuestros alegatos de conclusión, la normativa colombiana⁵ y la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC⁶ establecen claramente que las autoridades investigadoras tienen la obligación de evaluar la evidencia en el expediente y decidir sobre la mejor información disponible.

La Autoridad no puede ignorar la información proporcionada e incluso certificada por el revisor fiscal de []. Esta información incluye data crítica en esta investigación como lo son las compras de maíz, las ventas de etanol, la asignación de productos secundarios como los granos destilados y el CO₂, el uso de programas

⁵ Ver Alegatos de Conclusión de Las Asociaciones presentados ante la Autoridad el 12 de septiembre de 2019. "El Artículo 28 del Decreto 299/1995 establece que "todas las decisiones en el curso de la investigación, se tomarán de acuerdo a la mejor información disponible." En ese sentido, el Artículo 2 del mismo Decreto establece que "se entiende por mejor información disponible aquella oportuna y adecuadamente allegada a la investigación, de oficio o por parte interesada, susceptible de ser verificada."

⁶ Informe del Órgano de Apelación del OMC, *Estados Unidos - Investigación De La Comisión De Comercio Internacional Respecto De La Madera Blanda Procedente Del Canadá*, AB-2006-01, Pág. 97

investigados, entre otros.⁷ No existe razón alguna para que la Autoridad ignore esta información.

Los Hechos Esenciales parecen confundir la importancia de la información de la Planta Productora con la discusión sobre el margen individual de Murex. Son dos cosas distintas. Por un lado, la Autoridad debe utilizar la mejor información disponible, que es la información de [], y por otro, la Autoridad debe calcular un margen individual para Murex, como lo desarrollamos en la Sección 3 más adelante.

De hecho, la Autoridad sí emplea la información de la Planta Productora en algunos puntos de su análisis en los Hechos Esenciales, pero en otros la descarta por considerar que únicamente representa la información aportada por una de las plantas de etanol en EE.UU.⁸ Por ejemplo, la Autoridad utiliza parcialmente la información de la Planta Productora en su análisis sobre el precio interno del maíz estadounidense⁹, pero la ignora en su análisis sobre la asignación del supuesto subsidio entre el etanol y los productos secundarios.¹⁰ Desarrollamos cada uno de estos puntos más adelante.

Conforme a las reglas de la sana crítica, la Autoridad debe descartar la información aportada por el Peticionario referente a información financiera incompleta de otras plantas de etanol que no exportaron etanol a Colombia durante el PDI, y que ni siquiera pudieron haberlo exportado, puesto que no logran cumplir los estándares de calidad exigidos por Colombia. Es decir que lo que ocurra con esa y las demás plantas de etanol es EE.UU. es irrelevante para el análisis que tiene que hacer la Autoridad en este caso. Expresamente, Murex indicó que [

].¹¹

⁷ Certificación del auditor fiscal presentada el 6 de agosto de 2019. (Folio 6473)

⁸ Hechos Esenciales, página 117. Expresamente indica la Autoridad que “se encuentra información de un productor estadounidense allegada por la compañía Murex LLC.”

⁹ Hechos Esenciales, página 268.

¹⁰ “Descartó esta información toda vez que se refiere a una sola planta de producción de etanol con particularidades que no se observan en otras plantas de producción.” Hechos Esenciales, pág. 278—279.

¹¹ Murex, Respuesta inicial a los Cuestionarios, Folio 2797.

Por esto, la información aportada por Murex es esencial para poder imponer un derecho compensatorio que no exceda la subvención. Si la Autoridad tenía dudas frente a la información aportada, en lugar de descartarla, debe emplear sus facultades para esclarecerla, incluyendo la posibilidad de una visita de verificación, tal y como el propio Decreto 299 de 1995¹² y el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias ("ASMC") lo establecen.

El artículo 12.7 del ASMC plantea la doctrina de la "mejor información disponible" en los siguientes términos:

En los casos en que un Miembro interesado o una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento.

Por su parte, el Decreto 299 de 1995 adoptó el criterio de mejor información disponible así:

Se entiende por mejor información disponible aquella oportuna y adecuadamente allegada a la investigación, de oficio o por parte interesada, susceptible de ser verificada.

Este estándar tiene el fundamento en que la Autoridad no tiene poder para hacer que un gobierno o compañía extranjeros entreguen información que la Autoridad considere importante para la investigación. En ese sentido, la posibilidad de que la Autoridad tome una interpretación adversa cuando no hay colaboración, incentiva a que las partes interesadas colaboren proporcionando pruebas en la investigación.

En el caso México-Medidas Anti-dumping definitivas sobre la Carne de Bovino y el Arroz, Estados Unidos apeló la imposición por parte México de derechos antidumping definitivos sobre las importaciones de arroz blanco grano largo originarias de los Estados

¹² Artículo 28. Adopción de decisiones. Todas las decisiones en el curso de la investigación, se tomarán con base en la mejor información disponible. Cuando para la verificación de la información oportuna y adecuadamente allegada a la investigación, el Incomex requiera la participación del peticionario o de la parte interesada, deberá ponerla previamente en su conocimiento. Si éstos no permiten realizar la verificación se tendrá por cierta la información, salvo que existan elementos de convicción en contrario.

Unidos, así como algunas disposiciones de la ley de México relativas a los procedimientos sobre derechos antidumping y derechos compensatorio. En ese caso el Órgano de Apelación indicó:

En la medida de lo posible, una autoridad investigadora que utilice los "hechos de que tenga conocimiento" en una investigación en materia de derechos compensatorios ha de tener en cuenta todos los hechos demostrados facilitados por una parte interesada, aun cuando no constituyan la información completa solicitada a esa parte. En segundo lugar, los "hechos de que tenga conocimiento" el organismo están limitados por regla general a los que puedan reemplazar razonablemente la información que una parte interesada no facilitó. En determinadas circunstancias esto puede incluir información procedente de fuentes secundarias. (par. 294)

Así las cosas, a la luz del criterio de mejor información disponible, la Autoridad debe tener en cuenta la información aportada por las partes. Adicionalmente, la legislación colombiana, le permite tanto a la Autoridad Investigadora como al Comité de Prácticas Comerciales solicitar pruebas de oficio si las considera necesarias, y realizar visitas de verificación para verificar la información aportada.¹³

A continuación proporcionamos nuestros comentarios sobre los puntos específicos de la información de Murex en los Hechos Esenciales:

2.1. Carga probatoria y pruebas necesarias conducentes

La Autoridad indica que en algunas ocasiones *"las partes interesadas no han cumplido a cabalidad con los deberes que les correspondía como consecuencia de la carga procesal de la que fueron destinatarios ... A su vez, en el desarrollo de la investigación fueron*

¹³ Artículo 42 (...) Dentro de dicho término y cuando se considere conveniente, el Incomex podrá pedir y allegar pruebas e informaciones de oficio o a petición de cualquier persona que demuestre interés en la investigación. Decreto 299 de 1995. De igual forma, el Decreto Antidumping en el artículo 31 indica que las "pruebas útiles, necesarias y eficaces" pueden ser decretadas de oficio hasta la recomendación final. Esto ya se ha realizado en otras investigaciones en materia antidumping tales como el D-211-01-87, donde mediante Auto del 4 de septiembre de 2017, la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, decretó la práctica de una prueba consistente en una visita a la sociedad TINTAS S.A.S. programada para el 8 de septiembre de 2017, o el Expediente D-087-03/573-02/023-01-95 donde el Comité de Prácticas Comerciales realizó la solicitud de práctica de *visitas in situ* a las empresas interesadas de conformidad con el segundo inciso del artículo 37 del Decreto 1750 de 2017, antes de la recomendación final.

solicitadas las pruebas a las partes que se encontraban en mejores condiciones de probar los hechos controvertidos."¹⁴ Por lo tanto, la Autoridad concluye que:

En mérito de lo expuesto, la Autoridad Investigadora considera que deberán ser negadas las solicitudes sin un sustento probatorio pertinente, conducente y necesario, toda vez que la carga de la prueba incumbe a la parte interesada que busca probar un hecho, con el fin de obtener un efecto jurídico favorable a sus intereses, so pena de asumir los efectos negativos de su omisión.¹⁵

Murex proporcionó toda la información solicitada por la Autoridad en los cuestionarios y explicó el detalle de la información proporcionada. Si la Autoridad tenía dudas acerca de algunos de los documentos presentados es su deber como ente investigador pedir aclaraciones y verificar la información, y debe hacerlo antes de la decisión final.

La Autoridad tiene la facultad de verificar la información aportada, decretando pruebas de oficio, a lo cual Murex siempre ha estado dispuesto a colaborar,¹⁶ incluso poniéndose a disposición de la Autoridad para que se realicen visitas, al igual que ocurrió con el Peticionario.¹⁷

Los Hechos Esenciales son la primera vez que Murex se entera de las aparentes dudas de la Autoridad sobre algunos de los documentos presentados. Por lo tanto Murex proporciona en estos comentarios las explicaciones sobre esas dudas, y reitera su

¹⁴ Hechos Esenciales, pág. 137

¹⁵ Hechos Esenciales, pág. 137

¹⁶ Ver por ejemplo correo enviado a Eloisa Fernandez y Luciano Chaparro el 10 de julio de 2019 a las 12:24 pm, que indica expresamente lo siguiente "Respetados Dra. Eloisa y Dr. Luciano,

De conformidad con lo señalado en la audiencia y según la reunión sostenida con el Dr. Luciano y otros funcionarios de la Subdirección de Prácticas Comerciales al día siguiente de la misma, y que tuvo como objetivo revisar la información confidencial aportada en el cuestionario de exportadores o productores presentado por Murex, adjuntamos la comunicación ya radicada en el expediente en versión pública y confidencial que permite establecer el cálculo de margen individual a partir de la información que reposa en el expediente confidencial.

Tal y como lo manifestamos, tanto en la Audiencia como en la reunión, estamos atentos a responder cualquier inquietud o requerimiento, sea dentro del periodo probatorio o posteriormente."(Negrillas son nuestras)

¹⁷ Hechos Esenciales, pág. 394: "es importante aclarar que como resultado de las visitas adelantadas a los ingenios Manuelita, Incauca y Providencia durante los días 8 a 12 de julio t 15 a 17 de julio de 2019, para la presente etapa de la investigación, se cuenta con cifras económicas y financieras debidamente verificadas."

disposición para que la Autoridad realice una visita de verificación y así mismo coordinaría con la Planta Productora para la verificación en sus instalaciones.

