



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

RESOLUCIÓN NÚMERO 137 DE 11 JUL. 2023

()

“Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa”

LA DIRECTORA DE COMERCIO EXTERIOR (E)

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que les confieren el numeral 5, artículo 18 del Decreto Ley 210 de 2003 modificado por el artículo 3 del Decreto 1289 de 2015, el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 653 de 2022 por el cual se adiciona el Capítulo 9 al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, relacionado con la aplicación de derechos compensatorios, la Resolución 0638 del 2 de junio de 2023 y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Resolución 089 del 29 de abril de 2022, publicada en el Diario Oficial 52.023 del 3 de mayo de 2022, la Dirección de Comercio Exterior ordenó el inicio del examen de extinción con el objeto de determinar si la supresión de los derechos compensatorios impuestos mediante la Resolución 069 del 30 de abril de 2020 a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos, clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.00 actualmente clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.10, permitiría la continuación o la repetición de la subvención y del daño que se pretendía corregir, ordenando a su vez mantener vigentes los derechos compensatorios definitivos durante el examen de extinción de conformidad con el artículo 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022.

Que a través de la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023, publicada en el Diario Oficial 52.336 del 14 de marzo de 2023, la Dirección de Comercio Exterior dispuso la terminación del examen de extinción de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.10 originarias de los Estados Unidos, abierto mediante la Resolución 089 del 29 de abril de 2022, manteniendo los derechos compensatorios definitivos impuestos mediante la Resolución 069 del 30 de abril de 2020, en la forma de un derecho específico de USD 0,06646 por cada kilogramo de peso neto de la mercancía sujeta al derecho, adicional al arancel aplicable a la mencionada subpartida según el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Colombia y Estados Unidos de América, por un periodo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la misma, los cuales serán objeto de revisión en el término de tres (3) años.

Que la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023 se comunicó al Gobierno de los Estados Unidos, al peticionario, a los importadores, a los exportadores, a los productores nacionales y extranjeros conocidos del producto objeto de examen de extinción, así como al representante diplomático del país de origen de las importaciones objeto de las medidas impuestas en la resolución en comento, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 653 de 2022.

Que de acuerdo con lo señalado en el Decreto 653 de 2022, la Autoridad Investigadora garantizó la participación y el derecho de defensa de las partes interesadas, y en general, de quienes acreditaron interés en la investigación, a través de notificaciones, comunicaciones, envío y recibo de cuestionarios, práctica de pruebas, visitas de verificación, alegatos y envío de los hechos esenciales del examen de extinción.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

SOLICITUD DE REVOCATORIA

Por medio de escrito radicado No. 1-2023-017360 del 16 de mayo de 2023, la apoderada especial de la compañía MUREX LLC y de las asociaciones U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, con fundamento en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solicitó la revocatoria directa de la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023 argumentando que la misma resulta manifiestamente contraria a las normas superiores en que debía fundarse, que genera un agravio injustificado y que es opuesta al interés público, sustentándose en lo siguiente:

- A. "LA RESOLUCIÓN 044 DEL 13 DE MARZO DE 2023 ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA AL ARTÍCULO 21.3 DEL ACUERDO SMC DE LA OMC Y LOS ARTÍCULOS 2.2.3.9.9.2. Y 2.2.3.9.10.1 DEL DECRETO 653 DE 2022, DEBIDO A QUE NO SE PRESENTÓ UN ANÁLISIS PROSPECTIVO QUE PERMITA DETERMINAR QUE LA SUPRESIÓN DE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS DARÍA LUGAR A LA CONTINUACIÓN O REPETICIÓN DEL DAÑO"**

Señala la apoderada especial que a partir de la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 93 del CPACA, los actos administrativos deberán ser revocados por quien los hubiere expedido, en el caso en que, al cotejar el contenido y fundamento esgrimido en el acto, se evidencie la configuración de una incongruencia con la Constitución o la Ley.

Manifiesta la apoderada especial: "(...)"

Se evidencia que el MinCIT fundamentó la decisión de mantener los derechos compensatorios definitivos impuestos mediante la Resolución 069 del 30 de abril de 2020, en la premisa de que, de suprimirlos, se permitiría la continuación o repetición de la práctica de la subvención y del daño que se pretendía corregir. No obstante, en el expediente administrativo no obra ningún análisis prospectivo del daño. Pese a las repetidas advertencias de las partes interesadas sobre la falta de prueba del análisis prospectivo requerido por el MinCIT para determinar la continuación del daño, la peticionaria no presentó dicho análisis.¹ (...)

*Ahora bien, solo a partir de un análisis **prospectivo**, la Autoridad Investigadora podía determinar la existencia de probabilidad de continuación o reiteración del daño, pues esta era la única manera de evidenciar objetivamente cuáles serían los efectos de la supresión del derecho compensatorio.*

(...)

Más aún, la propia Autoridad Investigadora incluso en los exámenes adelantados durante y con posterioridad a la pandemia, había acogido esta posición realizando análisis prospectivos, al comparar un periodo de cifras reales con un período de cifras proyectadas para validar el efecto que tendría la supresión de los derechos compensatorios:

(...)

*Así las cosas, resulta claro que, para el MinCIT pueda prorrogar los derechos compensatorios en el marco de un examen de extinción, con fundamento en que la supresión de los derechos probablemente provocaría la continuación o la reiteración del daño, este debe demostrar que: (i) realizó un análisis **prospectivo**; (ii) a partir*

¹ ESV-249-1-1, tomo 13, folio 59.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

del cual concluyó que existía una **probabilidad** de que la **supresión del derecho provoque la continuación o reiteración de un daño importante;** (iii) dentro de un **término razonablemente previsible.**

Ahora bien, a partir del contenido literalmente incorporado en la Resolución objeto de la presente Solicitud de Revocatoria, se evidencia que el examen de extinción objeto de estudio carece de un análisis prospectivo basado en un material probatorio sólido que permita alcanzar el estándar probatorio exigido para determinar la existencia de "probabilidad" de la continuación y reiteración del daño, la Autoridad Investigadora únicamente tuvo en consideración el comportamiento de las variables en el periodo comprendido entre el primer semestre de 2018 y el segundo semestre de 2021, pretermitiendo así la realización de un análisis prospectivo.

Adicionalmente, acotar el periodo del análisis del daño a las cifras reales del periodo comprendido entre el primer semestre de 2018 y el segundo semestre de 2021, sin que existan pruebas sobre la forma en la que estas variables se comportarían en ausencia y en presencia del derecho, no solo implica la inexistencia de un análisis prospectivo, sino que también implica **reconocer que no se tiene información concreta sobre el probable comportamiento del mercado dentro de un término razonablemente previsible, mucho menos, evidencia que permita justificar una prórroga de los derechos por cinco (5) años.**

(...)

B. "LA RESOLUCIÓN 044 DEL 13 DE MARZO DE 2023 ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA, AL ARTÍCULO 19.4 Y PIE DE PÁGINA 36 DEL ACUERDO SMC DE LA OMC Y A LOS ARTÍCULOS 2.2.3.9.1.1, 2.2.3.9.7.1, 2.2.3.9.3.1 DEL DECRETO 653 DE 2022, DEBIDO A QUE IMPONE UN DERECHO COMPENSATORIO SUPERIOR A LA CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN PROBADA Y DETERMINADA POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA EN EL EXAMEN DE EXTINCIÓN"

Indica la apoderada especial:

"A partir de los presupuestos fácticos acotados en la presente solicitud de Revocatoria Directa, se evidencia que: (i) desde el envío de cuestionarios, la Autoridad Investigadora determinó que el periodo de análisis de la subvención sería el año 2020; (ii) en la Resolución 044/2023 y en el Informe Técnico Final, la Autoridad Investigadora determinó que el valor de la subvención para el año 2020 fue de USD 0,02991 kilogramo neto en términos absolutos y 5,86% en términos relativos ; y (iii) pese a lo anterior, decidió prorrogar los derechos compensatorios en la cuantía determinada en la investigación inicial (calculados para el periodo 2017), esto es USD 0,06646 USD por cada Kilogramo, el doble de la subvención encontrada para el periodo de análisis.

(...)

Así entonces, se tiene que tanto el Acuerdo SMC como el Decreto 653 establecen que, en la medida en el que los derechos compensatorios son un mecanismo para "neutralizar" el efecto de la subvención y "restablecer" las condiciones de competencia distorsionada por esta la cuantía del derecho compensatorio no puede ser nunca superior a la cuantía de la subvención probada. De lo contrario, el MinCIT estaría aumentando injustificadamente el costo de un bien para una parte y, con ello, generando un beneficio al competidor que no está obligado por el derecho compensatorio, esto es, de no limitar la cuantía de la subvención, se generarían distorsiones aún mayores a las que intenta contrarrestar el derecho compensatorio.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

En consecuencia, al constituirse como una premisa fáctica debidamente probada en el expediente administrativo que el valor de las subvenciones al etanol importado desde Estados Unidos durante el 2020 correspondía a 0,0991 USD/kilogramo, resulta claro que el MinCIT no estaba facultado para imponer un derecho compensatorio superior a este valor.

Al imponer un derecho compensatorio por valor de USD 0,06646 en Resolución 044/2023, el MinCIT infringió directamente las disposiciones contenidas en el artículo 19.4 y pie de página 36 del Acuerdo SMC y en los artículos 2.2.3.9.1.1, 2.2.3.9.7.1, 2.2.3.9.3.1 del Decreto 653 de 2022, pues la determinación adoptada: (i) no cumple la finalidad de neutralizar los efectos de la subvención mediante la imposición de un derecho compensatorio, y (ii) genera una distorsión en el mercado al obligar a los importadores de etanol originario de Estados Unidos de América a pagar una cuantía de derecho compensatorio superior al valor de la subvención determinada por la Autoridad Investigadora.

Por lo tanto, al negar el recalcu del derecho compensatorio e imponer un derecho compensatorio superior al beneficio realmente percibido en el periodo investigado el MinCIT: (i) fundamentó la prórroga y estimación de un derecho compensatorio en la pretensión de los hechos real y efectivamente probados dentro del expediente administrativo, esto es que el valor de subvención determinado fue de 0,02991 USD/kilogramo, y (ii) transgredió las disposiciones incorporadas en los artículos 19.4 y pie de página 36 del Acuerdo SMC de la OMC y artículos 2.2.3.9.1.1; 2.2.3.9.7.1, 2.2.3.9.3.1 del Decreto 653 de 2022. (...)"

C. "LA RESOLUCIÓN 044 DEL 13 DE MARZO DE 2023 ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA AL ARTÍCULO 6 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA; ARTÍCULO 19.4 Y 21.1 DEL ACUERDO SMC Y ARTÍCULOS 2.2.3.9.1.3, 2.2.3.9.3.1 Y 2.2.3.9.11.9 DEL DECRETO 653 DE 2022, PUESTO QUE LA AUTORIDAD NO ERA COMPETENTE PARA DETERMINAR LA IMPOSICIÓN DE UN DERECHO COMPENSATORIO SUPERIOR A LA CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN DETERMINADA PARA EL PERIODO DE INVESTIGACIÓN"

Señala la apoderada especial:

"En la Resolución 044/2023, el MinCIT decidió mantener el derecho compensatorio en su nivel original anterior, esto es de \$0,06646 USD/Kg (el cual se calculó para el período de investigación del año calendario 2017), en lugar de aplicar el derecho al nivel de la subvención determinada para el periodo 2020, correspondiente a \$0,02991 USD por Kilogramo.

La única justificación en la Resolución 044/2023 para imponer un derecho superior a la subvención efectivamente encontrada en el periodo (2020), es que el Comité de Prácticas Comerciales supuestamente no tiene la obligación de realizar un recalcu de los derechos compensatorios según el artículo 21.3 al Acuerdo SMC para reflejar el nivel real de subsidio encontrado en un examen de extinción:

(...)

No obstante, la Autoridad Investigadora no tiene la discrecionalidad para imponer un derecho compensatorio superior al efectivamente encontrado de acuerdo con el monto de la subvención para el periodo de análisis bajo la norma colombiana ni bajo ASMC. Primero, el principio de legalidad establecido en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente:

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

"Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones" (Subraya fuera de texto).

La norma específica aplicable a este caso, el artículo 2.2.3.9.11.9 del Decreto 653 de 2022 establece que la Dirección de Comercio Exterior deberá imponer los derechos compensatorios de acuerdo con la recomendación del Comité de Prácticas Comerciales y, en relación con la competencia del Comité de Prácticas Comerciales este artículo dispone lo siguiente:

"(...) **Comité de Prácticas Comerciales:** Recomendar a la Dirección de Comercio Exterior sobre los compromisos de precios, los resultados del estudio final adelantado por la Subdirección de Prácticas Comerciales dentro de la investigación, la imposición, supresión, prórroga o modificación de los derechos compensatorios definitivos y la terminación de los compromisos de precios (...)"(Subraya y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, el Comité de Prácticas Comerciales sí es competente para recomendar una modificación a los derechos compensatorios y la Dirección de Comercio Exterior es competente para tomar la determinación final y modificar el derecho compensatorio.

Segundo, la norma y jurisprudencia colombiana establecen los límites de las facultades regladas y discrecionales de las autoridades. El artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que en algunos casos las autoridades serán competentes para tomar decisiones discrecionales:

"Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

(...)

Así, las decisiones discrecionales no pueden ser contrarias a la norma que las autoriza y desproporcional a los hechos que le sirven de causa. En este caso, el marco normativo sustantivo aplicable – el ASMC y el Decreto 653 de 2022 – establece reglas claras para fijar la cuantía de los derechos compensatorios, esto es, que no pueden exceder el monto de la subvención encontrada, y no permite una decisión discrecional de la Autoridad Investigadora por fuera de dicho límite.