2.2. Determinación del precio de exportación

Murex aportó la totalidad de los contratos de venta de etanol para el año 2017 y las facturas asociadas con esos contratos de exportación a Colombia en el Anexo 3 de la respuesta al cuestionario suplementario.¹⁸ Esos documentos incluyen la totalidad de los precios a los cuales fue vendido el etanol y representan el [] de todos los envíos de Estados Unidos a Colombia en 2017.¹⁹

La Autoridad indica que en la información proporcionada por Murex sobre las ventas de etanol faltaban dos facturas (*“las facturas S201526 de fecha 29 noviembre de 2017 y S201844 de fecha 6 de diciembre de 2017.”*²⁰). En su tarea de evaluar la mejor información de disponible y de conformidad con su competencia de solicitar información de oficio, y habiendo advertido que estas facturas no fueron proporcionadas, la Autoridad debió haber advertido a Murex de esta situación si consideraba que esas dos facturas eran necesarias, para que en el ejercicio del derecho de defensa este pudiera proceder a proporcionarlas. No obstante, la Autoridad tiene el listado completo de todas las ventas de etanol de Murex en el Anexo 6, que además ha podido validar con las facturas entregadas.

En materia del criterio de la mejor información disponible la Autoridad no tiene carta libre para descartar la información cuando faltan algunos documentos de soporte, sino que mientras que se encuentre en su poder, debe hacer las gestiones necesarias para completar la información y tener en cuenta aquella aportada. En este caso la Autoridad tiene la información completa de las transacciones de Murex y las copias de las facturas se proporcionan en soporte de esa información.

Adicionalmente, la Autoridad menciona que en el listado de las transacciones “se encontró que las negociaciones de las facturas se hicieron en términos DAP, pero no

¹⁸ Murex, Respuesta a la Solicitud de Información, Anexo 3 (Folio 6890).

¹⁹ Murex, Respuesta a lo cuestionario inicial, página 5 y Anexos 3 y 6 (Folio 6895).

²⁰ Hechos Esenciales, pág. 387.

desarrollaron en la metodología los ajustes, como por ejemplo, el valor de los fletes, seguros, etc., que se encuentran en dicho valor DAP.”²¹

DAP (“Delivered At Place”) es un término bajo las reglas de los Términos de Comercio Internacional (“Incoterms”) que significa que el vendedor asume todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro hasta que la mercancía se despacha en la terminal definida. Es esencialmente lo mismo que CIF pero aplica para más modalidades de transporte. En los documentos del Anexo 2 del cuestionario suplementario²² aparece definido en los contratos que “[

” Más adelante en los contratos se especifica “[

”

Mediante el requerimiento del 23 de julio de 2019, la autoridad solicitó “*Explicar con un ejemplo como se determina un precio de exportación a Colombia en términos FOB y CIF.*” Frente a ello Murex aclaró en el folio 6896: “Murex no tiene afiliación con las plantas para las que comercializa o compra etanol y no recibe subsidios. Murex rastrea el precio de compra de netback de las plantas donde compra el etanol (en este caso [] y agrega el transporte ferroviario a TX City más los cargos de terminal más los costos de transporte de inventario más los costos de carga de la embarcación más los costos de navegación del buque a un puerto en Colombia más una asignación por una cierta cantidad de tiempo de espera. Estos costos están incluidos en las facturas, ver Anexo 1.”²³

²¹ Hechos Esenciales, pág. 387.

²² Murex, Respuesta a la Solicitud de Información, Anexo 2 (Folio 6890).

²³ Folio 6898 del expediente.

Murex además explicó el detalle y proporcionó un ejemplo para la Autoridad:

Las tarifas de comisión se negocian completamente con los activos de producción individuales y se ejecutan a través de contratos de Compra y Venta de Etanol de varios años. Las tasas de comisión difieren según el activo. [

].
Murex proporciona los contratos de compra y venta de etanol entre sí mismo y la planta [] en [] ya que todos los envíos a Colombia en 2017 se obtuvieron de esa planta. Ver Anexo 1. Según esos contratos, Murex cobra a [

].
Para ilustrar cómo funcionan las comisiones con un ejemplo hipotético, si Murex descubre que una venta a una compañía por un camión (30,000 litros) de etanol entregado en Sacramento, California por \$ 0,53 por litro produce un buen rendimiento, Murex llamaría y confirmaría la venta con el administrador de riesgos en [] y el acuerdo se materializaría en un contrato entre Murex y []. Murex luego ejecutaría un contrato de venta adicional con el cliente. Para que el etanol llegue a Sacramento, el producto debería cargarse en un vagón de ferrocarril enviado a una terminal en Selby, California, y cargarse en un camión para la entrega final. También hay impuestos estatales que se agregan al precio de venta. El "precio de venta neto" sería el precio de venta de \$0,53 por litro menos el flete del camión, menos los cargos de gastos de terminal / transbordo, menos el flete ferroviario, menos los impuestos. Murex luego deduciría [] de los ingresos restantes por su comisión y enviaría el resto a la cuenta bancaria de [].²⁴

No hay impuesto a la venta de etanol en los estados de [].

Más adelante la Autoridad indica que consideró como mejor información aquella contenida en la base de datos de importaciones de la DIAN porque *"al revisar en la base de datos DIAN, la mayoría de los números de las facturas no coinciden con las mencionadas en el listado aportado por Murex LLC. De las pocas que coincidieron, el valor de la factura en términos DAP coincidió con el valor indicado en la columna "Valor en Aduana" de la base de datos DIAN."*²⁵

²⁴ Respuesta Cuestionario Adicional de Murex, págs. 3-4.

²⁵ Hechos Esenciales, pág. 387.

Por medio de un derecho de petición de fecha del 6 de febrero de 2020, Murex solicitó a la Dra. Eloisa Fernández conocer la información de la DIAN a la cual hace referencia la Autoridad. Sin embargo, la información suministrada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la fecha 13 de febrero de 2020 no corresponde a la subpartida objeto de la investigación, lo que explicaría la no coincidencia con la información de Murex. Por el contrario, esta información versa sobre las importaciones de productos clasificados bajo la subpartida “2207.10.00.00” y no la subpartida “2207.20.00.00.”²⁶, que tal y como aparece en el Expediente es “copias de la base de datos DIAN.”

Por lo tanto, la Autoridad efectivamente usó la información equivocada en el marco de la investigación y ello explicaría las supuestas inconsistencias con la información de Murex que se refiere a la subpartida correcta. La Autoridad debe corregir esto en la determinación final, dado que tal y como el propio Murex lo indicó, durante el año 2017 sus ventas representaron el [] de todos los envíos a Colombia.²⁷

2.3. Compras de maíz

La Autoridad tiene en el expediente el detalle de todas las compras del maíz de la Planta Productora [] que produjo el etanol estadounidense importado en Colombia durante el PDI.²⁸ Murex proporcionó además 25 contratos de compraventa de maíz de la Planta Productora y las facturas correspondientes a esos contratos como ejemplos de las más de 430 compras de maíz por parte de la Planta Productora para que la Autoridad pudiera cotejar la información. Adicionalmente, *“El exportador MUREX LLC, mediante comunicación 1-2019-023452 de fecha 05 de agosto de 2019, adjuntó el resultado de la Auditoría Externa hecha por la Firma KCoe Isom, LLP ... En dicha auditoria, también se dice que para el año 2017, **** compró ****bushels y que el gasto de maíz por galones vendidos*

²⁶ Folios 8390 y 8391.

²⁸ Murex, Respuesta a los Cuestionarios Iniciales (Folio 2793)

fue de US\$ ****. Además que el valor promedio de compra del maíz fue de **** US\$/bu, es decir, 151,93 US\$/Tn.”²⁹

Lo anterior demuestra que la Autoridad tiene la totalidad de las compras de maíz, contratos de las compras de maíz, y ejemplos de varias facturas de la Planta Productora de etanol, y, por si fuera poco, también tiene una certificación del auditor externo verificando la veracidad de la información. De hecho la Autoridad encontró lo siguiente:

Dichas facturas corresponden a *transacciones reales de mercado*, y se convierten en información de fuente primaria para determinar el precio doméstico del maíz en Estados (SIC) Unidos. La Autoridad investigadora verificó que de 430 operaciones indicadas en el listado de excel de compra de maíz y de amilasa de maíz, se anexaron 56 copias de facturas de compra de maíz, las cuales se utilizaron para calcular el precio doméstico del maíz. Cabe aclarar que *las cantidades indicadas en el listado estaban de acuerdo a lo estipulado en los contratos*, pero diferían en muchos casos de las indicadas en las facturas por ajuste en los precios (descuentos) y en las cantidades.³⁰ (Énfasis añadido)

No obstante, la Autoridad en vez de tomar el precio real pagado por la Planta Productora por el maíz (151,93 US\$/Tn), calculó un precio promedio ponderado del valor indicado en las *facturas proporcionadas como muestras*.³¹ Promediar el precio contenido en la muestra de facturas y asumir que ese es el precio del maíz estadounidense durante el PDI no es técnico ni representa las transacciones reales que están aportadas en el expediente como lo reconocen los Hechos Esenciales. Esto además resultaría en un incentivo perverso para que las partes selectivamente proporcionen información sobre compras de materia prima que reflejen el mayor valor y no una muestra aleatoria para demostrar la veracidad de la totalidad de la información proporcionada.

²⁹ Hechos Esenciales, pág. 267.

³⁰ Hechos Esenciales, pág. 268.

³¹ Hechos Esenciales, pág. 293: “En efecto, la autoridad investigadora tomó los precios del maíz correspondiente a 57 facturas de compra de la planta ***** que produce etanol para Murex LLC que luego exporta a Colombia, para determinar el precio doméstico del maíz. Precio que luego se utilizó para calcular el valor del beneficio recibido por los productores de maíz que a su vez venden esta materia prima a los productores de etanol, y así establecer el beneficio por subsidios transferido a los productores de etanol.”

La Autoridad debe usar el precio promedio ponderado de *todas las transacciones de compra de maíz* de la Planta Productora proporcionadas y certificadas en la Auditoría Externa hecha por la Firma KCoe Isom, LLP en la determinación final.

Por otro lado, la Autoridad indica que el precio contenido en los documentos aportados no coincidía con el precio en el listado que contiene todas las compras de maíz.³² No obstante Murex verificó que los valores sí coinciden. A continuación demostramos con un ejemplo:

- Anexo 4, página 4 – la primera línea en el listado de compras de maíz de factura no. [] por un valor de []:

--

- Anexo 7, página 199 – los contratos de compra de etanol y las facturas correspondientes muestran el mismo número:

--

- Si se toma la cantidad del contrato que está en bushels [] y se multiplica por el precio [] = [] que es exactamente el valor reportado en la columna "Valor de la factura (US \$)"

³²

Hechos Esenciales, pág. 381.

Este demuestra que los documentos aportados sí coinciden con los valores en el listado de compras de maíz de [].

Adicionalmente, en el folio 6473 del expediente y siguientes se allegó la certificación del auditor fiscal del productor de etanol. Murex trabajó con la planta productora [] para ir un paso más allá y colaborar con la investigación de la Autoridad, no sólo proporcionando la información solicitada sino también una certificación del auditor independiente que verificara esa información solicitada. Por lo tanto se reitera que la Autoridad debe utilizar la totalidad de las compras de maíz. Y si quiere verificar cada una de las más de 430 compras de maíz de [], lo cual no es ni razonable ni es la práctica en las auditorías contables, Murex reitera la invitación a realizar dicha verificación, la cual Murex está dispuesta a coordinar con la Planta Productora.

2.4. Compras de etanol a la planta por parte de Murex

Murex de forma diligente aportó los “netbacks” como documentos soporte de las operaciones de compra del etanol de la planta por parte de Murex. A pesar de que Murex había afirmado que este es el documento más cercano a una factura en EE.UU.,³³ la Autoridad desconoció la libertad probatoria y al parecer descartó la información de las compras de etanol por parte de Murex porque no entendió el funcionamiento de los netbacks.

Sin embargo, la empresa Murex LLC anexó una serie de documentos denominados “Netbacks”, que funcionan según su explicación, como documentos resumen de operaciones de compra a ***** de carácter provisional y que muchos de ellos sufren ajustes por volumen y/o por precio.³⁴

Los contratos y los netbacks fueron allegados en la respuesta al requerimiento hecho mediante comunicación 1 -2019-024757 de fecha 20 de agosto de 2019 en el Anexo 1 los cuales deben ser tenidos en cuenta por virtud del principio de libertad probatoria.³⁵

³³ Murex, Respuesta al Requerimiento No. 2-2019-021408 del 23 de julio de 2019 (Folio 6892)

³⁴ Hechos Esenciales, pág. 374.

³⁵ Murex, Respuesta a la Solicitud de Información, Anexo 1 (Folio 6890).

Adicionalmente a proporcionar la información solicitada, Murex explicó cómo funcionan los netbacks:

Para etanol, el 'netback' es el documento más cercano a una factura e incluye el 100% del etanol comprado durante un mes determinado.³⁶

En el Anexo 1 Murex proporciona cada contrato y los netbacks asociados para sus compras de etanol. Cada contrato doméstico de compra de etanol contiene seis (6) elementos clave: calidad, cantidad, plazo, punto de entrega, precio y condiciones de pago. Estos elementos se usan para formular una línea de netback y una nivelación de fin de mes en el caso de un contrato comercializado por Murex o una factura formal en el caso de una compra de un tercero.³⁷

Además de desconocer la explicación de Murex, la Autoridad dispuso una tarifa probatoria contraria a derecho al establecer que solo las facturas—que no son utilizadas en la industria de etanol estadounidense y por lo tanto no existen en este caso—podrían probar las compras de etanol de Murex:

Dichos netbacks ya se ha mencionado que no resultan ser la prueba conducente para demostrar las compras de etanol por parte de Murex LLC., debido a que son documentos provisionales que se generan y envían a las plantas para su aceptación, y toda vez que no brindan certeza sobre la entrega real y material del producto, ni sobre la ejecución del contrato, como si lo podrían probar las facturas.³⁸

Como si fuera poco, la Autoridad aplica requisitos de la legislación colombiana a documentos que soportan una operación que no fue desarrollada al interior de Colombia, exigiendo que dichos documentos de la industria estadounidense cumplan características de facturas bajo ley colombiana. Esto resulta en una exigencia irrazonable que no corresponde a la realidad de la operación y desconoce el principio de territorialidad de las normas.³⁹ Así como las facturas colombianas no tienen que cumplir con requisitos establecidos en regulaciones fuera de Colombia, los netbacks de una venta interna en

³⁶ Respuesta cuestionario Murex, folio 6892.

³⁷ Respuesta cuestionario Murex, folio 6893.

³⁸ Hechos Esenciales Pág. 144.

³⁹ Hechos Esenciales Pág. 144-145.

EE.UU. entre la planta productora y Murex no tienen que cumplir con los requisitos de la ley colombiana.

La Autoridad señala que la falta de fiabilidad de los documentos se ve reflejada en que “proviene al parecer de una fuente contable que no fue mencionada, no tienen ninguna firma de la persona responsable por esta información en Murex LLC, o en su defecto, algún documento que acredite su veracidad.”⁴⁰

Primero, los documentos fueron extraídos de la base de datos de Murex, e impresos tal cual y como aparecen en el sistema lo que es evidente a simple vista:



Fuente: Anexo 1 respuesta al cuestionario suplementario de Murex.

Nota: en la columna del volumen, “USG” significa galones estadounidenses

Segundo, en el Anexo 1⁴¹ se aportó cada contrato firmado y con membrete de Murex, y los netbacks referentes a ese contrato inmediatamente después. Aun cuando la ley colombiana no es aplicable para determinar la validez de los contratos y netbacks que gobiernan la compra y venta de etanol entre Murex y [], es evidente que los elementos esenciales que la Autoridad cita bajo ley colombiana se encuentran contenidos en esos documentos.

Definiciones en cada ítem de los netbacks:

⁴⁰ Hechos Esenciales, pág. 374.

⁴¹ Murex, Respuesta a la Solicitud de Información, Anexo 1 (Folio 6890).

- N° de referencia: número de referencia para identificar el envío.
- Camión/ferrocarril: Identificador del conocimiento de embarque para rastrear el envío físico del etanol.
- Cliente: Persona que compró el etanol. [
-]
- N.º de contrato: identificador del contrato de compraventa vigente
- Fecha de envío: fecha en que el etanol salió de la instalación de producción.
- Destino: ubicación donde se vende el etanol. Los cargos de flete son aplicables a cualquier etanol vendido con un destino de entrega más allá de la planta FOB
- Volumen (USG): volumen enviado en galones
- Precio por galón: precio entregado que el cliente paga en dólares estadounidenses por galón. Este precio a menudo está sujeto a un aumento (true-up) una vez que se conoce el precio final.
- Total extendido: total del volumen enviado multiplicado por el precio entregado por galón
- Tarifa base: cargos de flete para enviar el etanol al destino de entrega
- Recargo por combustible: algunos ferrocarriles cobran tarifas adicionales basadas en los precios del diesel para compensar sus costos. Si corresponde, esos cargos se enumeran aquí
- Carga adicional: Esto cubre costos adicionales como demoras que son responsabilidad de la planta.
- Terminal: si los costos terminales son aplicables a la planta. Los costos de la terminal de [
-]
- Gastos de seguro: estos costos cubren el seguro de riesgo de pérdida del producto mientras está en tránsito
- Gastos de comisión: esta es la comisión de [
-]
- Comisión incremental: esta columna no se usa en negocios para Colombia
- Precio neto: este es el total extendido menos la tarifa base (flete), recargo por combustible, flete adicional, cargos terminales, gastos de seguro, gastos de comisión y comisión incremental. También conocido como la cantidad de netback en dólares estadounidenses.
- Precio neto por galón: este es el precio neto dividido por el volumen en galones. También conocido como el precio netback por galón.
- Verificación de precios: una verificación para asegurarse de que el precio por galón sea correcto
- Precio del contrato: [
-]
- Completado: Persona responsable de crear y verificar la factura.

Tercero, independientemente de si los documentos estuvieren firmados o no, la Autoridad desconoce la presunción de autenticidad de la cual deben gozar los documentos y parte de una presunción de mala fe de la conducta probatoria desplegada por parte de Murex. Esta presunción es contraria no solo al principio de la buena fe, sino a los parámetros procedimentales del Código General del Proceso, por omitir el procedimiento de tacha de falsedad de los documentos y proceder a concluir que carecen de veracidad. Por último, resulta violatorio al derecho a una defensa técnica que solamente hasta la fase de Hechos Esenciales, la Autoridad haya mencionado la firma de los documentos como un requerimiento de la Autoridad. De hecho, Murex solicitó a [] que proveyera una carta firmada explicando que los netbacks operan como facturas para sus ventas de etanol a Murex, la cual pone a consideración de la Autoridad (ver Anexo 1).

Así las cosas, Murex no está obligado a lo imposible. Como se explicó detalladamente en la respuesta a los cuestionarios, en la industria del etanol estadounidense no se usan facturas como lo establece la ley colombiana. Resulta completamente violatorio del derecho al debido proceso de Murex que la Autoridad rechace los documentos aportados y traducidos oficialmente por Murex, a un alto costo, porque no se rigen por las características de una factura bajo ley colombiana. Esto es lo mismo que decir que las empresas extranjeras no pueden hacer negocios en Colombia por la naturaleza misma de como funciona la industria en sus países.

Adicionalmente, el Código General del Proceso en su artículo 165 señala que en Colombia impera, salvo excepción prevista en la ley, el principio de libertad probatoria. Exigir que sólo las facturas con los requisitos de la ley colombiana pueden servir de prueba de las compras de etanol implica aplicar una tarifa probatoria que no se encuentra dispuesta en la Ley. Por estas razones no resulta procedente la conclusión de la Autoridad insistiendo en que unas facturas que no existen deban ser proporcionadas.⁴²

⁴² Hechos Esenciales, pág. 375: "Por lo anterior, la Autoridad investigadora considera que las facturas comerciales son necesarias para determinar un precio de compra del etanol a la Planta ***** por parte de Murex LLC, y los netbacks no se asimilan para todos los efectos al valor probatorio de las facturas comerciales dado que los netbacks son documentos de carácter provisional, no hay

La Autoridad debe considerar los netbacks presentados, y Murex reitera su invitación para que la Autoridad realice una verificación de la información presentada, así como estamos dispuestos a proporcionar cualquier explicación adicional que la Autoridad requiera sobre el funcionamiento de los netbacks.

2.5. Ventas de etanol de Murex LLC a Colombia

En cuanto a las ventas de Murex a Colombia, la Autoridad reconoce que la información proporcionada por Murex coincide con los datos de la DIAN, pero indica que no se aportaron soportes documentales:

Así, el valor total de las facturas es de US\$ ***** \Q cantidad total de las facturas es de US\$ ***** con un precio promedio de 0,60 US\$/Kg, precio que coincide con el precio de exportación calculado con datos de la base de importaciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – OIAN (SIC). Sin embargo, no hay pruebas documentales que soporten dichas cifras.⁴³

Esto no es cierto. En el folio 6895 y siguientes del expediente Murex: “Murex LLC proporciona la totalidad de sus contratos para la venta de etanol para el año 2017 y las facturas asociadas con los contratos de exportación a Colombia en el Anexo 3. Estas ventas representan el [] de todos los envíos a Estados Unidos.”⁴⁴

2.6. Trazabilidad

Murex ha cumplido con entregar la información solicitada por la Autoridad, que se encontraba en su poder para efectos de acreditar la trazabilidad de las operaciones. Mediante el requerimiento del 23 de julio de 2019, la Autoridad solicitó a Murex diligenciar los cuadros contenidos en el requerimiento para “lograr tener la trazabilidad completa de las operaciones desde la compra de la materia prima maíz para fabricar el alcohol

certeza sobre la manera en que son ajustados, y son copias que considera la Autoridad investigadora, que pudieron ser extraídos del sistema contable de Murex LLC pero no tienen firma del responsable de dichos documentos o certificación alguna, como se indicó en los párrafos precedentes. Así, al carecer de dichas pruebas documentales, no se pueden establecer no volúmenes ni precios a los que realmente se compró el etanol objeto de investigación.”