Tercero, el ASMC no faculta al MinCIT para imponer un derecho compensatorio en exceso a la subvención específicamente encontrada. Como se mencionó en el literal B, anterior, al establecer que ningún derecho compensatorio podrá exceder el monto del subsidio encontrado por una Autoridad Investigadora, el artículo 19.4 del Acuerdo SMC estableció un claro límite a la facultad de imponer, prorrogar o modificar derechos compensatorios:

(...)

El MinCIT alegó que el artículo 21.3 del Acuerdo SMC no le exige ajustar los derechos compensatorios para reflejar el nivel real de subsidio encontrado en un examen de extinción. Como soporte de su interpretación del Artículo 21.3 del Acuerdo SMC, el MinCIT citó dos (2) decisiones del Órgano de Apelación de la OMC. No obstante, al revisar el contenido literal de las decisiones citadas en la

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

Resolución 044 de 2023 se evidencia que estas no están relacionadas con la obligación de recalcular el derecho compensatorio, ni mucho menos autorizan que la Autoridad Investigadora imponga un derecho compensatorio en vulneración del límite establecido en el Artículo 19.4 ASMC:

(...)

Al respecto, la Autoridad Investigadora concluyó que como el Órgano de Apelación "no aceptó explícitamente que sea obligatorio para la autoridad modificar el derechos compensatorio como resultado del examen de esos nuevos programas", la autoridad podría ignorar el derecho específicamente calculado.

Esta interpretación es errónea pues llega a conclusiones a las que el Órgano de Apelación no llegó. Estamos de acuerdo, y así lo determinó el Órgano de Apelación, que en un examen de extinción la Autoridad puede revisar nuevos programas como es efecto lo hizo la Autoridad Investigadora en el examen de extinción, pero eso no permite a la Autoridad a imponer derechos compensatorios por encima del subsidio específicamente encontrado, en violación de artículo 19.4.

En consecuencia, si en un examen de extinción la peticionaria específicamente solicita un recalcule de los derechos y en ese ejercicio se determina un nivel de subvención inferior al derecho compensatorio inicialmente impuesto, el MinCIT está obligado a reducir dicho derecho de manera tal que se constituya en una "medida necesaria para contrarrestar la subvención". Una situación diferente hubiera sido si la Peticionaria no hubiera solicitado el recalcule de los derechos sino simplemente su continuación, y en consecuencia no se hubieran aportado las pruebas de los subsidios.

En línea con lo anterior, el artículo 21.3 ASMC especifica además que el derecho original puede permanecer en vigor solo "a la espera del resultado del examen." Una vez el examen de extinción encuentra un nivel de subsidio más bajo o ningún subsidio, el derecho compensatorio debe ajustarse a ese nivel de subsidio. Los artículos 19.4 y 21.3 del Acuerdo SMC son completamente consistentes en este punto.

De acuerdo con las normas anteriormente referenciadas, resulta palmaria la limitación a todos los miembros de la OMC para "suprimir, prorrogar o modificar" los derechos compensatorios inicialmente impuestos, de manera que estos nunca superen los niveles necesarios para contrarrestar el subsidio y, si el nivel del subsidio disminuye, con él disminuye el valor del derecho compensatorio.

En el caso concreto se tiene que:

(i) La Autoridad Investigadora inició el examen de extinción a petición de FEDEBIOCOMBUSTIBLES, quien solicitó específicamente que se recalculara el derechos para duplicar el monto encontrado en la investigación original.

(ii) En este examen, la Autoridad Investigadora dispuso que el periodo de investigación para el subsidio sería el año 2020, en vista de lo cual solicitó al Gobierno de Estados Unidos y la industria estadounidense que aportara la información específicamente relacionada con este año.

(iii) De acuerdo con la información detallada, la Autoridad investigadora determinó que la subvención percibida para el año 2020 (periodo de investigación) fue de \$0.02991 USD/Kilogramo neto en términos absolutos y de 5,86% en términos relativo.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

(iv) No obstante, basándose en una interpretación manifiestamente contraria al Acuerdo SMC y al Decreto 653 de 2022, decidió ignorar su propio cálculo e impuso un derecho compensatorio superior a la cuantía de la subvención, con base en el análisis realizado para el año 2017 (periodo de investigación de la investigación inicial).

Sobre el particular es preciso resaltar que en el Artículo 21 del Acuerdo SMC no hay ninguna disposición que le permita concluir a la Autoridad Investigadora que tiene facultades discrecionales para mantener un derecho más elevado a la cuantía de la subvención. El Artículo 21 debe leerse en conjunción con el Artículo 19.4 del Acuerdo SMC, ya que, como destacó el Órgano de Apelación en la decisión Corea – productos lácteos, es un principio general del derecho internacional consuetudinario que las disposiciones de un tratado deben interpretarse armoniosamente a fin de otorgarles a todas fuerza, significado y efecto:

(...)

Cuarto, consistente con el ASMC, el Decreto 653 de 2022, también influye la limitación del cálculo de los derechos compensatorios a los subsidios específicamente encontrados en el periodo determinado:

(...)

De lo anteriormente expuesto, deviene clara la obligación de recalcular el margen e imponer un derecho compensatorio que corresponda al periodo de investigación del examen de extinción, en este caso 2020, y no imponer un derecho superior a la cuantía de la subvención con base en las cifras obtenidas del análisis de un periodo de investigación anterior al examen, como en este caso hizo la Autoridad al prorrogar un derecho compensatorio impuesto hace 5 años con fundamento en cifras del año 2017.

(...).

D. "LA RESOLUCIÓN 044 DEL 13 DE MARZO DE 2023 ES MANIFESTAMENTE OPUESTA AL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Y EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, PORQUE VULNERO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DE LAS PARTES AL TENER EN CUENTA EVIDENCIA QUE NO FUE APORTADA NI ANALIZADA EN EL EXAMEN DE EXTINCIÓN"

Argumenta la apoderada especial:

"En la Resolución 044 de 2023, el MinCIT incluyó en las consideraciones que existían indicios de que, durante el año 2021, las subvenciones aumentaron:

"Este resultado demuestra que la práctica de las subvenciones se mantienen en el año analizado correspondiente al 2020, se reclamaron por parte de los productores de etanol y por parte de los productores de maíz dedicado a la producción de etanol, aunque en una menor cantidad de beneficios a consecuencia de la pandemia COVID 19 y no por falta de presupuesto destinado por el gobierno de los Estados Unidos para tal fin. Esto indica que en los años posteriores a 2020. Con una situación de mercado como la que se manejaba antes del COVID-19, los beneficiarios han recibido nuevamente este tipo de ayudas, incluso unas adicionales para compensar las pérdidas que se generaron en el año 2020."

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

No obstante, esta no fue una premisa fáctica que se hubiera hecho manifiesta durante ninguna de las etapas previas de la investigación, tanto sí que no existen pruebas en el expediente que permitan sostener esta afirmación. Especialmente, porque tal y como lo solicitó la Autoridad Investigadora, los interesados únicamente aportaron información sobre las subvenciones para el año 2020, no 2021.

Las partes interesadas no tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir las pruebas con base en las cuales la Autoridad Investigadora concluyó que: (i) durante el 2020 se reclamaron las subvenciones en menor cantidad de beneficios a consecuencia de la pandemia COVID, (ii) que existió una falta de presupuesto destinado por el Gobierno de Estados Unidos para tal fin, y (iii) que los beneficiarios han recibido nuevamente este tipo de ayudas.

Así entonces, dado que estos no fueron hechos que se hubieran mencionado en el informe de Hechos Esenciales, ninguna de las partes vinculadas a la investigación pudo pronunciarse al respecto dentro de las etapas procesales determinadas para estos efectos en el Decreto 653 de 2022.

Adicionalmente, la Resolución 044/2023 indica que la Autoridad Investigadora encontró subvaloración de precios, con base en la cual determinó que de terminarse los derechos compensatorios se daría una continuación del supuesto daño:

"Se encontró que se continúa presentando una subvaloración de los precios de importación con respecto al precio de los productores nacionales -4,01% en el promedio del I semestre y II semestre de 2021."

(...)

Este análisis de subvaloración tampoco fue incluido en los Hechos Esenciales ni en el material probatorio, impidiendo así que las partes se pronunciaran y ejercieran de forma adecuada su derecho a una defensa técnica sobre este punto crítico del análisis que llevó a la autoridad a extender los derechos compensatorios.

(...)

Así las cosas, la Autoridad Investigadora desconoció el debido proceso y el derecho de la prueba al considerar sin prueba alguna que: (i) durante el 2020 se reclamaron las subvenciones en menor cantidad de beneficios a consecuencia de la pandemia COVID, (ii) existió una falta de presupuesto destinado por el Gobierno de los Estados Unidos para tal fin, (iii) que los beneficiarios han recibido nuevamente este tipo de ayudas, y (iv) que hubo supresión de precios a causa de las importaciones de etanol estadounidense.

Incluso si existieran pruebas para sustentar las afirmaciones del MinCIT que los llevaron a determinar la extensión del derecho compensatorio, estas no fueron puestas en conocimiento de las partes por lo que no existió una oportunidad para controvertirlas, vulnerando así el derecho de mí representada de ejercer una defensa técnica. (...)"

E. "LA RESOLUCIÓN CUYA REVOCATORIA DIRECTA SE SOLICITA A SU HONORABLE DESPACHO CAUSA UN AGRAVIO INJUTIFICADO A LOS ACTORES"

Indica la apoderada especial:

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

"(...) se tiene que la Autoridad Administrativa se abstuvo de recalcular el derecho compensatorio específico para el periodo de análisis 2020 y se negó a imponer el derecho compensatorio efectivamente calculado y, en cambio, impuso un derecho compensatorio por el doble del valor. En virtud del principio de legalidad, la Autoridad debió imponer como máximo el derecho efectivamente calculado para evitar que el derecho compensatorio excediera el valor probado de la subvención.

(...)

Así, el hecho de prorrogar los derechos compensatorios en una cuantía que excede el valor de la subvención representa un perjuicio que los Actores tendrán que asumir injustificadamente. Pues en línea con lo señalado por la Corte Constitucional, la antijuridicidad no depende de la conducta de la administración sino de la no soportabilidad del daño. Sin tener en cuenta o no la legalidad de la Resolución 044/2023, la decisión adoptada genera que los Actores no van a poder competir en el mercado en situaciones de justas y de igualdad con las empresas productoras del producto de referencia.

El perjuicio a los Actores que impone la Resolución 044 resulta injustificado en razón de que en el proceso administrativo los Actores lograron probar que el margen de la subvención para el periodo de análisis determinado por la Autoridad Administrativa era la mitad de lo que impuso la Resolución 044/2023, como lo reconoció la misma Autoridad en los Hechos Esenciales, el Informe Técnico Final y la parte motiva de la Resolución 044/2023, la Autoridad Investigadora abiertamente desconoció el material probatorio aportado por los Actores dentro del proceso Administrativo y su propio cálculo de la subvención y decidió imponer un derecho compensatorio por encima del que calculó alegando erróneamente que no existe obligación consagrada en la ley de realizar recalcular. Así entonces, los Actores tendrán que asumir un agravio que resulta injustificado, en tanto, el valor del derecho compensatorio actual no refleja el nivel de subvención encontrado, ni las condiciones reales del mercado, tal y como se evidencia en las pruebas aportadas en el expediente administrativo.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que la Resolución 40447 de 31 de octubre de 2022 del Ministerio de Minas y Energía (**Anexo H**) estima que la demanda y oferta nacional de etanol es la siguiente:

"(...) la oferta nacional de etanol es en promedio de 8,2 millones de galones mes, mientras que la demanda para cumplir un contenido de etanol de 10% en la mezcla es de 19 millones de galones/mes, evidenciando que la oferta actual abastece únicamente el 43% del mercado."²

De acuerdo con estas cifras, y asumiendo que la demanda insatisfecha de etanol en Colombia puede ser atendida en su totalidad por el etanol importado de los Estados Unidos, se presenta la siguiente tabla que calcula, para un mes, la diferencia entre los derechos compensatorios a pagar con los derechos compensatorios impuestos por la Resolución 044 de 13 de marzo de 2023 del MinCIT por USD\$0.06646/Kg, y aquellos que serían pagaderos si los derechos compensatorios impuestos correspondieran con el monto de los subsidios probados en la investigación por USD\$0.02991/Kg. De igual manera, se presenta la cifra del total de derechos compensatorios a pagar por mes con medidas vigentes de USD\$0.06646/Kg, la cual sería equivalente al perjuicio percibido en caso de que no se hubieran prorrogado las medidas vigentes, y por ende, los derechos compensatorios fueran inexistentes.

² Resolución 40447 de 31 de octubre de 2022 del Ministerio de Minas y Energía, página 4.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

| | Millones de galones de etanol/mes | Millones de kg de etanol/mes | Total derechos compensatorios a pagar por mes con medidas vigentes de USD\$0.06646/kg (en millones de USD) | Total derechos compensatorios a pagar por mes de acuerdo con el monto de los subsidios probados en la investigación de USD\$0.02991/kg (en millones de USD) | Diferencia en los derechos compensatorios a pagar por mes (en millones de USD) |
|---|-----------------------------------|------------------------------|--|---|--|
| Demanda para cumplir un contenido de etanol de 10% en la mezcla en Colombia | 19 | 6.32 | | | |
| Oferta nacional de etanol promedio (en millones de galones/mes) | 8 | 2.73 | | | |
| Potencial de abastecimiento con etanol importado de los Estados Unidos (en millones de galones/mes) | 11 | 3.59 | 0.24 | 0.11 | 0.13 |

Fuente: Elaboración propia con base en la Resolución 40447 de 31 de octubre de 2022 del Ministerio de Minas y Energía y los derechos compensatorios impuestos a través de la Resolución 044 de 13 de marzo de 2023 del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Nota: Para la conversión de galones a kilogramos se utilizó la siguiente fórmula, la cual coincide con los cálculos realizados por parte de la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a lo largo de la investigación: Litros por galón=3.78541. Densidad del etanol, a 15°C (Kg/litro) = 0.794.