⁴³ Hechos Esenciales, Pág. 375

⁴⁴ Murex, Respuesta a los cuestionarios iniciales, Anexo 3. (Folio 6895)

carburante (etanol), la venta de alcohol carburante (etanol) por parte del productor a Murex LLC y le venta de esta último a Colombia, en necesario.”⁴⁵

De conformidad con el requerimiento, Murex respondió detalladamente proporcionando el paso a paso de las transacciones y allegando los listados y documentos correspondientes como aparecen en los folios 6896 y siguientes del expediente. De hecho, le anticipó a la Autoridad que sólo estaría presentando una muestra de las facturas por “la naturaleza del volumen de las facturas correspondientes a estas transacciones, y los costos de traducción oficial asociados a ellos, Murex puede proporcionar muestras de facturas de transacciones representativas específicas a solicitud de la Subdirección de Prácticas Comerciales del Mincit.”⁴⁶ Esto es razonable y es la práctica en la auditorías contables.

Sin embargo, la Autoridad reconoció que “obtuvo una relación de las compras de maíz de Murex a su proveedor, los netbacks de las compras de alcohol carburante (etanol), y una relación de las ventas de Murex del alcohol carburante (etanol), *pero no las copias de las facturas que había requerido*, las cuales resultan ser las pruebas conducentes para demostrar las compras y las ventas objeto de estudio.”⁴⁷

Esto no es cierto. Murex, tal y como se ha mencionado en los acápites anteriores, entregó la información que soportaba (i) las operaciones de compra de maíz por parte de la planta productora de etanol (ii) las operaciones de compra de etanol de Murex y (iii) las ventas de etanol a Colombia. En muchos de estos casos, como lo fue el de las operaciones realizadas por la planta de etanol, Murex no limitó sus respuestas a lo que obraba en su conocimiento, sino que acudió a la planta y le solicitó la información, la tradujo oficialmente, y se la proporcionó a la Autoridad (incluidos los netbaks). Si la Autoridad tiene dudas sobre esa trazabilidad proporcionada debe solicitar a Murex información adicional.

⁴⁵ Cuestionario suplementario a Murex, pregunta 3 (Folio 6345).

⁴⁶ Hechos Esenciales, pág. 143 citando la respuesta al cuestionario de Murex.

⁴⁷ Hechos Esenciales, pág. 143. Énfasis añadido.

Adicionalmente, las conclusiones de los Hechos Esenciales desconocen el carácter fungible tanto del maíz como del etanol, en los siguientes términos:

*Al momento de realizar la trazabilidad de todas las operaciones, la Autoridad investigadora, no tuvo toda la trazabilidad aportada en formato excel, la información se entregó en cuadros separados de información que no permitieron enlazar las cantidades compradas de etanol por parte de Murex LLC y las que vende efectivamente a Colomba. Sin embargo, más allá de no contar con las facturas de venta de la Planta ***** g Murex LLC, no se encontró ningún elemento, código o referencia que estuvieran en común con los documentos adjuntos para tal fin. Se comparó el número de referencia que figura en los resúmenes de los netbacks con los establecidos en las facturas de venta a Colombia pero no se encontró ninguna coincidencia.⁴⁸*

Lo anterior implica desconocer que el maíz y el etanol son bienes fungibles que se confunden con aquellos de su mismo género. Ese requerimiento por parte de la Autoridad carece de todo sentido. Tal y como lo mencionó la Autoridad en los Hechos Esenciales los ingenios en Colombia adquieren la caña de azúcar de un proveedor, la procesan, y obtienen el etanol y productos secundarios como el bagazo,⁴⁹ no es posible determinar exactamente cuál caña se utilizó para producir cuál litro de etanol. Lo mismo ocurre con el etanol a base maíz. Es posible demostrar que se adquirió el maíz, se produjo y vendió el etanol, pero aparte de mostrar las fechas en los documentos, es imposible demostrar que cierto maíz en específico produjo un litro de etanol u otro.

Por último, aclaramos nuevamente que la planta productora de etanol [] no es subsidiaria de Murex. Murex aclaró en la respuesta a sus cuestionarios y con la información aportada que no son empresas vinculadas y que Murex compra el etanol a esa empresa en transacciones de mercado, tal y como consta en el folio 6896 del expediente público.

⁴⁸ Hechos Esenciales, pág. 382.

⁴⁹ Hechos Esenciales, pág. 305.

2.7. Errores en la asignación de productos secundarios al maíz producido en Estados Unidos.

Con base en lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo VI del GATT de 1994⁵⁰, así como el Artículo 10 del ASMC con su respectiva nota 36,⁵¹ el párrafo 4 del Artículo 19⁵² del ASMC, y como en el caso Estados Unidos—Carne de cerdo canadiense, la Autoridad Investigadora, concluyó que era necesario tener certeza de la transferencia sobre el subsidio específicamente transferido a los productos para evitar que los derechos compensatorios excedan la subvención que ha sido otorgada directa o indirectamente.

La Autoridad Investigadora reforzó la necesidad de realizar un análisis de transferencia con lo dispuesto en el caso Estados Unidos – Madera blanda VI:

En pronunciamientos más recientes, como en el asunto de Estados Unidos - Madera blanda IV, el Órgano de Apelación ha profundizado en el tema gracias a lo cual ha quedado claro que para determinar si los derechos compensatorios impuestos al producto investigado exceden de la cuantía de la subvención total que le ha sido otorgada, es necesario establecer si las subvenciones conferidas al productor del insumo fueron transferidas al productor del producto elaborado mediante dicho insumo (...) ⁵³

⁵⁰ Párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994: "No se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto terminado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto".

⁵¹ Artículo 10 del Acuerdo SMC: "Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo. Sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo y del Acuerdo sobre la Agricultura".

Nota 36 del artículo 10 del Acuerdo SMC: "Se entiende por 'derecho compensatorio' un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994".

⁵² Artículo 19.4 del Acuerdo SMC: No se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.

⁵³ Hechos Esenciales, pág. 126.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que en el marco de investigaciones sobre supuestas subvenciones, que pueden derivar en la imposición de derechos compensatorios, el análisis de transferencia resulta un paso necesario para poder determinar la cuantía de la subvención. Por lo tanto no existe ningún sustento jurídico ni fáctico para que la Autoridad asigne todo el supuesto beneficio del maíz al etanol desconociendo los co-productos o productos secundarios establecidos en la investigación.⁵⁴ La misma rama de producción nacional tiene máquinas duales que sobre un mismo producto sacan dos productos diferentes (etanol y azúcar) y la autoridad avaló este punto.

En cuanto al cálculo de la asignación, Murex proporcionó la información sobre la asignación de los co-productos con la certificación del auditor:

Como resultado de la auditoría se muestra los volúmenes vendidos y producidos de etanol, de destilados secos y húmedos, de aceite de maíz y de CO2.. Respecto al maíz, la cantidad comprada y el costo por tonelada métrica. Así:⁵⁵

[]	
56	

No obstante, la Autoridad “descartó esta información toda vez que se refiere a una sola planta de producción de etanol con particularidades que no se observan en otras plantas de producción, como es el hecho de que el etanol represente sólo el 28% de los ingresos totales por ventas y los DDGS correspondan al 52%.”⁵⁷

Esto se cae de su peso porque [] no es cualquier planta en EE.UU., sino que es la planta que produjo el etanol que Murex exportó a Colombia durante el PDI. Es decir

⁵⁴ Hechos Esenciales, pág. 304.

⁵⁵ Hechos Esenciales, pág. 267.

⁵⁶ Hechos Esenciales, esta información es la información confidencial proporcionada por Murex, no por el Peticionario.

⁵⁷ Hechos Esenciales, pág. 298.

que la información de esta planta no solo es la más relevante para el análisis de la Autoridad, sino que es la *única información relevante* en esta investigación.

Tal y como se ha mencionado con anterioridad, en un proceso para la imposición de derechos compensatorios debe analizarse los efectos de las importaciones presuntamente subsidiadas que se realizaron al país. Por ello, durante el PDI Murex vendió más del [] del etanol importado en Colombia, por ello, la Autoridad debe considerar la información aportada por Murex, dado que esa fue la asignación entre los co-productos o productos secundarios que representa el etanol importado en Colombia durante el PDI. Descartar esta evidencia constituye una vulneración a las normas de la OMC al concluir que el derecho compensatorio podría ser superior al beneficio realmente concedido.

Por ello, la alternativa de asignación propuesta por el gobierno de Estados Unidos del 68,75% no resulta aplicable al presente caso. Mucho menos puede ser una alternativa contemplar una asignación del 100% al etanol. Ello, implica no reconocer que existen otros productos generados a partir del maíz, lo cual es contrario a la evidencia que obra en el expediente.

2.8. La Autoridad tiene en el expediente la información específica sobre el uso de los programas investigados por parte de Murex y la Planta Productora del Etanol que Murex exportó a Colombia durante el PDI

Durante la investigación Murex proporcionó no sólo su propia información sobre los programas investigados, sino también la de [], la planta que produjo el etanol que Murex exportó a Colombia durante el PDI. Como quedó establecido en el expediente, Murex no recibió ningún beneficio bajos los programas investigados, y [] recibió únicamente [] bajo el programa Bioenergy Program for Advanced Biofuels. Lo anterior fue verificado con certificación de KCoe Isom Inc en calidad de auditor fiscal.

Por ello, teniendo en cuenta que Murex comercializó más del []% del etanol importado a Colombia durante el PDI, resulta contrario a derecho aplicar para el cálculo de los derechos compensatorios aplicables a Murex supuestos subsidios provenientes de programas de los cuales ni Murex ni la Planta Productora se beneficiaron durante el PDI.

Incluso la Autoridad estaría aplicando supuestos beneficios de programas de Estados diferentes adonde se encuentra ubicado [], que ni siquiera están disponibles para [].

3. Margen Individual de Murex

Por las razones que se exponen a continuación y que ya se han argumentado en este procedimiento, si la Autoridad encuentra los elementos legales probados, debería calcular un margen general de derechos compensatorios con fundamento en la data proporcionada por Murex. Alternativamente, la Autoridad debe calcular un margen individual de derechos compensatorios para Murex y un margen general para el resto de la industria estadounidense.

Debido a que (1) el gobierno colombiano sólo permitió (y a la fecha es igual) que un muy limitado número de plantas estadounidenses proveyeran etanol a Colombia bajo las regulaciones de gases invernadero durante el PDI, y (2) que una de esas plantas vendió todo el etanol que Murex exportó a Colombia, la Autoridad tiene que calcular el margen general de derechos compensatorios con base en la información proporcionada por Murex. Bajo el Artículo 19.3 del ASCM "Cuando se haya establecido un derecho compensatorio con respecto a un producto, ese derecho se percibirá en la cuantía apropiada en cada caso y sin discriminación sobre las importaciones de ese producto, cualquiera que sea su procedencia, declaradas subvencionadas y causantes de daño." En este caso no hubo importaciones de ninguna otra *procedencia* en Estados Unidos hacia Colombia, y mucho menos ninguna otra *procedencia* que "causantes de daño" a la industria colombiana bajo el Artículo 19.3 del ASMC adicionales a las de la Planta Productora (aunque insistimos para el record que consideramos que las importaciones de Murex no causaron daño a la RPN). Como tal, la Autoridad debe utilizar la data de Murex para calcular el margen en esta investigación o de lo contrario estaría aplicando un arancel con fundamento en fuentes (i.e., el resto de la industria de etanol estadounidense) que no se ha encontrado que causen daño a la industria colombiana. No utilizar los datos de Murex sería una violación del Artículo 19.3 del ASCM.

En los hechos esenciales, la Autoridad consideró improcedente calcular un margen individual para Murex, argumentando que:

En otras palabras, el artículo 19.3 si brinda la posibilidad de fijar un derecho compensatorio individual, pero este procede a través de un examen rápido que se debe adelantar una vez concluida la investigación inicial. Esto se puede concluir, si se observa como el mismo artículo dispone que la parte interesada a la que se le puede fijar con prontitud un tipo de derecho compensatorio individual **“exportador cuyas exportaciones estén sujetas a un derecho compensatorio definitivo** pero que no hayan sido objeto de la investigación por motivos que no sean la negativa a cooperar.”⁵⁸

Sin embargo, del apartado transcrito se desprende justamente que la Autoridad debió calcular un margen individual para Murex. Pues como bien lo establece el Artículo 19.3 que cita la Autoridad, queda claro que las partes que sí han participado en la investigación, como es el caso de Murex, no deben esperar a que culmine el proceso para solicitar un derecho compensatorio individual.

En palabras del Panel de la Organización Mundial del Comercio en el caso de Estados Unidos—Medidas compensatorias sobre el papel supercalandrado procedente del Canadá:

7.266. El mecanismo previsto en el párrafo 7 del artículo 12436 se activa cuando un productor o exportador ha negado el acceso a la información necesaria o no la ha facilitado dentro de un plazo prudencial o ha entorpecido significativamente la investigación. *Si la autoridad investigadora utiliza el tipo calculado sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento para reconstruir la tasa para todos los demás, eso significaría efectivamente que los exportadores o productores no investigados reciben un trato similar al que recibirían si no cooperaran, aun cuando no haya habido ninguna constatación de falta de cooperación en relación con ellos, y aun cuando puedan haberse mostrado dispuestos a participar plenamente en la investigación. Ello no sería conveniente, o apropiado, ya que la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento en virtud de la falta de cooperación puede llevar a un resultado menos favorable para la parte que no coopera.*⁵⁹

Murex ha cooperado exhaustivamente a lo largo de toda la investigación con la Autoridad, aportando pruebas, aclarando inquietudes, asistiendo a audiencia, y

⁵⁸ Hechos Esenciales, Pág 141

⁵⁹ WT/DS505/R, párrafo 7.266. Énfasis añadido.

absolviendo todos los cuestionarios de la Autoridad. Por ello, Murex no debe recibir el mismo tratamiento que los exportadores no cooperantes.

Más aún cuando la postura de la Autoridad investigadora es solicitar un margen individual en un procedimiento posterior que no existe en Colombia. Procedimiento que no puede ser ejercido por falta de reglamentación, lo cual en gracia de discusión tornaría inocuo el derecho de Murex para solicitar el ajuste mencionado por la autoridad.

Además, la posición de la Autoridad de que no debe calcular un margen individual para Murex es incompatible con la Declaración Relativa a la Solución de Diferencias de Conformidad con el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (la "Declaración Ministerial"). Según la Declaración Ministerial, los Miembros de la OMC como Colombia han acordado que debe haber una "coherencia en la solución de las diferencias" en virtud de los Acuerdo AD y SMC. A diferencia de la Declaración Ministerial, la Autoridad se ha basado en una diferencia entre los dos Acuerdos para afirmar que no necesita calcular un margen individual para Murex en esta investigación porque ese requisito sólo existe en el Acuerdo AD. Sin embargo, la posición de la Autoridad está claramente en desacuerdo con la Declaración Ministerial. A fin de mantener la coherencia entre el Acuerdo AD y el Acuerdo SMC según lo dispuesto en la Declaración Ministerial, la Autoridad debería calcular un margen individual.

La Autoridad además conoce muy bien el cálculo de márgenes individuales, tal como lo ha hecho en los casos de anti-dumping en la determinación final. Por ejemplo los siguientes:

- **Caso de Placas Estándar de Yeso:** La Autoridad fijó un margen individual para dos de las empresas de México, que colaboraron con la investigación, puntualmente, para Abastecedora Máximo S.A. de C.V. - ABAMAX (7,14%) y USG México, S.A. de C.V. USG (25,00%), mientras que, para los demás exportadores de México se fijó un gravamen advalorem de 42,66%.
- **Caso de Papas Congeladas:** en este caso la Autoridad resolvió: *"Imponer derechos antidumping definitivos a las importaciones de papas (patatas) preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), congeladas, clasificadas por la subpartida arancelaria 2004.10.00.00; originarias de Bélgica, Países Bajos (Holanda)*

y Alemania, en la forma de un gravamen ad-valorem, el cual se liquidará sobre el valor FOB declarado por el importador, adicional al arancel vigente en el Arancel de Aduanas Nacional de la siguiente manera: De Bélgica: - MYDIBEL S.A.: 8,01%; De Países Bajos (Holanda): - AVIKO B.V.: 3,64%- DEMÁS EXPORTADORES, 44,52% (excepto FARMFRITES B.V.); De Alemania: - AGRARFROST GMBH & CO. KG.: 3,21%.”⁶⁰

La Autoridad calculó márgenes individuales “Para la etapa final, se procedió a determinar márgenes de dumping para cada exportador de Bélgica, Países Bajos (Holanda) y Alemania que *colaboró* en la investigación y un margen de dumping para las demás empresas exportadoras que *no colaboraron* con la investigación de cada uno de los países.”

En el caso actual Murex ha colaborado con la investigación, por lo que en consecuencia solicita que la Autoridad calcule un margen individual, tal y como lo ha hecho en los casos de derechos antidumping. Por lo tanto, estando facultada para hacerlo y en procura de evitar imponer un derecho compensatorio que exceda las supuestas subvenciones recibidas por Murex, la Autoridad debe calcular un margen individual. Así las cosas es imperativo que la Autoridad tenga en cuenta la información aportada por Murex, que para efectos del margen individual, es la mejor información disponible.

El margen individual para Murex debe ser calculado a partir de la información propia demostrada en la investigación sobre el uso del único programa Bioenergy Program for Advanced Biofuels por parte de [], no puede incluir otros programas no utilizados por [] ni Murex, y debe utilizar la asignación de co-productos proporcionada por el auditor fiscal. La Autoridad ya tiene en el expediente—en el Anexo 1 de los Alegatos de Conclusión presentados por Murex—el cálculo del derecho compensatorio con fundamento en la información específica de Murex.

Como mínimo, la Autoridad debería calcular un margen individual para Murex independientemente si usa los datos agregados para una determinación a nacional para el resto de los exportadores. Según el 19.2 del Acuerdo SMC, países como Colombia deberían determinar si un “derecho sea inferior a la cuantía total de la subvención si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional.” Aquí, la Autoridad tiene dos conjuntos de datos diferentes (1) los datos de Murex para las importaciones reales durante el período de investigación y (2) los datos agregados para el resto de la

⁶⁰ Resolución No 257 del 9 de noviembre de 2018.

industria estadounidense, que no exportaron durante el período de investigación. Al calcular márgenes separados, la Autoridad puede tener en cuenta con mayor precisión si un derecho menor sería adecuado para eliminar cualquier daño a la industria nacional colombiana al realizar un análisis separado para Murex y el resto de la industria estadounidense.

February 26, 2020
Jeremy Mall, Director of Business Development
Murex
7160 N. Dallas Parkway, Ste 300
Plano, TX 75024

Re: [] Ethanol Sales to Murex, LLC

Dear Mr. Mall,

Per the Colombian authorities requests in the countervailing duty investigation of ethanol imports from the U.S., we have provided you with the information requested, including our corn purchases and supporting documents during the requested period, and the ethanol and co-products production of our plant, such as distiller grains and CO2. We have also provided such information to KCoe Isom, LLP, who conducted an audit and certified the information presented to the Colombian authorities.

We understand that Murex has explained to the Colombian authorities how our commercial relationship works with regards to ethanol sales. However, we understand that there are some questions about how we carry out our sales operations with Murex, which we explain here. First, a representative of our plant enters into direct negotiation with Murex and they enter into a sales contract that we understand was already provided in this case. Based on these contracts, our plant ships ethanol volume and bills of lading (BOL) are included as part of the shipping documentation created. Pursuant to the BOL Murex makes weekly payments based on the prices agreed in the contract. We use a reference number for each shipment of ethanol. Sales

De acuerdo con las solicitudes por parte de las autoridades colombianas en la investigación por presuntas subvenciones de las importaciones de etanol estadounidense, les hemos proporcionado la información solicitada, incluidas las compras del maíz y documentos de soporte durante el período solicitado, y la producción de nuestra planta de etanol y los co-productos como los granos destilados y el CO2. Asimismo, hemos proporcionado la información a la firma KCoe Isom, LLP para que realizara una auditoría y certificara la información presentada antes las autoridades colombianas.

Ahora bien, entendemos que Murex ha explicado a las autoridades colombianas lo que es la práctica en nuestra relación comercial con Murex sobre la venta de etanol. No obstante, entendemos que han surgido dudas acerca de cómo realizamos nuestras operaciones y por lo tanto pasamos a explicarlo. En primer lugar, un representante de nuestra planta entra en negociación directa con Murex y celebra un contrato de compraventa que entendemos ya fue proporcionado en el proceso. Con base en estos contratos nuestra planta envía volumen de etanol y se generan los conocimientos de embarque (BOL) que se incluyen como parte de la documentación. A partir de los BOL Murex nos realiza pagos semanales con base en los precios

values and all their details (shipment date, destination, volume, price per gallon, income, freight charges, fuel surcharge, insurance costs, terminal charges, commission, net price, etc.) are included in the weekly netbacks. We use netbacks as the equivalent of what would be an invoice in a commercial transaction in our industry. This is a legal and commercially accepted practice in the United States. At the end of the month, the data of the weekly netbacks are adjusted with the final price that is included in the netback summary of the given month. The final adjustment is included in the upper right corner of the netbacks, which corresponds to the final price of ethanol sales for that month. They reflect the actual and material delivery of the goods sold. These are the documents that reflect the ethanol purchases in our industry. We do not use other types of invoices.