Ahora bien, a partir de estos cálculos, y reconociendo que la demanda nacional de etanol continuaría aumentando en la medida que aumente la demanda por gasolina corriente en el territorio nacional durante la vigencia de los derechos compensatorios impuestos por cinco (5) años, se estima que el perjuicio por concepto de daño emergente sería el que se presenta en la siguiente tabla. Cabe anotar que las cifras para el año 1 se calcularon de la siguiente manera: para el monto del perjuicio en el escenario con derechos compensatorios equivalentes al subsidio probado de USD\$0.02991/kg, se multiplicaron los \$0.13 millones de dólares mensuales calculados en la tabla anterior por 12 (con el fin de obtener la cifra anualizada), y posteriormente se incrementaron en un 3% tomando en consideración que estas cifras de consumo correspondían a cifras de 2022, y que la Asociación Colombiana del Petróleo y Gas estima un aumento del 3% en el consumo para el año 2023, año en que entraron en vigencia los derechos compensatorios vigentes. De igual manera, el monto del perjuicio en el escenario que la decisión fuera la no renovación de los derechos compensatorios, parte de los 0.24 millones de dólares mensuales presentados en la tabla anterior, los cuales se multiplican por 12 con el fin de obtener la cifra anualizada, y posteriormente se incrementaron en un 3% para actualizar la demanda al 2023.

| | Monto del perjuicio con derechos compensatorios equivalentes al subsidio probado de USD\$0.02991/kg (en millones de USD) | Monto del perjuicio con la no renovación de los derechos compensatorios (en millones de USD) | % Incremento anual |
|-------|--|--|--------------------|
| Año 1 | 1.62 | 2.95 | 3% |
| Año 2 | 1.66 | 3.01 | 2% |
| Año 3 | 1.69 | 3.07 | 2% |
| Año 4 | 1.72 | 3.13 | 2% |
| Año 5 | 1.76 | 3.19 | 2% |
| Total | 8.45 | 15.36 | |

Fuente: Elaboración propia. Demanda de etanol construida con base en la Resolución 40447 de 31 de octubre de 2022 del Ministerio de Minas y Energía. Derechos compensatorios tomados de la Resolución 044 de 13 de marzo de 2023 del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. % de incremento anual, tomado de las estimaciones de consumo de combustibles líquidos presentados por la Asociación Colombiana del Petróleo y Gas en el estudio Mercado de combustibles líquidos en Colombia en un contexto de transición energética (Evolución 2022 y perspectivas 2023 - 2032), página 5.

De esta manera pues, se calcula un perjuicio por daño emergente de \$8.45 millones de dólares para el escenario en que donde los derechos compensatorios que deberían aplicarse son USD\$0.02991/Kg, y un perjuicio por daño emergente de \$15.36 millones de dólares para el escenario donde no se debieron prorrogar las medidas y que los derechos compensatorios serían inexistentes. Cabe notar que los cálculos anteriores dejan por fuera la utilidad dejada de percibir por parte de los exportadores de etanol de los Estados

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

Unidos y los importadores de Colombia. También nos permitimos aclarar que bajo una metodología diferente o analizando otro tipo de variables los perjuicios podrían variar. (...)"

PETICION

La apoderada especial de la compañía MUREX LLC y de las asociaciones U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION solicita:

"Con fundamento en la configuración de la causal de Revocatoria Directa determinada en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ávidamente demostrada y desarrollada en el presente caso, respetuosamente solicitamos a su Despacho:

*De forma **PRINCIPAL** se sirva proferir Acto Administrativo de Revocatoria Directa en el sentido de determinar que no se encuentra probado que la supresión del derecho compensatorio permitiría la continuación o la repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022, dar por terminado el examen de extinción sin la prórroga de los derechos compensatorios.*

*De forma **SUBSIDIARIA** se sirva proferir un Acto Administrativo de Revocatoria Directa en el sentido de determinar, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022, y el Artículo 19.4 del ASMC, que el derecho compensatorio es igual o inferior a la cuantía de la subvención calculada para el periodo de análisis del subsidio (año 2020), esto es, USD 0,02991 por Kilogramo".*

ANEXOS

La apoderada especial de la compañía MUREX LLC y de las asociaciones U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION aportó los siguientes anexos:

- Poder especial de MUREX LLC.
- Poder especial de U.S. GRAINS COUNCIL.
- Poder especial de GROWTH ENERGY.
- Poder especial de RENEWABLE FUELS ASSOCIATION.
- Resolución 40447 de 31 de octubre de 2022 del Ministerio de Minas y Energía.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

- **Competencia:**

De conformidad con el artículo 93 del Código Contencioso Administrativo y de lo Procedimiento Administrativo (en adelante CPACA), la Dirección de Comercio Exterior es competente para pronunciarse y resolver la solicitud de revocatoria directa presentada en el escrito radicado No. 1-2023-017360 del 16 de mayo de 2023, por la apoderada especial de la compañía MUREX LLC y de las asociaciones U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION.

- **Procedencia, improcedencia, oportunidad y efectos de la revocatoria directa:**

El CPACA dispone que para la procedencia de toda solicitud de revocatoria directa que se impetre ante la Autoridad Administrativa debe configurarse cualquiera de los casos señalados en su artículo 93 y presentarse dentro de la oportunidad establecida para el efecto en el artículo 95.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

Señalan estos artículos en su orden:

"Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

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

"Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso. (...)."

Así mismo, el artículo 94 del CPACA prevé que la revocatoria directa es improcedente bajo los siguientes supuestos:

"Artículo 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial".

En relación con sus efectos, el artículo 96 ibídem señala:

*"Artículo 96. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo**". (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Referente al concepto y a la naturaleza de la revocatoria directa de los actos administrativos, la Corte Constitucional en Sentencia C - 0835 de 2003 ha señalado:

"Según la legislación vigente, la revocatoria directa, en cuanto acto constitutivo, es una decisión invalidante de otro acto previo, decisión que puede surgir de oficio o a solicitud de parte, y en todo caso, con nuevas consecuencias hacia el futuro. En la primera hipótesis el acto de revocación lo dicta el funcionario que haya expedido el acto administrativo a suprimir, o también, su inmediato superior. En la segunda hipótesis, el acto de revocación lo profiere el funcionario competente a instancias del interesado".

"Como modalidad de contradicción, la revocatoria directa es un recurso extraordinario administrativo, nítidamente incompatible con la vía gubernativa y con el silencio administrativo. Recurso que puede interponerse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme, con la subsiguiente ruptura del carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo. En concordancia con esto, la decisión que se adopte en relación con la revocatoria directa no es demandable ante el Contencioso Administrativo".

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

- **Procedencia de la revocatoria frente a los actos definitivos o de trámite que finalizan la actuación administrativa e improcedencia frente a actos de trámite, preparatorios o de impulso:**

En el marco de los artículos 93 a 96 transcritos y en concordancia con los artículos 137³, 138⁴ y 164⁵, todos del CPACA, se tiene que la revocatoria directa, esto es, la prerrogativa de la Administración Pública para volver sobre sus propios actos, resulta procedente sobre aquellos actos administrativos que contengan una decisión que crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica, o lo que es lo mismo, contengan la finalización del procedimiento de la formación y manifestación de la voluntad unilateral de la autoridad en ejercicio de funciones administrativas con efectos jurídicos, siendo "actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación"⁶.

En igual sentido lo ha entendido la Doctrina al sostener lo siguiente respecto a la revocatoria directa:

*"1418. De todas formas, cualquiera sea el origen de la institución, no cabe duda que ella tan solo es aplicable a decisiones de la administración, esto es, a los denominados actos administrativos, ejecutorios o no, y no a decisiones intermedias o de simple trámite, frente a las cuales procederían, si se encuentran viciadas, los mecanismos de corrección de irregularidades a que se refiere el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 y no, en estricto sentido, la revocatoria directa regulada en la misma ley."*⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- **Del caso concreto:**

Establecido el marco jurídico que rige la figura de la revocatoria directa, así como la competencia de la Dirección de Comercio Exterior para decidir sobre la misma, a continuación se analizará la solicitud de revocatoria directa de la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023 presentada por la apoderada especial de la compañía MUREX LLC y de las asociaciones U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION.

- **Marco legal de las investigaciones por examen de extinción en materia de derechos compensatorios:**

Las investigaciones por subvenciones y medidas compensatorias se desarrollan, de una parte, al amparo del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (en adelante Acuerdo SMC), el cual forma parte de los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay aprobados por la Ley 170 de 1994 y de otra, del Decreto 653 de 2022 norma nacional que regula el procedimiento que permite la imposición de derechos compensatorios y su término de vigencia.

Estas disposiciones desarrollan los principios fundamentales en ellas establecidos con miras a su aplicación en la investigación, determinación y adopción de derechos compensatorios que responden al interés general⁸, consistente en prevenir y corregir la causación de un daño importante, la amenaza de un daño importante o el retraso importante en la creación de una rama de producción, siempre que exista relación con las importaciones subvencionadas. Dentro de las investigaciones por subvenciones se encuentran las investigaciones iniciales, por revisión administrativa o por examen de extinción, entre otras.

³ Medio de control de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

⁴ Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

⁵ Caducidad de la acción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Artículo 43 Ley 1437 de 2011

⁷ Compendio de Derecho Administrativo. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Universidad Externado de Colombia. Año 2017. IX Revocatoria de los actos administrativos. A. Naturaleza jurídica. Modalidades. Efectos. Actos objeto de revocatoria. Diferencias con la declaratoria de nulidad. Página 574

⁸ Artículo 2.2.3.9.1.4. del Decreto 653 de 2022

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

Respecto a los exámenes de extinción, tanto las disposiciones multilaterales, como la norma nacional, disponen que estos tienen por objeto determinar si la supresión del derecho compensatorio impuesto permitiría la continuación o la repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir y, en ese sentido, el artículo 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022 también prevé que *"Los derechos compensatorios definitivos continuarán aplicándose hasta que se produzca el resultado del examen."*

Lo anterior es así por cuanto: i) para que se inicie un examen de extinción, con anterioridad a través de un acto administrativo definitivo, la Autoridad Administrativa en una investigación inicial estableció que existe la subvención y que causa daño importante a la rama de producción nacional, y por ende ordenó la imposición de derechos compensatorios por un tiempo determinado; y ii) la adopción de la decisión definitiva del examen contendrá una decisión administrativa que prorroga los derechos compensatorios impuestos en la investigación inicial, razón por la cual no tendría sentido que se permitiera la extinción de los mismos durante la correspondiente investigación de examen.

- **Análisis de los argumentos que sustentan la solicitud de revocatoria directa:**

A. La Resolución 044 del 13 de marzo de 2023 es manifiestamente opuesta al artículo 21.3 del Acuerdo SMC de la OMC y los artículos 2.2.3.9.9.2. y 2.2.3.9.10.1 del Decreto 653 de 2022, debido a que no se presentó un análisis prospectivo que permita determinar que la supresión de los derechos compensatorios daría lugar a la continuación o repetición del daño:

A partir del análisis de la causal 1 del artículo 93 del CPACA, la apoderada especial de la sociedad y de las asociaciones recurrentes antes mencionadas solicita acceder a la revocatoria directa de la Resolución 044 de 2023 al evidenciar que se fundamentó a partir de una manifiesta y flagrante oposición del artículo 21.3 del Acuerdo SMC y de los artículos 2.2.3.9.9.2 y 2.2.3.9.10.1 del Decreto 653 de 2022, en los siguientes términos:

"La causal de revocatoria directa atinente a la manifiesta oposición a la Constitución política o la Ley se configura, cuando, al confrontar el Acto Administrativo con la norma jurídica, se evidencia de forma fehaciente oposición aludida.

Ahora bien, a partir de los fundamentos facticos anteriormente expuestos, se evidencia que el MinCIT fundamentó la decisión de mantener los derechos compensatorios definitivos impuestos mediante la Resolución 069 del 30 de abril del 2020, en la premisa de que, de suprimirlos, se permitiría la continuación o repetición de la práctica de la subvención y del daño que se pretendía corregir. No obstante, en el expediente administrativo no obra ningún análisis prospectivo del daño. Pese a las repetidas advertencias de las partes interesadas sobre a falta de prueba del análisis prospectivo requerido por MinCIT para determinar la continuación del daño, la Peticionara no presentó dicho análisis".

Al respecto se advierte que la resolución cuya revocatoria directa se solicita, está revestida de la presunción de legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA, el cual reza:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)"

Sostener que el acto administrativo es el resultado de una manifiesta oposición a la ley, requiere de unos sólidos argumentos que permitan desvirtuar dicha presunción de legalidad. Sobre el

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

tema se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado en Sentencia 76001-23-31-000-201001591-01(5738) del 18 de mayo de 2017, así:

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

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud sus efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara"⁹.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2019 ha señalado:

"Una de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico es que dichos actos se presumen legales hasta tanto no sean declarados de forma contraria por las autoridades competentes para ello, función que le fue otorgada por el legislador a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa". En relación con la concepción básica del acto administrativo como manifestación Estatal, resulta muy ilustrativo el siguiente pronunciamiento de esta Corporación:

"El acto administrativo definido como la manifestación de voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo con las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el constituyente, y por el legislador, en razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad"¹⁰.