We hope this additional explanation clarifies any doubts the Colombian authorities have about how our ethanol sales operations work in the U.S. Do not hesitate to contact us in case they have additional questions.

Atentamente,



acordados en el contrato. Utilizamos un número de referencia para cada envío de etanol. Los valores de las ventas y todos sus detalles (fecha de envío, destino, volumen, precio por galón, ingresos, cargos de flete, recargo por combustible, gastos de seguro, gastos de terminal, comisión, el precio neto, etc.) se incluyen en los netbacks semanales. En nuestra industria nosotros utilizamos los netbacks como el equivalente a lo que sería una factura en una transacción comercial. Esta es una práctica legal y comercialmente aceptada en Estados Unidos. A fin de mes se toman los datos de los netbacks semanales y se ajustan con el precio final que se incluye en el netback del resumen del mes determinado. En la esquina superior derecha de los netbacks se incluye el ajuste final, que corresponde al precio final de la venta de etanol de ese mes. Los mismos reflejan la entrega real y material de los bienes vendidos. Estos son los documentos que reflejan las compras de etanol en nuestra industria. No empleamos otro tipo de facturas.

Esperamos que esta información aclare las dudas de las autoridades colombianas sobre cómo funciona nuestra venta de etanol en Estados Unidos. Quedamos a disposición en caso de que existan dudas adicionales.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT
OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE
WASHINGTON, D.C. 20508

2 de marzo de 2020

 Mincit
1-2020-004822 ANE:12 FOL:1
2020-03-02 12:09:09 PM
TRA: CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
DIRECCION DE COMERCIO EXTERIOR

Doctor
Luis Fernando Fuentes
Director de Comercio Exterior

Doctora
Eloisa Fernandez De Deluque
Subdirectora de Prácticas Comerciales
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Calle 28 N° 13A-15, Piso 16
Bogotá, Colombia

DIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR	
Versión Pública:	_____
Folio No.	9276

Re: Investigación sobre derechos compensatorios al etanol de los Estados Unidos

Estimados Dr. Fuentes y Dra. De Deluque:

Por favor encuentren adjunto al presente los comentarios de Estados Unidos al Documento de Hechos Esenciales sobre la investigación de derechos compensatorios al etanol de los Estados Unidos. Estados Unidos confirma que estos comentarios **no contienen** ninguna información comercial confidencial.

Cordialmente,



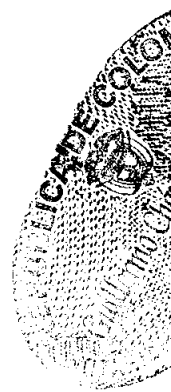
Yue Heng Loke
Assistant General Counsel
Office of the U.S. Trade Representative

CC: Benjamin Rau

COMENTARIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL INFORME DE HECHOS ESENCIALES

DIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR	
Versión Pública:	_____
Folio No.	9277

PRODUCTO: ALCOHOL COMBUSTIBLE (ETANOL) DE ORIGEN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, CLASIFICADO BAJO LA SUBPARTIDA ARANCELARIA 2207.20.00.00



2 DE MARZO DE 2020



28 FEB. 2020



INTRODUCCIÓN

1. Estados Unidos reconoce el extenso trabajo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (“MINCIT”) ha emprendido y aprecia la consideración otorgada a las numerosas comunicaciones escritas que las partes han proporcionado hasta ahora.
2. Sin embargo, hay varios errores fundamentales en el informe de hechos esenciales que los Estados Unidos considera que deben corregirse en la determinación final. Estos comentarios se centrarán en esos temas. Estados Unidos no tiene la intención de abordar todos los errores en el informe de hechos esenciales, y el silencio con respecto a cualquier cuestión controvertida con respecto a un programa o cálculo en particular no debe interpretarse como un acuerdo.

II. EL REGISTRO NO RESPALDA LA CONCLUSIÓN AFIRMATIVA DE UN PERJUICIO A LA INDUSTRIA NACIONAL

A. Volumen

3. El cálculo del MINCIT del volumen de las importaciones en cuestión y el consumo interno aparente parece estar viciado porque excluye incorrectamente de la consideración las importaciones de alcohol combustible (etanol) por parte de las empresas peticionarias, así como todas las importaciones de alcohol combustible (etanol) de países distintos de los Estados Unidos.
4. El MINCIT declaró en su informe de hechos esenciales que “comprobó y verificó que (su) base de datos no contenía operaciones de importación de las empresas peticionarias”.¹ Si el MINCIT excluyera de la consideración cualquier importación de alcohol combustible (etanol) de las compañías peticionarias, esto habría sido un error. El artículo 16.1 del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (“Acuerdo SMC”) le permite al MINCIT excluir a una compañía peticionaria que haya importado alcohol combustible (etanol) *de la industria nacional*. Sin embargo, el Acuerdo SMC no le permite al MINCIT excluir las importaciones de dicha compañía de su cálculo del volumen de las importaciones en cuestión o del consumo interno aparente. De hecho, los artículos 15.1 y 15.2 del Acuerdo SMC le exigen al MINCIT examinar el volumen de *todas* las importaciones subsidiadas.
5. Además, con respecto a su cálculo del consumo interno aparente, el MINCIT parece haber totalizado únicamente las importaciones de alcohol combustible (etanol) de los Estados Unidos y el volumen de ventas de los productores nacionales. Parece altamente improbable que no se realizaran importaciones de alcohol combustible (etanol) de países distintos de los Estados Unidos durante el período de investigación. De hecho, una revisión de las estadísticas oficiales de importación de Colombia para la subpartida arancelaria 2207.20 indica que hay importaciones significativas de etanol por lo menos de Ecuador durante el período de investigación. Sin incluir dicho alcohol combustible (etanol) de países “no examinados”, el cálculo del consumo interno

¹ Informe de Hechos Esenciales en 407.



28 FEB. 2020

aparente y los cálculos de participación de mercado resultantes del MINCIT se encuentran viciados.

B. Price

6. El MINCIT no presentó *evidencia* de ningún efecto de las importaciones en cuestión sobre el precio del alcohol combustible (etanol) producido en el país. De hecho, el MINCIT incluso reconoció que “no se encontraron perjuicios en términos del precio implícito real del alcohol combustible (etanol) fabricado por la industria nacional, dado que el mercado de biocombustibles en Colombia está regulado”.² Por lo tanto, a pesar de que el MINCIT descubrió que el precio unitario promedio de las importaciones en cuestión disminuyó, no hay evidencia de que las importaciones en cuestión disminuyeran o tuvieran algún otro efecto adverso en los precios internos.

7. El solicitante reconoció además que “a pesar de que los importadores de etanol reciben el mismo precio que los productores nacionales, debido a que esta variable se encuentra regulada, la ventaja competitiva que les ofrecen las importaciones subsidiadas es que el costo de importación es mucho más bajo que el de los productores nacionales”.³ A pesar de la afirmación del solicitante de que esto genera graves “daños y perjuicios” a la industria nacional, en un escenario en el que tanto los importadores como los productores nacionales ofrecen el mismo precio a los usuarios finales, parece que la industria nacional no sufre efectos perjudiciales en los precios de las importaciones en cuestión.

8. Con respecto a su análisis de subvaloración de precios, el MINCIT pareció no haber comparado los precios de las importaciones en cuestión con el producto nacional similar en los mismos niveles o niveles similares de comercio, es decir, incluyendo los mismos costos y márgenes de ganancia, del mismo tipo de punto de ventas, para el mismo tipo de cliente. El MINCIT parece haber comparado el precio unitario promedio del producto nacional similar con el “precio nacionalizado” promedio de las importaciones en cuestión, que parece tener en cuenta un margen de ganancia “debido a la comercialización”, pero no tiene en cuenta ningún otro costo de importación.

9. Además, los precios unitarios promedio que analizó el MINCIT no tuvieron en cuenta ninguna combinación de productos o diferencias de tamaño de empaque entre las dos fuentes. Además, no parece que el MINCIT haya considerado si la subvaloración de precios fue “significativa” a la luz del hecho de que las importaciones estadounidenses sobrevendieron el producto nacional similar en el año 2016.

C. Impacto y Causación

² Informe de Hechos Esenciales en 446.

³ Informe de Hechos Esenciales en 451.



28 FEB. 2020

10. A la luz de la falta de efectos en los precios, al considerar si se ha producido un aumento “significativo” en las importaciones, el MINCIT no pareció reconocer que el volumen de las importaciones en cuestión y la participación en el mercado aumentaron en 2017, no porque las importaciones en cuestión compitieran con el producto nacional similar con base en el precio. Por el contrario, el volumen de las importaciones en cuestión y la participación en el mercado aumentaron debido a un desastre natural a principios de 2017, el cual desencadenó un mecanismo establecido en la Resolución 90454/2014 que permite más importaciones “suficientes para equilibrar la oferta en el mercado interno”.

11. Al examinar más a fondo el impacto, el MINCIT no encontró “perjuicios” con respecto a los márgenes de ganancias brutas e ingresos operativos de la industria nacional. De hecho, cuando el volumen de importaciones en cuestión y la participación de mercado alcanzaron sus niveles más altos en el segundo semestre de 2017, los márgenes de las ganancias brutas y los ingresos operativos de la industria nacional aumentaron.

12. Además, el MINCIT no estableció una relación causal entre las importaciones supuestamente subsidiadas y cualquier deterioro en la condición de la industria nacional. En la medida en que la industria nacional sufrió disminuciones en los volúmenes de ventas y producción, utilización de capacidad e ingresos por ventas netas entre los períodos críticos y de referencia, que fueron mayores que la disminución del 13,32 por ciento en el consumo interno aparente, dichas disminuciones no fueron causadas por las importaciones en cuestión.⁴

13. A medida que el volumen de las importaciones en cuestión y la participación en el mercado aumentaron entre el primer semestre de 2016 y el segundo semestre de 2016 y aumentaron nuevamente entre el primer semestre de 2017 y el segundo semestre de 2017, los volúmenes de ventas y producción de la industria nacional, la utilización de la capacidad y los ingresos por ventas netas también aumentaron. Dichas tendencias no indican una correlación, y mucho menos una relación causal, entre el aumento del volumen de las importaciones en cuestión y la participación en el mercado y la disminución de las ventas y los volúmenes de producción de la industria nacional, la utilización de la capacidad y los ingresos por ventas netas.