Ahora bien, el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA - hace alusión a la presunción de legalidad en los siguientes términos: "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar". (Resalto fuera del texto).

Esta determinación del legislador es razonable en el sentido de brindar certeza y estabilidad en el tráfico de relaciones jurídicas que emprende la administración con los administrados. Por un lado, la autoridad que los emite comprende que los actos a través de los cuales se manifiesta, una vez hayan cobrado ejecutoria, tienen efectos jurídicos,

9 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación número 76001-23-31-000-201001591-01(5738). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
10 Corte Constitucional Sentencia C-1436 de 2000

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

luego, deben ser acatados hasta tanto no sea declarada una situación contraria. Por el otro, el conglomerado social puede estar seguro de que las relaciones que se hayan consolidado serán respetadas, y por tanto, cumplirán sus efectos sin que de manera arbitraria e intempestiva dejen de ser reconocidos sin ningún tipo de aviso previo o de contar al menos con la posibilidad de oponerse a dicha situación".

Conforme con lo anterior, se advierte desde ya que el examen de extinción se desarrolló en el marco del debido proceso administrativo, con total respeto al derecho de las partes interesadas intervinientes y conforme a la normativa previamente establecida.

Lo anterior, por cuanto la Autoridad Investigadora dirigió el examen de extinción conforme con lo dispuesto en el Decreto 653 de 2022 y en el Acuerdo SMC, tal como consta en el expediente ESV-249-01-1, desde la Evaluación del Mérito de la Apertura hasta la Determinación Final, normas especiales que dictan, entre otros aspectos, se determine si existe la probabilidad de continuación o repetición del daño.

En el caso en estudio, la Autoridad Investigadora, con sustento en lo dispuesto en los artículos 2.2.3.9.9.2 y 2.2.3.9.9.6 del Decreto 653 de 2022, así como en el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo SMC, evaluó la exactitud y pertinencia de la información y de las pruebas aportadas con la solicitud del examen de extinción, encontrando necesario realizar requerimiento a FEDEBIOCOMBUSTIBLES a través de oficio No. 2-2022-003636 de 14 de febrero de 2022¹¹, con el fin de aclarar algunos aspectos relacionados con indicadores económicos, los programas relacionados con las subvenciones e información sobre la continuidad o repetición del daño; igualmente, al anterior requerimiento se le dio un alcance mediante escrito radicado No. 2-2022-003691 del 15 de febrero de 2022¹² en el cual se precisó un plazo de respuesta de un (1) mes y se solicitó aportar el Anexo 21 correspondiente a información sobre importadores, exportadores, usuarios y consumidores intermedios. Finalmente, por medio del escrito 2-2022-006640 del 13 de marzo de 2022 fue prorrogado, por diez (10) días calendario adicionales al plazo de un (1) mes para dar respuesta al requerimiento radicado con el número 2-2022-003636, en atención a la solicitud del 10 de marzo del año 2022 presentada por FEDEBIOCOMBUSTIBLES.

En atención al requerimiento de la Autoridad Investigadora, FEDEBIOCOMBUSTIBLES emitió respuesta a la solicitud con número 2-2022-003636 de 14 de febrero de 2022, mediante escrito radicado en el aplicativo de "Investigaciones por Dumping, Subvenciones y Salvaguardias" el 25 de marzo de 2022, argumentando las razones por las cuales no allegó un análisis prospectivo, informando lo siguiente:

"... el daño sufrido por la rama de la producción nacional como consecuencia de las importaciones subsidiadas de etanol originarias de Estados Unidos, que llevó a la imposición de los derechos compensatorios, se mantuvo durante 2018 y 2019 y que el año 2020, en el que se adoptaron los derechos, y el primer semestre de 2021 fueron periodos atípicos, que se vieron afectados por circunstancias anómalas y coyunturales que llevaron al gobierno nacional a adoptar determinadas medidas que no son sostenibles en el mediano y largo plazo. Las consideraciones anteriores indican que no es razonado ni objetivo estimar proyecciones sobre los supuestos que caracterizaron los últimos dos años pues además de ser un periodo muy corto, no es representativo por las razones antes expuestas.

... En efecto, es claro que la situación estructural permanece, se ha demostrado que los subsidios al etanol y al maíz no se han desmontado, que han incrementado y que no van a desaparecer, de manera que, una vez se normalicen las condiciones del mercado, no hay de dónde concluir que las importaciones y el daño no se van a

11 ESV-249-01-1 Tomo 16, folio 4

12 ESV-249-01-1 Tomo 16, folio 8

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

reproducir en condiciones similares a las registradas con anterioridad a estos periodos atípicos y, por el contrario, es lógico prever que el daño que se le ha causado a la industria nacional se reproduzca de manera más grave aún si se suprimen los derechos.

... En efecto, es razonable que, habiendo trascurrido un lapso tan corto desde la imposición de los derechos, que además se vio afectado por circunstancias atípicas, se acuda a la determinación de la existencia de daño de la investigación inicial y del periodo anterior a la adopción de la medida (2018 y 2019). Hay que considerar que al margen de que la OMC no ha establecido una normativa expresa en este sentido, legislaciones de los países miembros que son compatibles con sus normas, como es el caso de la legislación estadounidense, país que precisamente ha conferido los subsidios objeto de la presente actuación administrativa y de donde proviene el producto considerado, establecen que, para determinar la probabilidad de continuación o recurrencia del daño importante, la autoridad debe evaluar, entre otros, sus determinaciones previas de daño, incluido el volumen, el efecto del precio y el impacto de las importaciones en la industria doméstica antes de que se emitiera la orden que impuso los derechos. Esta aproximación es aún más pertinente si se tiene en cuenta que se estaría siguiendo el mismo procedimiento adoptado por la legislación de ese país que, se reitera, es precisamente quien ha conferido los subsidios al etanol objeto de la presente solicitud."

Cabe reiterar que el Acuerdo SMC en su artículo 21.3, así como el Acuerdo Antidumping de la OMC en su artículo 11.3, no determinan expresamente ninguna metodología específica que deban utilizar las Autoridades Investigadoras al formular una determinación de probabilidad para establecer si la supresión del derecho compensatorio daría lugar a la continuación o a la repetición de la subvención y del daño en un examen de extinción, tampoco identifican factores definidos que las Autoridades deban tener en cuenta al formular esa determinación.

En orden de lo anterior, la Autoridad Investigadora actuando conforme al marco normativo vigente previamente establecido, realizando una valoración integral del acervo probatorio allegado y recaudado oportunamente, además de realizar un análisis de los argumentos expuestos por FEDEBIOCOMBUSTIBLES, determinó desde el Informe Técnico de Apertura la metodología utilizada para efectos de establecer la reiteración o continuación del daño y de la subvención que se pretendía corregir, al igual, que de las variables económicas y financieras, lo cual se desarrolla ampliamente en los numerales 2.9.1.2 y 2.9.2.2 del Informe antes señalado, lo cual se trae de presente:

"La Autoridad Investigadora tomará en consideración para sus análisis, de una parte, el promedio de las cifras del periodo que comprende el primer semestre de 2018 al primer semestre de 2020, correspondiente al periodo intermedio en el cual se desarrolló la investigación inicial, que no fue objeto de análisis y de otra, al promedio de las cifras del periodo que abarca el segundo semestre de 2020 y primer semestre de 2021 (periodo en el cual ha estado vigente el derecho compensatorio definitivo). Así mismo, se realizan comparaciones entre los dos periodos antes mencionados, con el fin de concluir sobre la continuación o reiteración del daño".

En concordancia con lo anterior, según lo establecido por el artículo 21.3 del Acuerdo SMC, en un examen por expiración de medidas ("sunset review"), la Autoridad Investigadora debe analizar la probabilidad de que el daño sobre la rama de producción nacional continúe o se repita en caso de suprimirse el derecho compensatorio.

Asimismo, el Acuerdo SMC no especifica los criterios que deben ser considerados para la determinación de la probabilidad de continuación o repetición del daño en un examen por expiración de medidas. No obstante, las disposiciones del Acuerdo SMC sobre dicha materia son similares a aquellas contenidas en el Acuerdo Antidumping de la OMC. En tal sentido, los criterios establecidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en diversas disputas surgidas entre los Miembros sobre la probabilidad de continuación o repetición del daño en el

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

marco de un examen por expiración de medidas antidumping pueden servir de referencia para el análisis que corresponde efectuar en el presente caso.

Sobre el particular, a continuación la Autoridad Investigadora trae de presente algunos pronunciamientos del Grupo Especial de la OMC y del Órgano de Apelación de la OMC:

"El Órgano de Apelación de la OMC en la disputa "Estados Unidos – Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedente del Japón"¹³, al señalar lo siguiente:

"123. Al formular sus constataciones sobre esta cuestión el Grupo Especial observó correctamente que el párrafo 3 del artículo 11 no prescribe expresamente ninguna metodología específica que deban utilizar las autoridades investigadoras al formular una determinación de probabilidad en un examen por extinción. Ese precepto tampoco identifica factores determinados que las autoridades deban tener en cuenta al formular esa determinación (...)" [Subrayado fuera de texto]

En el marco de la disputa *"Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México"*¹⁴, el Grupo Especial consideró que, a fin de determinar la probabilidad de continuación o repetición del daño, resultaba pertinente analizar la probabilidad de incremento de las importaciones, el probable efecto de las mismas en los precios de la rama de la producción nacional (en adelante RPN), así como la repercusión de las importaciones en el estado de dicha rama de producción. Específicamente, el Grupo Especial señaló lo siguiente:

"7.142 Por consiguiente, en nuestra opinión, la cuestión es si, dadas sus constataciones relativas al volumen probable de las importaciones objeto de dumping y su probable efecto sobre los precios, la USITC podía llegar a la conclusión de que habría una repercusión negativa en la rama de producción estadounidense.

7.143 En nuestra opinión, la USITC no actuó de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo en su determinación con respecto a la repercusión probable en la rama de producción estadounidense de las importaciones futuras que serían objeto de dumping. Nada en el párrafo 3 del artículo 11 exige que la autoridad investigadora aplique un método determinado al considerar la probabilidad de continuación o repetición del daño. Si la determinación de la autoridad investigadora se apoya sobre una base suficiente de pruebas positivas y refleja un examen objetivo de esos hechos, cumplirá los requisitos del párrafo 3 del artículo 11. (...)

7.144 Como se analizó supra, no hemos constatado en esas conclusiones incompatibilidad con el párrafo 3 del artículo 11. La USITC constató que este probable aumento de las importaciones y su probable efecto en los precios tendrían una repercusión negativa en la rama de producción estadounidense. No consideramos que una autoridad investigadora objetiva e imparcial no pudiese llegar a esta conclusión a la luz de las pruebas citadas." [Subrayado fuera de texto]

Como se aprecia del pronunciamiento del Grupo Especial en el caso *"Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México"*, así como de la publicación de la OMC antes mencionada, a efectos de determinar la probabilidad de repetición o continuación del daño, corresponde evaluar el probable efecto del volumen y el precio de las importaciones sobre la situación de la rama de producción nacional - RPN, en caso se supriman los derechos antidumping vigentes.

13 CZAKO, Judith y otros. A Handbook on Antidumping Investigations. World Trade Organization, Cambridge University Press. 2003 p. 89.

14 OMC. Informe del Grupo Especial de la OMC en el caso: "Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México". Código del documento: WT/DS282/R. 20 de junio de 2005.

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

Cabe mencionar que, a fin de determinar el probable efecto de las importaciones sobre el estado de la RPN, es necesario evaluar la situación económica de dicha rama. No obstante, la finalidad de este análisis en un procedimiento de examen por expiración de medidas no es la misma que se persigue en una investigación inicial.

En efecto, en una investigación inicial, el análisis de la situación de la RPN está orientado a determinar si ha existido daño durante el periodo objeto de investigación. En cambio, en un procedimiento de examen, la **Autoridad Investigadora** debe determinar si existe la probabilidad de continuación o repetición del daño, lo cual implica analizar el probable efecto que tendría la supresión de los derechos en la situación futura de la RPN.

Al respecto, es pertinente traer a colación el pronunciamiento del Grupo Especial de la OMC en el caso *"Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México"*¹⁵:

"7.117 (...) Una determinación de la existencia de daño en una investigación inicial es una conclusión con respecto a la situación de la rama de producción durante el período objeto de investigación, basada en hechos históricos. No obstante, una determinación de la probabilidad de continuación o repetición del daño en un examen por extinción es una conclusión con respecto a la probable situación de la rama de producción en el futuro, tras la revocación de una medida antidumping que ha estado en vigor durante cinco años (...). Observamos que el Órgano de Apelación ha declarado que una autoridad investigadora no está obligada a formular una determinación de la existencia de dumping en un examen por extinción. De manera análoga, consideramos que una autoridad investigadora no está obligada a formular una determinación de la existencia de daño en un examen por extinción. De ello se desprende, entonces, que las obligaciones establecidas en el artículo 3 no son directamente aplicables a los exámenes por extinción".

Atendiendo a lo anterior y de conformidad con el artículo 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022, en concordancia con el artículo 21.3 del Acuerdo SMC, la Autoridad Investigadora, con base en la metodología establecida, encontró que a pesar de la aplicación de los derechos compensatorios, existían indicios de reiteración o continuación del daño en indicadores tales como: volumen de producción, volumen de ventas nacionales, importaciones investigadas con respecto al volumen de producción, volumen de inventario final de producto terminado, uso de la capacidad instalada, productividad, participación de las ventas de las peticionarias con respecto al consumo nacional aparente, por lo cual, ordenó el inicio del examen de extinción con el objeto de determinar si la supresión de los derechos compensatorios impuestos mediante la Resolución 069 del 30 de abril de 2020 a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas en el subpartida arancelaria 2207.20.00.10, originarias de los Estados Unidos, permitiría la continuación o la repetición de la subvención y del daño que se pretendía corregir, mediante la Resolución 089 de 29 de abril de 2022. De igual manera, convocó a las partes interesadas en la investigación para que expresaran su opinión debidamente sustentada y aportaran o solicitaran ante la Dirección de Comercio Exterior, las pruebas y documentos que consideraran pertinentes, así mismo, mediante correo del 9 de mayo de 2022 informó a las partes interesadas el inicio del examen de extinción, entre otros, para efectos de permitir conocer y controvertir las pruebas allegadas durante el proceso y hacer uso del derecho de defensa¹⁶.

En ejercicio del derecho de defensa y contradicción la apoderada especial de MUREX LLC, U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, a través de correo electrónico del 10 de mayo de 2022, solicitó a la Autoridad Investigadora requerir a FEDEBIOCOMBUSTIBLES, entre otros aspectos, lo siguiente:

¹⁵ OMC. Informe del Grupo Especial en el caso: "Estados Unidos – Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México" (Código del documento: WT/DS282/R). 2005

¹⁶ ESV-249-1-1, Tomo 17; folio 33

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

"REQUERIR a FEDEBIOCOMBUSTIBLES para que aporte información actualizada al segundo semestre de 2021 en relación con las importaciones, variables económicas y financieras.

REQUERIR a la Federación Nacional de Biocombustibles de Colombia ("FEDEBIOCOMBUSTIBLES") para que presente proyecciones sobre la supuesta probabilidad de reincidencia del daño."¹⁷

En respuesta a lo anterior, la Autoridad Investigadora, mediante oficio radicado No. 2-2022-014786 de 17 de mayo de 2022 le informó a la apoderada especial de MUREX LLC, U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, entre otros, lo siguiente:

"Ahora bien, en lo que respecta a requerir la actualización de la información al segundo semestre de 2021, vale la pena mencionar que, como usted bien lo señaló en su petición, la Resolución No. 089 del 29 de abril de 2022 indicó "(...) teniendo en cuenta que con la petición de inicio del examen, la rama de producción nacional solo contaba con información al primer semestre de 2021, durante la investigación las cifras sobre importaciones, daño económico y financiero se actualizarán al segundo semestre de 2021, de manera que incluya el periodo más reciente para realizar dichos análisis". Así, en el desarrollo de la investigación efectivamente se actualizará la información al segundo semestre de 2021, con lo que verá satisfecha su solicitud.

Por otra parte, en su escrito solicitó que se requiriera a FEDEBIOCOMBUSTIBLES las proyecciones sobre la supuesta probabilidad de reincidencia del daño. Sin embargo, debe ponerse de presente que el peticionario argumentó su imposibilidad de aportar dichas proyecciones, tal como lo podrá verificar en su solicitud, la que a su vez se encuentra resumida en la página 45, del Tomo 16 público del Informe Técnico de Apertura.

Al respecto, en su escrito cita algunos pronunciamientos del Órgano de Apelación de la OMC como el del asunto Estados Unidos – Acero al carbono (India), con el fin de sustentar la necesidad de un análisis prospectivo fundamentado en proyecciones. Sin embargo, una lectura del mencionado panel no indica expresamente que dicho análisis se deba soportar en proyecciones, lo que para esta autoridad encuentra sentido si se observa que la normativa que regula la materia no establece una metodología específica para prever la continuación o la repetición del daño...."¹⁸

Continuando con el ejercicio al derecho de defensa y contradicción, la apoderada especial de MUREX LLC, U. S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, dentro del término establecido por la Resolución 126 del 3 de junio de 2022,¹⁹ publicada en el Diario Oficial No. 52.057 del 6 de junio de 2022, presentó a la Autoridad Investigadora respuesta al cuestionario exportadores y/o productores extranjeros,²⁰ de igual manera, conforme al término establecido por la Resolución 224 del 02 de septiembre de 2022, publicada en el Diario Oficial 52.145 del 2 de septiembre de 2022, comunicada a las partes interesadas mediante correo electrónico del 05 de septiembre del 2022, el 28 de octubre del año en mención presentó alegatos de conclusión,²¹ finalmente, por medio de correo electrónico del 27 de enero de 2023, presentó comentarios a los Hechos Esenciales.²²

17 ESV-249-1-1, Tomo 18; folio 26

18 ESV-249-1-1, Tomo 19; folios 11 -13

19 Resolución por la cual se prorrogó el término de respuesta a cuestionarios

20 ESV-249-1-1, Tomo 28; folios 02 – 343, Tomo 29; Folios 5-348

21 ESV-249-1-1, Tomo 82; folios 41 -102

22 ESV-249-1-1, Tomo 85; folios 74 -133

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

Posteriormente, vencido el término para alegar de conclusión y atendiendo lo dispuesto en el artículo 2.2.3.9.6.17 del Decreto 653 de 2022, la Autoridad Investigadora emitió el documento de Hechos Esenciales, en el cual, entre otros aspectos, sostuvo y argumentó jurídicamente en el numeral 2.2.2.2 la metodología establecida desde el Informe Técnico de Apertura.

Aunado a lo anterior, la Autoridad Investigadora, en el numeral 2.6.10 del Documento de Hechos Esenciales, continuó fundamentando acerca de algunos de los argumentos de oposición de la obligación de aportar proyecciones para demostrar el comportamiento de las variables: volumen real o potencial de las importaciones; el efecto sobre los precios y los posibles efectos de las importaciones objeto del derecho definitivo sobre la rama de producción nacional en caso de suprimirse el derecho, precisando lo siguiente:

"Lo primero que se debe aclarar es que las investigaciones iniciales y los exámenes por extinción son procesos distintos que tienen propósitos diferentes, en este sentido se ha pronunciado el Órgano de Solución de Diferencias como en el caso de ESTADOS UNIDOS - DERECHOS COMPENSATORIOS SOBRE DETERMINADOS PRODUCTOS PLANOS DE ACERO AL CARBONO RESISTENTE A LA CORROSIÓN PROCEDENTES DE ALEMANIA WT/DS213/AB/R .

"87. Observamos, por otra parte, que las investigaciones iniciales y los exámenes por extinción son procesos distintos que tienen propósitos diferentes. La naturaleza de la determinación que debe efectuarse en un examen por extinción difiere en algunos aspectos fundamentales de la naturaleza de la determinación que corresponde realizar en una investigación inicial. Por ejemplo, en un examen por extinción las autoridades deben centrar la averiguación en lo que ocurriría si se suprimiera un derecho compensatorio en vigor. En cambio, en una investigación inicial las autoridades deben investigar la existencia, el grado y los efectos de cualquier supuesta subvención con el fin de establecer si existe una subvención y si esa subvención causa daño a la rama de producción nacional en forma que justifique la imposición de un derecho compensatorio. Estas diferencias cualitativas también pueden explicar la falta de una prescripción de aplicar, en los exámenes por extinción, determinada norma de minimis.

88. Al mismo tiempo deseamos poner de relieve el objetivo principal del párrafo 3 del artículo 21 del Acuerdo SMC. En el núcleo de esa disposición está la supresión automática, en un plazo fijo, de los derechos compensatorios que han estado en vigor durante cinco años contados desde la investigación inicial o desde un examen amplio posterior. La supresión de los derechos compensatorios es la regla, y su mantenimiento la excepción. Por lo tanto, el mantenimiento de un derecho compensatorio tiene que basarse en un examen debidamente realizado y una determinación positiva de que la revocación del derecho compensatorio "daría lugar a la continuación o la repetición de la subvención y del daño". Cuando el nivel de las subvenciones en el momento del examen es muy bajo, es preciso que existan pruebas convincentes de que, a pesar de ello, la revocación del derecho daría lugar a un daño a la rama de producción nacional. No basta que las autoridades se apoyen simplemente en la determinación de daño realizada en la investigación inicial⁸² Hace falta, por el contrario, una determinación nueva, basada en pruebas dignas de crédito, para establecer que se 82 Como hemos señalado antes, en este asunto no se ha planteado ninguna cuestión referente a la determinación del daño. WT/DS213/AB/R Página 39 justifica el mantenimiento del derecho compensatorio para eliminar el daño a la rama de producción nacional."

De acuerdo con el estándar jurídico de las disposiciones tanto del Acuerdo Antidumping, como del Acuerdo SMC, ambos de la OMC, en la siguiente tabla se reiteran las diferencias de los elementos que se deben analizar para la determinación de daño en una investigación inicial y un examen de extinción:

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

| Daño material o real | Amenaza de daño material | Daño en examen por expiración |
|---|---|---|
| Aumento de importaciones | Aumento de importaciones | Si la supresión del derecho daría lugar a la continuación o la repetición del daño y del dumping o subvención |
| Efectos de las importaciones sobre los precios nacionales | Efectos de las importaciones sobre los precios nacionales | |
| Examen de los factores de daño | Examen de los factores de amenaza de daño | |
| Causalidad | Causalidad | |

Así mismo, la Autoridad Investigadora sustentó la metodología utilizada amparada en algunos de los pronunciamientos que se han dado en exámenes de extinción de medidas antidumping (*diferencia Estados Unidos – Camarones -WT/DS429/R, sobre un examen de extinción relativo al acero resistente a la corrosión y WT/DS429/R, sobre un examen de extinción relativo al acero resistente a la corrosión*), los cuales son admitidos por la OMC para su aplicación en materia de exámenes de extinción de medidas compensatorias, en razón a que el texto del artículo 21 del Acuerdo SMC es en gran parte paralelo al texto del artículo 11 del Acuerdo Antidumping.

Por otra parte, en lo que se refiere al periodo de análisis de la continuación o repetición del daño establecido por la Autoridad Investigadora en el examen de extinción, se precisa que esta actuó de conformidad con lo señalado en la Recomendación Relativa a los Periodos de Recopilación de Datos para las Investigaciones Antidumping, adoptada por el Comité de Prácticas Antidumping de la OMC, la cual, entre otros, señala:

"El Comité observa que, si bien el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 se refiere al período de recopilación de datos para las investigaciones antidumping cuando hace alusión al "período objeto de investigación", no establece ningún período concreto de investigación²³, ni directrices para determinar un período de investigación apropiado para el examen del dumping o del daño.

No obstante, el Comité reconoce asimismo que la existencia de tales directrices no excluye la posibilidad de que las autoridades investigadoras tomen en cuenta las circunstancias particulares de una determinada investigación al establecer los períodos de recopilación de los datos con respecto tanto al dumping como al daño, y asegurarse de que esos períodos sean adecuados en cada caso".

Lo anterior, en razón a que la Autoridad Investigadora contaba con cifras del periodo más reciente, segundo semestre de 2021 y practicó visitas de verificación a las empresas peticionarias de la rama de producción nacional, por lo que tomó en consideración análisis secuenciales semestrales, análisis de la comparación del periodo más reciente (segundo semestre de 2021 frente al primer semestre de 2018) y análisis de comparación de promedios de cifras del periodo comprendido entre el primer semestre de 2018 a segundo semestre de 2020 frente al promedio de las cifras que abarca el primer y segundo semestre de 2021.

Igualmente, realizó una comparación de los resultados de la rama de producción nacional en la investigación inicial con respecto a los resultados de las mismas variables en el examen de extinción.

²³ En la nota 4 del Acuerdo se prevé que, a efectos de determinar si las ventas a precios inferiores a los costos pueden considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales, "el período prolongado de tiempo" en que se efectúan dichas ventas "deberá ser normalmente de un año, y nunca inferior a seis meses"

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

Por otra parte, en cumplimiento al debido proceso la Autoridad Investigadora, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.9.6.17 del Decreto 653 de 2022, el 13 de enero de 2023 envió a las partes interesadas intervinientes en la investigación, el documento que contiene los Hechos Esenciales para que expresaran sus comentarios al respecto.

De acuerdo con el artículo 2.2.3.9.6.17 del Decreto 653 de 2022, entre otras partes intervinientes, el exportador MUREX LLC y las asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, mediante correo electrónico del 27 de enero de 2023 presentaron por escrito, a través de apoderada especial, sus comentarios al documento de Hechos Esenciales.

Con ocasión de lo anterior, la Autoridad Investigadora, en respuesta a los comentarios manifestados por las asociaciones referentes a la metodología utilizada, reiteró que no existe obligatoriedad en la utilización de una metodología determinada para establecer la continuación o reiteración del daño, además, trajo a colación el sustento indicando en el documentos Hechos Esenciales²⁴, en lo que respecta al exportador MUREX LLC debido a que no presentaron comentarios respecto a la reiteración del daño²⁵.

En consecuencia, la Autoridad Investigadora, con la información conocida y recaudada en desarrollo de la investigación inicial y en la etapa final para la determinación de la continuación o repetición del daño importante a la rama de producción nacional de alcohol carburante, en caso de suprimirse el derecho compensatorio, atendiendo además la evaluación integral y conjunta de todos los indicadores de daño relacionados en el artículo 15.4 del Acuerdo SMC, encontró elementos suficientes que le permitieron inferir razonablemente que la rama de producción nacional continuó presentado daño en algunos de sus indicadores económicos y financieros, al comparar los resultados del examen de extinción frente a los observados en la investigación inicial.