14. Además, por lo menos con respecto al volumen de ventas de la industria nacional, el MINCIT parece haber reconocido que el patrón ascendente y descendente del volumen de ventas sigue el mismo patrón ascendente y descendente del consumo interno aparente y no del volumen de las importaciones en cuestión.⁵ Por lo tanto, parecería que la disminución en el consumo interno

⁴ El MINCIT encontró disminuciones en la productividad, salarios mensuales reales, empleo directo, ganancias brutas e ingresos operativos, que fueron todos menores que la disminución del 13,23 por ciento en el consumo interno aparente entre los períodos críticos y de referencia.

⁵ *Vea el Informe de Hechos Esenciales* en 448-49 (entre el primer y segundo semestre de 2015, el volumen de ventas de los productores nacionales y el consumo interno aparente aumentaron, mientras que el volumen de las importaciones en cuestión disminuyó; entre el segundo semestre de 2015 y el primer semestre de 2016, el volumen de ventas de los productores nacionales y el consumo interno aparente disminuyeron, mientras que el volumen de las





aparente y no el aumento de las importaciones sujetas dio lugar a una disminución en los volúmenes de ventas de la industria nacional.

15. El MINCIT reconoció que el inventario de productos terminados de alcohol combustible (etanol) se llevó a sus “niveles históricos más altos” debido a la “normalización de la producción”, que “coincidió con la derogación de la Resolución 90454/2014”.⁶ Por lo tanto, parece que el MINCIT reconoció que el inventario de productos terminados aumentó a sus niveles más altos en 2017 no porque los productores nacionales estaban sufriendo pérdidas en las ventas por las importaciones en cuestión y tuvieron que mantener más inventario como resultado de ello, sino porque los productores nacionales recuperaron su capacidad de producción durante un período en el que ya se había permitido un mayor volumen de importación en Colombia “para equilibrar la oferta en el mercado interno”.

16. De conformidad con el Artículo 15.5 del Acuerdo SMC, el MINCIT no debe atribuir a las importaciones en cuestión ningún perjuicio sufrido por la industria nacional en el año 2017 debido a un desastre natural (fuertes lluvias). Si bien el MINCIT parece implicar que cualquier perjuicio causado por este desastre natural a principios de 2017 fue solo temporal, esto no excusa al MINCIT de su obligación de “examinar cualquier *factor conocido*” y no atribuir los perjuicios causados por estos otros factores a las importaciones en cuestión.

17. Del mismo modo, el MINCIT no debe atribuirle a las importaciones en cuestión a ningún perjuicio que la industria nacional haya sufrido como resultado de los cambios en el precio del azúcar frente al etanol, lo que puede haber llevado a una mayor producción nacional y ventas de azúcar en lugar de etanol.

III. ASUMIENDO ARGUENDO QUE EXISTEN PERJUICIOS, LA VALORACIÓN DEL MINCIT DE LOS PRESUNTOS SUBSIDIOS ES INNECESARIAMENTE INFLADA

A. El análisis de transferencia tiene como resultado un valor inflado de los presuntos subsidios.

18. En el informe de hechos esenciales se encuentra (página 255) que *como máximo el 38,36 por ciento* del maíz estadounidense producido en el año 2017 fue utilizado para producir etanol y coproductos. Sin embargo, se establece en un escenario que el 65,54 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz son transferidos a la producción de etanol (y coproductos) y en

importaciones en cuestión aumentó; entre el primer y el segundo semestre de 2016, el volumen de ventas de los productores nacionales y el consumo interno aparente aumentaron, mientras que el volumen de las importaciones en cuestión también aumentó; entre el segundo semestre de 2016 y el primer semestre de 2017, el volumen de ventas de los productores nacionales y el consumo interno aparente disminuyeron, mientras que el volumen de las importaciones en cuestión aumentó; y entre el primer y segundo semestre de 2017, el volumen de ventas de los productores nacionales y el consumo interno aparente aumentaron, mientras que el volumen de las importaciones en cuestión también aumentó).

⁶ Informe de Hechos Esenciales en 419, n.160.



28 FEB. 2020

un segundo escenario que el 95,34 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz son transferidos a la producción de etanol (y coproductos).

19. Estados Unidos sostiene que es irreconciliable aplicar la mayoría (65,54 por ciento), y mucho menos sustancialmente (95,34 por ciento), de los presuntos subsidios a la producción de maíz a la producción de etanol y coproductos cuando se utilizó menos de la mayoría (38,36 por ciento) del maíz para esos fines de producción. A menos de que dichos presuntos subsidios a la producción de maíz aguas arriba estén vinculados específicamente a la producción de etanol (y coproductos) aguas abajo, lo cual no es así, no existe ninguna base para transferir ningún porcentaje de los presuntos subsidios a la producción de maíz por encima del porcentaje de maíz que fue utilizado para la producción de etanol (y coproductos).

20. Además, el Artículo 19.4 del Acuerdo SMC establece que “[n]o se impondrá ningún derecho compensatorio a ningún producto importado que exceda el monto del subsidio que se determine que existe, calculado en términos de subvención por unidad de producto subsidiado y exportado”. Aquí, con el fin de calcular el monto de los subsidios sujetos a derechos compensatorios, el MINCIT debe enfocarse en el “monto del subsidio que se encontró que existe con respecto al producto importado”. El “producto importado” investigado por el MINCIT es el etanol, **no el maíz**. Como se mencionó anteriormente, la evidencia en el registro demuestra que no más del 38,365 por ciento de cualquier presunto subsidio debe considerarse como una transferencia al etanol (y coproductos). Por esta razón, el MINCIT debe distribuir el monto de los presuntos subsidios recibidos por los productos de maíz aguas arriba en su análisis de transferencia al etanol aguas abajo. De lo contrario, la metodología actual del MINCIT exagera enormemente el monto del subsidio que se ha encontrado que existe para el producto importado, etanol, al distribuir la mayoría, o sustancialmente todos, los presuntos subsidios recibidos por la industria del maíz al etanol. Estados Unidos insta firmemente al MINCIT a corregir este error fundamental para su determinación final.

21. En las tablas que se indican a continuación se demuestra cómo no más del 38,36 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz pueden transferirse a la producción de etanol:

Porcentaje de la producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos en el año 2017 (p. 281)

A) Cantidad de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos (toneladas métricas)	142.370.123
dividido por /	/
B) Cantidad de la producción de maíz de EE.UU. (toneladas métricas)	371.098.531
es igual a =	=
C) Porcentaje de la producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos	38,36%

22. Aplicando este mismo porcentaje, 38,36 por ciento, de la producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos al monto de los presuntos subsidios de



\$4.759.325.411 a la producción de maíz que se encuentra en el informe de hechos esenciales (en la página 248) antes de su análisis de transferencia, se encuentra lo siguiente:

Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos en el año 2017

D) Monto de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. (US\$)	4.759.325.411
multiplicado por X	X
C) Porcentaje de la producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos	38,36%
es igual a =	=
E) Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos (US\$)	1.825.891.745

23. Cualquier análisis de transferencia en donde se atribuya un mayor porcentaje de presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. a la producción de etanol (y coproductos) que el porcentaje real de producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol (y coproductos) es erróneo.

24. Una forma alternativa de conceptualizar esto es calcular primero una presunta tasa general de subsidio para la producción de maíz, incluyendo el etanol y los coproductos,⁷ y luego aplicar esa tasa a la producción de etanol y coproductos. El valor resultante atribuible al etanol y los coproductos debe ser como máximo \$1.825.891.745.⁸

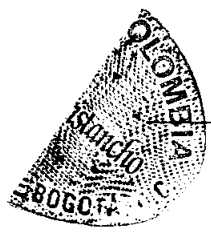
25. En la siguiente tabla se explica cómo se obtiene esta cifra.

Monto de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. (US\$)	4.759.325.411
dividido por /	/
Cantidad de la producción de maíz de EE.UU. (toneladas métricas)	371.098.531
es igual a =	=
Presunta tasa de subsidio por tonelada de maíz de EE.UU. producido (US\$)	12,82
multiplicado por X	X
Cantidad de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos (toneladas métricas)	142.370.123
es igual a =	=
Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos (US\$)	1.825.891.745

⁷ La tasa debe ser de \$12,82, la cual se calcula dividiendo el monto total de presuntos subsidios (\$4.759.325.411) por la cantidad total de maíz de EE.UU. producido (371.098.531 toneladas métricas).

⁸ Esto es obtenido al multiplicar la presunta tasa de subsidio a los productores de maíz (\$12,82 por tonelada métrica) por la cantidad de maíz utilizado para la producción de etanol y coproductos (142.370.123 toneladas métricas).





26. En resumen, si no más del 38,36 por ciento del maíz de EE.UU. es utilizado para la producción de etanol y coproductos, entonces no más del 38,36 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. pueden atribuirse a la producción de etanol y coproductos. Utilizar la cifra de los presuntos subsidios a la producción de maíz de \$4.759.325.411 como se indica en el informe de hechos esenciales, lo cual creemos exagerado, es significativamente mayor al 38,36 por ciento de estos presuntos subsidios o \$1.825.891.745 que pueden atribuirse a la producción de etanol y coproductos.

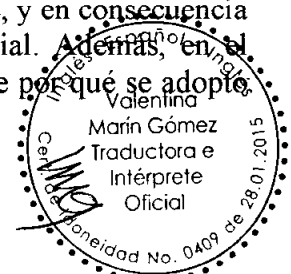
B. La cantidad del beneficio calculado de ARC y PLC es exagerada.

27. En el informe de hechos esenciales se establece (página 247) que se debe calcular la cantidad de pagos ARC/PLC a los productores de maíz con base en los beneficios obtenidos por el receptor. Sin embargo, los Estados Unidos sostiene que no es posible establecer la cantidad de pagos a los agricultores que producen maíz en un año dado porque los pagos se realizan sobre los acres base de maíz (por ejemplo, acres en los que se produjo maíz durante un período de referencia histórico) y no sobre la producción actual.

28. En cualquier caso, los Estados Unidos señala que si el MINCIT debe cuantificar un beneficio en virtud de los programas PLC o ARC para los pagos realizados en acres base de maíz durante el año 2017, el MINCIT debería asignar los pagos totales de esos programas a la producción total de todos los productos agrícolas que podrían ser producidos en virtud de esos programas. Los Estados Unidos suministró información en la audiencia y cuestionarios complementarios de que el beneficio resultante utilizando la metodología apropiada sería del cinco por ciento. Los Estados Unidos observa que el MINCIT no ha tenido en cuenta esta metodología propuesta, y los Estados Unidos no está de acuerdo con la decisión.