En efecto, la Autoridad Investigadora dentro del procedimiento administrativo del examen de extinción argumentó, amparada en la normatividad vigente, en los paneles de la OMC ampliamente descritos en este documento y atendiendo a la valoración integral del material probatorio allegado y recaudado oportunamente, con base en las reglas de la sana crítica, la metodología utilizada para la determinación de la continuación o repetición del daño importante a la RPN del alcohol carburante (etanol) en caso de suprimirse el derecho compensatorio, así mismo, partiendo de la evaluación integral y conjunta de todos los indicadores de daño relacionados en el artículo 15.4 del Acuerdo SMC.

En consecuencia, se colige que la Autoridad Investigadora en ejercicio de su competencia, actuó de conformidad con las disposiciones legales previamente establecidas, en atención al debido proceso que debe regir un examen de extinción donde se respetó el ejercicio al derecho de defensa y contradicción de las partes, comprobándose en el expediente las múltiples intervenciones del exportador MUREX LLC y las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION las cuales fueron debidamente atendidas e incorporadas en éste, procediendo con la información razonable a su alcance y los hechos de los que tuvo conocimiento, a establecer la metodología que utilizó para la determinación de la continuación o repetición del daño.

Prueba de ello es que en el desarrollo de las etapas procesales el exportador MUREX LLC y las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION que solicitaron la revocación, hayan tenido la oportunidad de intervenir en ejercicio del derecho de defensa y contradicción que les asiste, esto se refleja en que por medio de correo electrónico del 10 de mayo de 2022 solicitaron información completa del periodo de análisis a cargo de FEDEBIOCOMBUSTIBLES y extensión

24 ESV-249-1-1, Tomo 86; folios 85

25 ESV-249-1-1, Tomo 86; folios 96

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

del término para responder cuestionarios, mediante escritos con radicados 1-2022-018564 y 1-2022-018570 emitieron respuesta a cuestionarios, a través de oficio 2-2023-023023 solicitaron información respecto a la respuesta a cuestionarios, mediante correo electrónico del 28 de octubre del año 2022 presentaron alegatos de conclusión²⁶ y mediante correo electrónico del 27 de enero de 2023 realizaron comentarios al documento de Hechos Esenciales.

Por su parte, la Autoridad Investigadora, en virtud de los principios al debido proceso y de publicidad contenidos en los numerales 1 y 9 del artículo 3 del CPACA y en cumplimiento de los artículos 2.2.3.9.9.6, 2.2.3.9.9.7 y 2.2.3.9.9.8 del Decreto 653 de 2022, mediante aviso publicado en Diario Oficial No. 50.025 del 5 de mayo de 2022, convocó a quienes acreditaran interés en la citada investigación para que expresaran sus opiniones debidamente sustentadas y aportaran documentos y pruebas que consideraran pertinentes para los fines de la investigación, así mismo, por medio del Resolución 126 del 3 de junio de 2022 prorrogó el plazo para que las partes respondieran cuestionarios, igualmente, prorrogó el termino para la práctica de pruebas a través de la Resolución 175 del 27 de julio de 2022, , además, a través de la Resolución 224 del 2 de septiembre de 2022, interrumpió el término para alegar de conclusión.

Por lo expuesto, se encuentra que no se presentaron pruebas que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución 044 de 2023, con las que se hubiera demostrado que la Autoridad Investigadora no actuó con apego a la normativa previamente establecida, con respeto del debido proceso y en definitiva, de manera congruente.

B. Análisis de la fundamentación de la Resolución 044 de 2023 a partir de una manifiesta y flagrante oposición a las disposiciones previstas en el artículo 19.4 y pie de página 36 del Acuerdo SMC de la OMC y artículos 2.2.3.9.1.1, 2.2.3.9.7.1 y 2.2.3.9.3.1 del Decreto 653 de 2022, debido a que impone un derecho compensatorio superior a la cuantía de la subvención probada y determinada por la Autoridad Investigadora en el examen de extinción:

En cuanto al cuestionamiento acerca de que el derecho compensatorio impuesto es superior a la cuantía de la subvención probada y determinada por la Autoridad Investigadora, nos remitimos a lo dispuesto en los artículos 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022 y 21.3 del Acuerdo SMC, los cuales disponen:

"Artículo 2.2.3.9.9.2. Examen de Extinción. No obstante lo dispuesto en las anteriores disposiciones, todo derecho compensatorio definitivo será suprimido a más tardar en un plazo de 5 años, contados desde la fecha de su imposición, o desde la fecha de la última revisión, si la misma hubiera abarcado tanto la subvención como el daño, o desde el último examen a que se refiere el presente artículo, a menos que de conformidad con un examen iniciado antes de esa fecha por propia iniciativa o a raíz de una petición debidamente fundamentada hecha por o en nombre de la rama de producción nacional con una antelación prudencial a dicha fecha, se determine que la supresión del derecho compensatorio impuesto permitiría la continuación o la repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir". (Subrayado fuera del texto).

"21.3 No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, todo derecho compensatorio definitivo será suprimido, a más tardar, en un plazo de cinco años contados desde la fecha de su imposición (o desde la fecha del último examen, realizado de conformidad con el párrafo 2, si ese examen hubiera abarcado tanto la subvención como el daño, o del último realizado en virtud del presente párrafo), salvo que las autoridades, en un examen iniciado antes de esa fecha por propia iniciativa o a raíz de una petición debidamente fundamentada hecha por o en nombre de la rama de producción nacional con una antelación prudencial a dicha fecha, determinen que la supresión del derecho daría lugar a la continuación o la repetición de la subvención y del daño.⁵² El derecho

26 ESV-249-1-1, Tomo 82; folios 41 -102

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

podrá seguir aplicándose a la espera del resultado del examen". (Subrayado fuera de texto)

En consideración al espíritu de las normas antes señaladas, se reitera que los exámenes por extinción tienen por objeto determinar que la supresión del derecho compensatorio impuesto permitiría la continuación o repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir.

Es así que, conforme al marco jurídico antes mencionado, la Autoridad Investigadora en el examen de extinción de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante (etanol) clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.10 originarias de los Estados Unidos, revisó la continuación o reiteración de la práctica de la subvención, estableciendo, a través de un ejercicio de acuerdo con la información aportada por las partes, que existen pruebas sobre la continuación o repetición de la práctica de las subvenciones a las importaciones del producto investigado.

En este sentido, lo que asevera la recurrente respecto a que el derecho compensatorio es superior a la cuantía de la subvención no es de recibo ya que, como se indicó en el Informe Técnico Final y en la Resolución 044 de 2023, esto correspondía a un ejercicio de revisión de las subvenciones para demostrar su reiteración y no para modificar el derecho compensatorio vigente.

Es decir, *"que la práctica de las subvenciones se mantiene en el año analizado correspondiente al 2020, dado que se reclamaron por parte de los productores de etanol, aunque en una menor cantidad de beneficios a consecuencia de la pandemia COVID-19 y no por falta de presupuesto destinado por el Gobierno de los Estados Unidos para tal fin. Esto indica que en los años posteriores al 2020, con una situación de mercado como la que se manejaba antes del COVID-19, los beneficiarios han recibido nuevamente este tipo de ayudas, incluso unas adicionales para compensar las pérdidas que se generaron en el año 2020"*.

Ahora bien, remitiéndonos al presupuesto fáctico esgrimido por la apoderada especial recurrente, referido a que *"(i) desde el envío de cuestionarios, la Autoridad Investigadora determinó que el periodo de análisis de la subvención sería el año 2020, (ii) en la Resolución 044/2023 y en el informe técnico final, la Autoridad Investigadora determinó que el valor de la subvención para el año 2020 fue de USD 0,02991 kilogramo neto en términos absolutos y 5,86% en términos relativos, y (iii) pese a lo anterior, decidió prorrogar los derechos compensatorios en la cuantía determinada en la investigación inicial (calculados para el periodo 2017), esto es, 0,066646 USD por cada kilogramo, el doble de la subvención encontrada para el periodo de análisis"*, es necesario advertir que si bien la Autoridad Investigadora determinó el valor de la subvención para el periodo establecido (2020), con ello no quiere decir que ésta sea la finalidad del examen de extinción, pues, lo que demostró con el análisis desarrollado fue precisamente la reiteración de la práctica de la subvención, tal como lo disponen las normas antes mencionadas.

Otra situación sería si se estuviese frente a una investigación inicial que se enmarcaría en lo establecido en el artículo 2.2.3.9.6.1 de Decreto 653 de 2022, por lo tanto, es claro que los objetivos del examen por extinción son totalmente diferentes a los de una investigación inicial.

En consecuencia, la Autoridad Investigadora, actuando conforme a lo consagrado en la normatividad vigente, para el caso objeto de pronunciamiento, realizó un ejercicio cuidadoso e integral que la llevo a demostrar que efectivamente *"se mantiene la existencia de las subvenciones consideradas en la investigación inicial y la presencia de nuevas subvenciones otorgadas a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.10 originarias de los Estados Unidos"*.²⁷

27 ESV-249-1-1, Tomo 87; folio 456

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

De igual manera, las actuaciones de la Autoridad Investigadora se ajustaron conforme a los pronunciamientos de la OMC que señalan la aplicación del artículo 21.3 del Acuerdo SMC, apoyados en la jurisprudencia y los informes de apelación de la OMC, los cuales citó ampliamente en la Resolución 044 de 2023 y se relacionan a continuación:

"En Estados Unidos - Establecimiento de Derechos Compensatorios Sobre Determinados Productos de Acero al Carbono Aleado con Plomo y Bismuto y Laminado en Caliente Originarios del Reino Unido "...Consideramos que es importante establecer una distinción entre la investigación inicial conducente al establecimiento de los derechos compensatorios y el examen administrativo. En la primera, la autoridad investigadora debe determinar que se cumplen todas las condiciones establecidas en el Acuerdo SMC para el establecimiento de derechos compensatorios. En cambio, en un examen administrativo, la autoridad investigadora debe analizar las cuestiones que le hayan planteado las partes interesadas o, en caso de una investigación realizada por su propia iniciativa, las cuestiones que justifican el examen".

En la diferencia de Estados Unidos – Acero al Carbono, el Órgano de Apelación explicó:

"(...) las investigaciones iniciales y los exámenes por extinción son procesos distintos que tienen propósitos diferentes. La naturaleza de la determinación que debe efectuarse en un examen por extinción difiere en algunos aspectos fundamentales de la naturaleza de la determinación que corresponde realizar en una investigación inicial. Por ejemplo, en un examen por extinción las autoridades deben centrar la averiguación en lo que ocurriría si se suprimiera un derecho compensatorio en vigor. En cambio, en una investigación inicial las autoridades deben investigar la existencia, el grado y los efectos de cualquier supuesta subvención con el fin de establecer si existe una subvención y si esa subvención causa daño a la rama de producción nacional en forma que justifique la imposición de un derecho compensatorio. Estas diferencias cualitativas también pueden explicar la falta de una prescripción de minimis."

Al respecto, se ha pronunciado el Órgano de Apelación de la OMC, por lo que resulta conveniente el estudio de lo considerado en sus providencias, con el fin de definir la viabilidad de incluir nuevas subvenciones en el marco del presente examen.

Es así como, en el asunto Estados Unidos – Acero al Carbón (India), el órgano de Apelación analizó si es posible incluir en un examen administrativo nuevos programas de subvenciones, de la siguiente forma:

"4.538. Señalamos que los párrafos 1 y 2 del artículo 21 no limitan la indagación en un examen administrativo a las subvenciones examinadas en la investigación inicial. Más bien, como se ha señalado, la determinación de si se mantiene un derecho compensatorio depende de una evaluación de: i) la necesidad de mantener el derecho compensatorio para neutralizar lo que en términos generales se denomina subvención; y ii) si es probable que el daño resultante de esa subvención siga produciéndose o vuelva a producirse en caso de que el derecho sea suprimido o modificado, o ambos aspectos.

4.5.3.9. Consideramos que la utilización de la palabra "subsidization" ("subvención en la versión española) en el artículo 21, como diferenciada de la palabra "subsidy" ("subvención" en la versión española) en el párrafo 1 del artículo 11. Permite un ámbito de examen más amplio que la subvención o subvenciones exactas que se examinaron en la investigación inicial y que dieron lugar al establecimiento del derecho compensatorio objeto de examen. Consideramos además u la atención que se presta en el párrafo 2 del artículo 21 a la cuestión de si es probable que el daño resultante de esa subvención siga produciéndose o vuelva a producirse en caso de que el derecho sea suprimido o modificado, o ambos aspectos, indica que en la realización de un

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

examen administrativo la autoridad investigadora puede ir más allá de las subvenciones concretas examinadas en la investigación inicial. Como hemos indicado supra, el hecho de que el artículo 21 exija, en parte, un análisis prospectivo implica que la autoridad investigadora también puede examinar hechos o circunstancias posteriores al establecimiento del derecho compensatorio inicial. De hecho, en el párrafo 2 del artículo 21 se utiliza la palabra "recur" ("volviera a producirse" en la versión española), que entendemos como "occur or appear again, periodically or repeatedly" (que ocurre o surge de nuevo, de manera periódica o reiterada).¹²⁵² Por consiguiente, el daño resultante de la subvención que se afronta mediante el derecho compensatorio, puede volver a producirse debido a una nueva subvención que se establece después de la imposición de derecho compensatorio inicial. En este sentido, estamos de acuerdo con el Grupo Especial encargado del asunto Estados Unidos – Acero al Carbono en que, al evaluar la probabilidad de la subvención en caso de revocarse un derecho compensatorio, la autoridad investigadora puede tomar en consideración perfectamente, entre otros factores, el nivel de la subvención, cualquier alteración de los programas iniciales de subvenciones y cualquier nuevo programa de subvenciones introducido después de la imposición de los derechos compensatorios iniciales".¹²⁵³

4.540. En consecuencia, entendemos que los párrafos 1 y 2 del artículo 21 del Acuerdo SMC permiten a las autoridades investigadoras examinar alegaciones sobre la existencia de nuevas subvenciones en la realización de un examen administrativo. Dicho examen, aunque está sujeto, mutatis mutandis, a las prescripciones relativas a los visos públicos establecidas en los artículos 11 y 13 del Acuerdo SMC".²⁸ (Subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, aunque el Órgano de Apelación se concentró en la interpretación de los artículos 21.1 y 21.2 del Acuerdo SMC de la OMC según lo visto, se infiere que su razonamiento aplica igualmente a los exámenes por extinción dispuestos en el artículo 21.3 del mismo Acuerdo SMC. Esto es porque el Órgano de Apelación interpretó esas dos disposiciones en el sentido en que ellas "indican que en un examen administrativo la indagación se centra en el derecho compensatorio y en la cuestión de si es necesario mantenerlo".²⁹

Sin embargo, con base en el mismo asunto Estados Unidos – Acero al Carbón (India), se advierte que el Órgano de Apelación limitó la posibilidad de agregar nuevos programas de subvenciones en un examen al señalar que los artículos 21.1 y 21.2, y por consiguiente al artículo 21.3, "limitan el tipo de alegaciones sobre la existencia de nuevas subvenciones que se pueden examinar en un examen administrativo"³⁰ en particular, el Órgano de Apelación consideró que esas disposiciones vinculan la "subvención" con el derecho "compensatorio" originalmente impuesto, según lo siguiente:

"4.541. No obstante, consideramos que los párrafos 1 y 2 del artículo 21 limitan el tipo de alegaciones sobre la existencia de nuevas subvenciones que se pueden examinar en un derecho compensatorio sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño, mientras que el párrafo 2 del artículo 21 concede a las partes interesadas el derecho para neutralizar la subvención. Estas disposiciones vinculan expresamente la subvención con el derecho compensatorio inicial establecida. Esto da a entender que las únicas

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafos 4.538, 4539 y 4.540.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafo 4.540.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafo 4.541.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

"nuevas subvenciones" que se pueden examinar como parte de la "subvención" en un examen administrativo son aquellas que tienen un vínculo suficientemente cercano con las subvenciones que dieron lugar al establecimiento del derecho compensatorio inicial. Además, el párrafo 2 del artículo 21 obliga a la autoridad investigadora a evaluar si "sería probables que el daño siguiera produciéndose o volviera a producirse en caso de que el derecho fuera suprimido o modificado o ambos aspectos".¹²⁵⁴ Por consiguiente, solamente las nuevas subvenciones que informarían esta indagación podrían ser consideradas debidamente por la autoridad investigadora en la realización de un examen administrativo. En particular, la utilización de las expresiones "siguiera produciéndose" y "volviera a producirse" indica que tiene que haber un vínculo o similitud suficientemente cercano entre el daño resultante de la investigación inicial y las nuevas subvenciones cuyo examen se propone en el examen administrativo"³¹. (Subrayado por fuera del texto original).

Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluyó lo siguiente:

"4.543. Por consiguiente, a nuestro juicio, el artículo 21 exige que la autoridad investigadora establezca que existe un vínculo suficientemente estrecho entre las subvenciones que son objeto de la investigación inicial y las alegaciones sobre la existencia de nuevas subvenciones que la autoridad investigadora propone examinar como parte de su examen administrativo. Hay varios factores que se podrían tomar en consideración según las circunstancias de cada caso para determinar si las alegaciones sobre la existencia de subvenciones que no fueron objeto de litigio en la investigación inicial o en exámenes administrativos. Sin embargo, la India no nos pide en su apelación que determinemos cuáles de estos factores son aplicables o tendrían que haberse tenido en cuenta en el caso que examinamos"³².

"No obstante, aunque en el panel se habló de "varios factores" para acreditar el vínculo entre las nuevas subvenciones y aquellas examinadas en la investigación inicial, como se vio con el texto transcrito, el Órgano de Apelación explícitamente rechazó ofrecer mayor claridad sobre cuáles serían esos factores al señalar que la India no le solicitó determinarlos"³³.

Finalmente, sobre la materia es importante hacer notar que, si bien el Órgano de Apelación aceptó que nuevos programas pueden ser incluidos para efectos del análisis de un examen, por ejemplo, para determinar la continuación o repetición del daño, no aceptó explícitamente que sea obligatorio para la autoridad modificar el derecho compensatorio como resultado del examen de esos nuevos programas".

Continuando con el análisis de los argumentos de la recurrente, la cual afirmó en la solicitud de revocatoria directa que la Autoridad Investigadora no tiene discrecionalidad para imponer un derecho compensatorio superior al efectivamente encontrado de acuerdo con el monto de la subvención para el periodo de análisis bajo la norma colombiana, ni bajo el Acuerdo SMC de la OMC, atendiendo al principio de legalidad establecido en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia y artículo 44 del CPACA, se precisa que la Autoridad Investigadora desarrolló y finalizó un examen de extinción, a solicitud de parte, presentando los resultados finales al Comité de Prácticas Comerciales para su evaluación y recomendación final a la Dirección de Comercio Exterior, en el cual, efectivamente determinó, entre otros, que la práctica de la subvención se mantiene, es decir, que en un examen de extinción se revisa el efecto que ha

³¹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafo 4.541.

³² Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafo 4.541.

³³ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas Compensatorias sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbón Laminados en Caliente Procedentes de la India, WT/DS436/AB/R, 8 de diciembre de 2014 (adoptado el 19 de diciembre de 2014) párrafo 4.543.

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

tenido la medida, el comportamiento de las importaciones del producto investigado en presencia de los derechos compensatorios impuestos, dado que en la investigación inicial se demostró la existencia de la subvención, el daño y la relación causal que dio origen a la imposición de derechos definitivos, por lo tanto, sus actuaciones dentro del procedimiento administrativo se desarrollaron conforme a las competencias establecidas en la normatividad vigente.

En consecuencia, la Autoridad Investigadora, conforme al marco legal vigente, concluyó en el Informe Técnico Final lo siguiente:

"En el marco de lo establecido en el Acuerdo de SMC de la OMC, el Decreto 653 de 2022 y de acuerdo con los análisis realizados, se concluye que, se mantiene la existencia de las subvenciones consideradas en la investigación inicial y la presencia de nuevas subvenciones otorgadas a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas en su momento por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00, actualmente clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.10, originarias de Estados Unidos".

De otra parte, según los resultados técnicos contenidos en los análisis efectuados por la Autoridad Investigadora en desarrollo del examen de extinción, se ha observado que a pesar de la vigencia de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.00, actualmente clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.10, existen elementos que permiten concluir que es probable que el daño experimentado por la rama de producción nacional, reflejado en el comportamiento negativo de los diferentes indicadores económicos y financieros, se repita en caso de que se supriman los derechos compensatorios antes indicados.

Lo anterior, teniendo en consideración los siguientes factores:

- La práctica de subvenciones en las exportaciones a Colombia de etanol originarias de los Estados Unidos se mantiene durante el periodo del presente examen de extinción y se han creado nuevos programas de apoyo a la industria del etanol y de su principal materia prima, el maíz.
- Estados Unidos es el principal productor mundial de maíz, en particular el amarillo # 2 utilizado para la fabricación del etanol, así como el primer país exportador de dicho biocombustible.
- La industria de etanol de los Estados Unidos cuenta con una gran capacidad de producción e inventarios libremente disponibles.
- De acuerdo con lo anteriores elementos, se observó que existe la probabilidad del potencial incremento de las importaciones, en caso de suprimirse el derecho compensatorio.
- Se continúa presentado una subvaloración de los precios de importación con respecto al precio de los productores nacionales de -4,01% en el promedio del I semestre y II semestre de 2021.
- Las mejoras que ha originado el derecho impuesto en el estado de la rama de producción nacional.
- La rama de producción nacional continúa registrando daño real en algunas de las variables económicas y financieras, por lo cual se determinó que existe probabilidad de su continuidad en caso de suprimirse el derecho impuesto.

Por lo tanto, el efecto del examen a los derechos busca determinar si al suprimirlos se daría la continuación o repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir.

De otro lado, es pertinente resaltar que con las medidas compensatorias impuestas en la investigación inicial, se pretende restablecer el desempeño positivo de los indicadores económicos y financieros en los cuales se encontró daño a causa de la práctica de importaciones subvencionadas, motivo por el cual, era de esperarse que la rama de producción

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

nacional reportará en sus cifras un comportamiento menos negativo y en algunos casos positivo.

Aunado a lo anterior, el Comité de Prácticas Comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.9.11.9 del Decreto 653 de 2022, emitió evaluación y recomendación final a la Dirección de Comercio Exterior, evaluación y recomendación ampliamente desarrolladas en el numeral 4 de los considerandos de la Resolución 044 de 2023, argumentando, entre otros, lo siguiente:

"Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2.2.3.9.6.17 del Decreto 653 de 2022 ... después de evaluar los resultados técnicos finales, los diferentes comentarios al documento de Hechos Esenciales y de acuerdo con el análisis de la totalidad de las pruebas aportadas en el desarrollo de examen de extinción, consideró que los comentarios y observaciones realizadas no desvirtúan los análisis efectuados, ni las conclusiones respecto del examen de extinción de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante (etanol) originarias de los Estados Unidos. Lo anterior, teniendo en cuenta que el objetivo de un examen por extinción es que las autoridades centren su atención en la averiguación de lo que ocurriría si se suprimiera un derecho compensatorio en vigor. En ese sentido, el Comité consideró que el derecho en vigor debe mantenerse en la misma cuantía con el fin de neutralizar el daño que aún persiste en la rama de producción nacional".

De igual manera, el Comité consideró que, según pronunciamientos de los Órganos de Solución de Diferencias de la OMC, en un examen de extinción bajo el artículo 21.3 del Acuerdo SMC, las autoridades no están obligadas a modificar la cuantía de la subvención, más aún que con los elementos enunciados anteriormente, se determinó que de suprimirse el derecho compensatorio vigente existe la probabilidad de la continuación o repetición de la práctica de la subvención y del daño experimentado por la industria que se pretendía corregir.

Así las cosas, se ha demostrado y fundamentado debidamente en la Resolución 044 de 2023, que la Autoridad Investigadora contó con suficientes bases fácticas y legales que le permitieron determinar que la práctica de las subvenciones se mantiene en el periodo analizado, así mismo, atendiendo el objeto del examen de extinción enmarcado en lo establecido en los artículos 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022 y el 21.3 del Acuerdo SMC realizó el ejercicio de revisión de las subvenciones precisamente para demostrar la existencia de las mismas y no para su modificación, dado que ésta ya se había calculado en la investigación inicial, y que el citado ejercicio realizado en el examen de extinción evidenció que la cuantía no neutraliza el daño que experimenta la rama de producción nacional, por lo tanto, en ese contexto mal haría la Autoridad investigadora en concluir que se debe modificar el derecho hacia la baja o en su defecto eliminarlo, a sabiendas de que, inclusive con el derecho vigente aún no se ha logrado neutralizar el daño, y por el contrario la ausencia del derecho permitiría la reiteración de este.

En este sentido, lo que asevera la recurrente en cuanto a que el derecho compensatorio es superior a la cuantía de la subvención no es procedente, ya que, como se indicó en párrafos anteriores, esto correspondía a un ejercicio de revisión de las subvenciones para demostrar su reiteración y no para modificar el derecho compensatorio vigente.

C. La resolución 044 del 13 de marzo de 2023 es manifiestamente opuesta al artículo 6 de la Constitución Política de Colombia; artículo 19.4 y 21.1 del Acuerdo SMC y artículos 2.2.3.9.1.3, 2.2.3.9.3.1 y 2.2.3.9.11.9 del Decreto 653 de 2022, puesto que la Autoridad no era competente para determinar la imposición de un derecho compensatorio superior a la cuantía de la subvención determinada para el periodo de investigación:

Al respecto, se precisa que a la Autoridad Investigadora, entre otros aspectos, le corresponde, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 2.2.3.9.9.3 del Decreto 653 de 2022, cumplir con

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

el objeto del examen de extinción, en ese sentido, realizó un ejercicio de revisión sobre las subvenciones otorgadas por Estados Unidos y relacionadas en la investigación, que demostró que la práctica de las subvenciones se mantiene en el año analizado correspondiente al 2020, es decir, comprobó la existencia de las subvenciones consideradas en la investigación inicial y la presencia de nuevas subvenciones otorgadas a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas por la subpartida arancelaria 2207.20.00.10, aspecto que no incide sobre la vulneración del límite de lo consagrado en el artículo 14.9 del Acuerdo SMC al mantenerse el derecho compensatorio que venía vigente.

En consonancia con lo expuesto, respecto a lo que aduce la recurrente en relación con los paneles esgrimidos por la Autoridad Investigadora y considerados por el Comité de Prácticas Comerciales en el sentido de que no están relacionados con la obligación de recalcular el derecho compensatorio, ni mucho menos autorizan que la Autoridad Investigadora imponga un derecho compensatorio en vulneración del artículo 14.9 del Acuerdo SMC, cabe precisar que estos efectivamente guardan relación con los resultados presentados con ocasión al examen de extinción, en primera instancia, dado que de ellos se interpreta claramente que el objeto de una investigación inicial y el de un examen por extinción, como se ha manifestado en párrafos anteriores, son totalmente diferentes, y en segundo lugar, debido a que es pertinente y necesaria la revisión de la existencia de nuevos programas de subvenciones dado que permite a la Autoridad Investigadora determinar la continuación y reiteración la práctica de la subvención.