29. No obstante, los Estados Unidos señaló en una presentación previa que cualquier metodología alternativa requeriría de ajustes en la parte de los acres base de maíz en el total de acres base que participan en los programas, a fin de reflejar que la elegibilidad para los pagos ARC y PLC en acres base de maíz no está sujeta a la producción de maíz para recibir un pago. Los Estados Unidos observa que el informe de hechos esenciales se reconoce este ajuste propuesto al establecer el beneficio del subsidio para ARC/PLC. De hecho, en su cálculo (páginas 244-246), el MINCIT obtuvo un beneficio de ARC-CO de \$1.786.000.000, de ARC-IC de \$4.485.000 y de PLC de \$384.000.000 por un monto total de beneficios de \$2.174.485.000. Sin embargo, en lugar de utilizar esta cifra correctamente obtenida, el MINCIT, sin justificación suficiente, adoptó la metodología utilizada por la autoridad de investigación peruana, INDECOPI.

30. Como cuestión inicial, la metodología peruana pertenecía a una investigación separada realizada por una autoridad administradora completamente independiente y no relacionada con el MINCIT, y no debería tener autoridad persuasiva sobre estos asuntos. Además, esta metodología nunca fue sugerida, enviada o elaborada activamente por ninguna de las partes, y en consecuencia los méritos de la metodología nunca fueron abordados de manera sustancial. Además, en el informe de hechos esenciales no se proporcionó una explicación suficiente de por qué se adoptó el INDECOPI sobre la metodología propuesta por los Estados Unidos.



28 FEB. 2020

31. Además, la razón para rechazar la metodología de los Estados Unidos parece estar basada en la declaración (página 247) de que la metodología de los Estados Unidos “implica determinar el monto del beneficio para los productores de maíz teniendo en cuenta los desembolsos realizados para todos los productos, y no solo para el maíz”. Sin embargo, la posición de EE.UU. no es que se deban determinar los beneficios para productos distintos del maíz. En cambio, los Estados Unidos argumenta que no es posible determinar el beneficio *únicamente para el maíz* de acuerdo con ARC/PLC sin tener en cuenta los desembolsos realizados para todos los productos, con el fin de reflejar adecuadamente que un porcentaje de los pagos de “maíz” ARC/PLC fue destinado a acres base de maíz que no produjeron maíz en absoluto, sino que produjeron otros cultivos elegibles en virtud de ARC/PLC o ningún cultivo.

32. Si el MINCIT utilizara la metodología adecuada mediante la cual los beneficios totales para ARC/PLC son equivalentes a \$2.174.485.000, entonces los presuntos subsidios totales para la producción de maíz de los programas federales de maíz serían iguales a \$4.321.172.932. Esto es calculado sumando el beneficio calculado de ARC/PLC de \$2.174.485.000 al beneficio identificado en el informe de hechos esenciales para el seguro de cosechas (incluyendo SCO) de \$2.146.687.932 identificado en el informe de hechos esenciales (página 248), lo que equivaldría a un presunto beneficio total de los programas federales de maíz de \$4.321.172.932, y no \$4.759.325.411. Replicando la tabla anterior usando estos montos más precisos de presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU., el monto máximo de presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que se puede atribuir a la producción de etanol y coproductos es de \$1.657.796.705:

Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos en el año 2017

Monto más preciso de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. (US\$)	4.321.172.932
multiplicado por X	X
Porcentaje de la producción de maíz de EE.UU. utilizado para la producción de etanol y coproductos	38,36%
es igual a =	=
Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos (US\$)	1.657.796.705

Los Estados Unidos sostiene que el monto máximo de presuntos subsidios a la producción de maíz que luego podrían atribuirse al etanol y los coproductos es igual a \$1.657.796.705.

El monto máximo del presunto beneficio del subsidio para el etanol y coproductos debe distribuirse correctamente entre el etanol y los coproductos.

33. Habiendo establecido que no es posible transferir más de \$1.657.796.705 de los presuntos subsidios a los productores de maíz a la producción de etanol y coproductos, en la determinación final se debe entonces distribuir correctamente este monto entre el etanol y los coproductos de la producción de etanol. Como el MINCIT señala correctamente a lo largo del informe (consultar las páginas 271-279), existe una multitud de documentos que respaldan claramente la posición de los



Estados Unidos de que no más del 68,75 por ciento de los presuntos subsidios para etanol y coproductos deben atribuirse únicamente al etanol, y que el resto debe ser atribuido a los coproductos de etanol. En otras palabras, dado que el monto máximo de los presuntos subsidios a los productores de maíz que pueden transferirse a la producción de etanol y coproductos es de \$1.657.841.307, entonces distribuir el porcentaje correcto de lo anterior únicamente al etanol, es decir, no más del 68,75 por ciento, sería equivalente a una distribución para el etanol únicamente de \$1.139.765.899.

En la siguiente tabla se explica cómo se obtiene esta cifra.

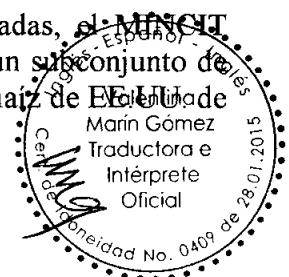
Monto máximo de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido a la producción de etanol y coproductos (US\$)	1.657.796.705
multiplicado por X	X
Porcentaje de maíz utilizado para la producción de etanol y coproductos que es asignado únicamente al etanol	68,75%
es igual a =	=
Monto de los presuntos subsidios a la producción de maíz de EE.UU. que puede ser atribuido únicamente a la producción de etanol (US\$)	1.139.735.235

34. Por lo tanto, los Estados Unidos sostiene que del monto de \$4.321.172.932 de los presuntos subsidios federales a la producción de maíz, únicamente se puede asignar \$1.139.765.899 a la producción real de etanol. En otras palabras, no más del 26,38 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz se pueden distribuir al etanol. Esto demuestra un contraste evidente con el informe de hechos esenciales en donde se encuentra en el escenario uno que el 65,54 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz se distribuyen al etanol y que encuentra en el escenario dos que el 95,34 por ciento de los presuntos subsidios a la producción de maíz se distribuyen al etanol. Es un error fundamental e irreconciliable encontrar que grandes porcentajes de subsidios a la producción de maíz son atribuibles al etanol mayor al porcentaje real de maíz utilizado para producir etanol.

C. El MINCIT utiliza selectivamente los datos de productores y exportadores de EE.UU.

35. Los Estados Unidos observa que en el informe de hechos esenciales se encontró que el precio interno adecuado del maíz estadounidense para compararlo con la referencia internacional es el precio que el productor del etanol realmente pagó por el maíz, el cual fue utilizado para producir el etanol que se exportó a Colombia. Como se indica en el registro, el exportador presentó el precio de todo el maíz comprado en 430 transacciones separadas por el productor de etanol enviado a Colombia. También se señaló que el valor promedio de compra de maíz estadounidense por parte del productor fue de \$151,93 por tonelada métrica y este sería el precio más apropiado para que el MINCIT lo utilice como precio interno del maíz estadounidense.

36. Desafortunadamente, sin proporcionar razones suficientemente detalladas, el MINCIT eligió usar únicamente un cierto número de estas transacciones, con base en un subconjunto de (56) facturas de muestra proporcionadas, para establecer el precio interno del maíz de EE.UU. de \$145,72 por tonelada métrica.



28 FEB. 2020

37. Promediar del precio del maíz que se encuentra en las facturas de muestra no representa la totalidad de las transacciones reales indicadas en el registro. Además, el uso de esta metodología podría convertirse en un precedente para que las futuras partes proporcionen información que sesgue los valores de muestra a un nivel más alto sin demostrar necesariamente que la información total proporcionada era precisa.

D. El precio de referencia internacional no debe cambiar con respecto a la determinación preliminar.

38. En comparación con el informe técnico de la determinación preliminar, el informe de hechos esenciales aumenta sustancialmente el precio de referencia internacional que utiliza como punto de referencia. Los Estados Unidos sostiene que el precio de referencia internacional apropiado reconocido por las principales autoridades internacionales externas a los Estados Unidos debe ser de \$154,5 para 2017, tal como se presenta en la página 65 de la respuesta al cuestionario inicial de los Estados Unidos. El punto de referencia de la determinación preliminar del MINCIT reflejó de alguna manera este nivel de precios. Sin embargo, el informe de hechos esenciales se basa en última instancia en la información del informe de inicio, el cual refleja un precio de referencia internacional mucho más alto de \$177,59.

39. Como se indicó en la respuesta al cuestionario inicial de los EE.UU., Si Colombia insiste en usar precios de referencia más altos, el MINCIT debe asegurarse de comparar dichas referencias con los precios de maíz correspondientes y representativos en los Estados Unidos. Para hacer una comparación precisa entre los precios importados de referencia y los precios internos de EE.UU., el MINCIT debe comparar los precios importados con los precios internos en los mercados en los que se importan.

40. Como se señaló en la respuesta al cuestionario inicial de los Estados Unidos, si las importaciones de maíz de Canadá, Argentina y Brasil son analizadas por los distritos aduaneros informados dentro de los Estados Unidos, la mayoría de estas importaciones se realizan en lugares donde los precios son considerablemente más altos que el precio utilizado por Colombia como el precio estadounidense “subsidiado” del maíz contra el cual comparar su precio de referencia. Como se señaló en la página 68 de nuestra respuesta al cuestionario inicial, el promedio ponderado de la diferencia entre los precios de las importaciones a los Estados Unidos y los precios en los lugares donde se importó el maíz fue de \$14,31 para obtener un promedio ponderado del precio interno de \$163,28 por tonelada métrica. Cuando se utiliza esta comparación de referencia más representativa que refleja los precios de mercado donde se realizaron las importaciones, el monto del “subsidio” encontrado usando el sistema de precios de referencia es considerablemente menor que aquel encontrado en el informe de hechos esenciales, y sería similar al 26,38 por ciento de los presuntos subsidios que pueden atribuirse al etanol.

IV. CONCLUSIÓN

41. Los Estados Unidos solicita encarecidamente al MINCIT que tenga debidamente en cuenta todos los puntos formulados en estos comentarios. Los Estados Unidos sostiene firmemente que



la industria nacional colombiana no ha sufrido ningún perjuicio sustancial real o potencial como resultado de las importaciones de alcohol combustible (etanol) desde los Estados Unidos. Incluso si el MINCIT considera que existe un perjuicio sustancial o una amenaza de ello, los Estados Unidos insta al MINCIT a reevaluar cuidadosamente las preocupaciones adicionales en estos comentarios y reevaluar la precisión de los hallazgos contenidos en los informes de hechos esenciales.



28 FEB. 2020

DIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR

Versión Pública: _____

Folio No. 9289

**PIRMA REGISTRADA DILIGENCIA DE
AUTENTICACION**

NOTARIA
11

El suscrito Notario 11 del Círculo de Bogotá certifica que la firma que aparece en este documento guarda similitud con la registrada en ésta notaria por VALENTINA MARIN GOMEZ según la confrontación que se ha hecho de ella(s). Bogotá D.C. 28/02/2020



Valentina



2e7415baf1dacc22915f686e02167838