Además, la Autoridad Investigadora observó que según los resultados técnicos contenidos en los análisis efectuados en desarrollo del examen de extinción, que a pesar de la vigencia de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante, existen elementos que permiten concluir que es probable que el daño experimentado por la rama de producción nacional, reflejado en el comportamiento negativo de los diferentes indicadores económicos y financieros, se repita en caso de que se supriman los derechos compensatorios.³⁴

Lo anterior, se reitera, teniendo en consideración los siguientes factores:

- La práctica de subvenciones en las exportaciones a Colombia de etanol originarias de los Estados Unidos se mantiene durante el periodo del presente examen de extinción y se han creado nuevos programas de apoyo a la industria del etanol y de su principal materia prima, el maíz.
- Estados Unidos es el principal productor mundial de maíz, en particular el amarillo # 2 utilizado para la fabricación del etanol, así como el primer país exportador de dicho biocombustible.
- La industria de etanol de los Estados Unidos cuenta con una gran capacidad de producción e inventarios libremente disponibles.
- De acuerdo con lo anteriores elementos, se observó que existe la probabilidad del potencial incremento de las importaciones, en caso de suprimirse el derecho compensatorio.
- Se continúa presentado una subvaloración de los precios de importación con respecto al precio de los productores nacionales de -4,01% en el promedio del I semestre y II semestre de 2021.
- Las mejoras que ha originado el derecho impuesto en el estado de la rama de producción nacional.
- La rama de producción nacional continúa registrando daño real en algunas de las variables económicas y financieras, por lo cual se determinó que existe probabilidad de su continuidad en caso de suprimirse el derecho impuesto

En segundo lugar, se puntualiza que la Autoridad Investigadora, como se ha argumentado ampliamente, actuó conforme a derecho, enmarcada estrictamente en un procedimiento

³⁴ ESV-249-1-1, Tomo 87; folios 476 y 477

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

contenido en la normatividad vigente, por lo que los resultados emitidos abarcaron el análisis integral de la solicitud, lo que conllevó a ordenar la apertura del examen, concediendo a las partes la oportunidad de participar en las diferentes etapas procesales, lo cual se evidencia en el expediente ESV-249-1-1 con el envío y recepción de los cuestionarios, en la práctica de pruebas, en las visitas de verificación, en las pruebas aportadas y recaudadas y en los alegatos de conclusión. En consecuencia, en su análisis integral en el marco de sus competencias presentó los resultados finales acerca de la solicitud, de los comentarios de las partes interesadas y del material probatorio, conforme a la naturaleza del examen de extinción, lo anterior, con fundamento en el artículo 2.2.3.9.9.8 del Decreto 653 de 2022, el cual consagra:

"Artículo 2.2.3.9.9.8. Envío de Hechos Esenciales y presentación del Informe final. (...) La Autoridad Investigadora, a su vez, en un término de 10 días convocará y presentará al Comité de Prácticas Comerciales los resultados finales de la investigación junto con los comentarios presentados por las partes interesadas a los Hechos Esenciales y sus comentarios técnicos a estos, con el fin de que el Comité los evalúe y presente la recomendación final a la Dirección de Comercio Exterior. (...).

Aunado a lo anterior, el Comité de Prácticas Comerciales consideró los fundamentos de hecho y de derecho con base en los cuales recomendó a la Dirección de Comercio Exterior, mantener el derecho compensatorio vigente, lo que se evidencia en la Resolución 044 de 2023, amparado, además, en el artículo 21.3 del Acuerdo SMC y en los pronunciamientos del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, específicamente en lo referente a:

"... Las autoridades no están obligadas a modificar la cuantía de la subvención, más aún que con los elementos enunciados anteriormente, se determinó que de suprimirse el derecho compensatorio vigente existe la probabilidad de la continuación o repetición de la práctica de la subvención y del daño experimentado por la industria nacional que se pretendía corregir"³⁵.

Finalmente, con fundamento en el artículo 2.2.3.9.6.17 del Decreto 653 de 2022, el Comité de Prácticas Comerciales, conforme al ámbito de su competencia, efectuó tanto las evaluaciones de los diferentes comentarios de las partes interesadas al Documento de Hechos Esenciales, así como de los resultados técnicos finales y de acuerdo con el análisis de la totalidad de las pruebas aportadas en el desarrollo del examen de extinción consideró que los comentarios y observaciones realizadas no desvirtuaron los análisis efectuados, ni las conclusiones respecto del examen de extinción de los derechos compensatorios. Lo anterior, teniendo en cuenta que el objetivo de un examen de extinción es que las autoridades centren su atención en la averiguación de lo que ocurriría si se suprimiera un derecho compensatorio en vigor. Por lo tanto, el Comité consideró que el derecho en vigor debía mantenerse en la misma cuantía con el fin de neutralizar el daño que aún persiste en la rama de producción nacional, recomendando a la Dirección de Comercio Exterior, entre otros, mantener el derecho compensatorio vigente como se contempla en la Resolución 044 de 2023 ³⁶.

D. La Resolución 044 de 2023 es opuesta al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y al artículo 164 del Código General del Proceso, porque vulneró el derecho de defensa y contradicción de las partes al tener en cuenta evidencia que no fue aportada ni analizada en el examen de extinción:

En la solicitud de revocatoria directa se argumentó por parte de la apoderada especial del exportador MUREX LLC y de las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, lo siguiente:

³⁵ Resolución 044 de 13 de marzo de 2023, folio 27.

³⁶ Resolución 044 de 2023, folio 26.

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

"En la Resolución 044 de 2023, el MinCIT incluyó en las consideraciones que existían indicios que, durante el año 2021, las subvenciones aumentaron.

No obstante, esta no fue la premisa fáctica que se hubiera hecho manifiesta durante ninguna de las etapas previas de la investigación, tanto así que no existen pruebas en el expediente que permitan sostener esta afirmación. Especialmente, porque tal y como lo solicitó la Autoridad Investigadora, los interesados únicamente aportaron información sobre las subvenciones para el año 2020, no 2021.

Las partes interesadas no tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir las pruebas con base en las cuales la Autoridad Investigadora concluyó que: (i) durante el 2020 se reclamaron las subvenciones en menor cantidad de beneficios a consecuencia de la pandemia COVID; (ii) que existió una falta de presupuesto destinado por el Gobierno de los Estados Unidos para tal fin; y (iii) que los beneficiarios han recibido nuevamente este tipo de ayudas".

Adicionalmente, la Resolución 044/2023 indica que la Autoridad Investigadora encontró subvaloración de precios, con base en la cual determino que de terminarse los derechos compensatorios se daría una continuación del supuesto daño".

Incluso si existieran pruebas para sustentar las afirmaciones del MinCIT que los llevaron a determinar la extensión del derecho compensatorio, éstas no fueron puestas en conocimiento de las partes por lo que no existió una oportunidad para controvertirlas, vulnerando así el derecho de mi representada de ejercer una defensa técnica".

Al respecto es necesario remitirnos al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual dispone:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

En concordancia con lo anterior, los artículos 2.2.3.9.1.3 y 2.2.3.9.6.11 del Decreto 653 de 2022, contemplan:

"Artículo 2.2.3.9.1.3. Fundamento de las Decisiones. Sólo se aplicarán derechos compensatorios en virtud de investigaciones iniciadas y realizadas de conformidad con las disposiciones aquí previstas. Este decreto se aplicará e interpretará en concordancia con lo establecido en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC y el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC. En las decisiones a que hace referencia el presente decreto se tendrán en consideración los Acuerdos Comerciales Internacionales que resulten aplicables. Los informes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación adoptados por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, podrán ser considerados en el desarrollo de las investigaciones".

"Artículo 2.2.3.9.6.11. Práctica de pruebas. La autoridad investigadora de oficio o por solicitud de parte interesada, practicará las pruebas que considere útiles, necesarias y eficaces para la verificación de los hechos investigados. Serán admisibles los medios de prueba testimoniales y documentales, así como los demás previstos en el presente decreto de conformidad con lo establecido por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC".

En armonía con lo antes señalado, los artículos 40 del CPACA y 280 del Código General del Proceso, consagran:

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

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

"Artículo 280. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella".

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-286/2013 definió y se pronunció respecto al debido proceso administrativo, en los siguientes términos:

"(i) un conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Se ha precisado también que con esta garantía se busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

El derecho al debido proceso frente a las actuaciones administrativas abarca un comprensivo conjunto de garantías y cautelas encaminadas a rodear al ciudadano que es o pudiere ser objeto de ellas, de las condiciones de seriedad, transparencia y seguridad necesarias para la efectiva protección de sus demás derechos, de tal manera que la función administrativa cumpla debidamente su objetivo dentro del marco de lo que el mismo texto superior denominó "un orden justo" (art. 2° Const.). Por ello desde sus inicios, esta Corte ha sostenido: "En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional (...)".

Atendiendo el marco normativo y jurisprudencial antes expuesto, respecto a las aseveraciones realizadas por la recurrente se precisa que desde el inicio de la investigación, en el Informe Técnico de Apertura se caracterizaron los programas que se analizarían para probar la recurrencia y/o continuación de la subvención, entre ellos por ejemplo, se encontraba el Programa de Biocombustibles³⁷ indicado en primera instancia por la peticionaria y respecto del cual en respuesta a cuestionarios el Gobierno de los Estados Unidos también se pronunció, así: "El Programa de Productores de Biocombustibles no se encontraba en vigor durante el PDI. El programa se anunció en diciembre de 2021 y se implementó en 2022."; el Programa de Asistencia Alimentaria por Coronavirus³⁸ sobre el cual el peticionario indicó en el dictamen pericial que los pagos continuaban en el año 2021; entre otros. En consecuencia, esto demuestra que efectivamente la información se encontraba en el expediente público ESV-249-1-1, al cual tuvieron acceso todas las partes interesadas intervinientes durante el desarrollo de la investigación, por lo que estas pruebas fueron de total conocimiento de dichas partes interesadas, específicamente, para el caso objeto de pronunciamiento, por parte del exportador MUREX LLC y las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, quienes contaron con las oportunidades procesales para pronunciarse al respecto.

37 Informe de Hechos Esenciales, página 77 y siguientes.

38 Informe de Hechos Esenciales, página 175.

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

Por otra parte, en lo referente a la falta de valoración del material probatorio oportunamente allegado y recaudado dentro del examen de extinción, la recurrente en la solicitud de revocatoria no indica cuales fueron las pruebas que presentó y según ésta no fueron valoradas por la Autoridad Investigadora, sin embargo, es de resaltar que absolutamente todas las pruebas fueron valoradas de forma crítica e integral, inclusive las aportadas por MUREX LLC en el examen de extinción para el análisis de la recurrencia y/o continuación de la subvención, prueba de ello es que a dicha sociedad se le hicieron varios requerimientos así:

- Requerimiento No. 2-2022-023023 del 4 de agosto de 2022.
- Alcance a la respuesta al Requerimiento No. 2-2022-023023 del 4 de agosto de 2022, mediante comunicación del 2 de septiembre de 2022.
- Requerimiento No. 2-2022-029015 el 03 de octubre de 2022.

Estos requerimientos se efectuaron precisamente con el fin de aclarar la información aportada como parte de la respuesta a cuestionarios, tal como se puede verificar en el Documento de Hechos Esenciales **"2.7.2.3.14. Metodología de la información presentada por la empresa comercializadora Murex LLC"**.³⁹

Por otro lado, afirma la recurrente:

"Adicionalmente, la Resolución 044/2023 indica que la Autoridad Investigadora encontró subvaloración de precios, con base en la cual determinó que de terminarse los derechos compensatorios se daría una continuación del supuesto daño.

Este análisis de subvaloración tampoco fue incluido en los Hechos Esenciales ni en el material probatorio, impidiendo así que las partes se pronunciaran y ejercieran de forma adecuada su derecho a una defensa técnica sobre este punto crítico del análisis que llevó a la autoridad a extender los derechos compensatorios."

Al respecto, la Autoridad Investigadora precisa que desde la apertura del examen de extinción realizó un análisis del efecto de las importaciones de alcohol carburante (etanol) sobre los precios de la rama de producción nacional – subvaloración, depresión o contención, el cual hace parte del Informe técnico de Apertura, y se encuentra publicado en el expediente⁴⁰, precisamente para que las partes se pronunciaran al respecto.

Asimismo, la Autoridad Investigadora en el documento de *"Observaciones técnicas de la autoridad investigadora a los comentarios de las partes interesadas al documento de hechos esenciales dentro del examen por extinción de los derechos compensatorios impuestos a las importaciones de alcohol carburante etanol"*⁴¹ puso en conocimiento del Comité de Prácticas Comerciales, en la sesión 154 del 7 de marzo de 2023, dicho comentario y la respuesta dada al mismo, en el sentido de que el análisis de subvaloración de precios sería incluido en la conclusión del Informe Técnico Final,⁴² lo cual en efecto se hizo. Dicho análisis permitió concluir que con la información disponible hasta la etapa procesal de Hechos Esenciales el precio del producto importado, aunque en menor proporción, continuaba siendo inferior al precio de la rama de producción nacional, situación que coincidía con la aplicación de los derechos compensatorios.

Por lo tanto, las actuaciones de la Autoridad Investigadora en cada una de las etapas procesales del examen de extinción se enmarcaron conforme a lo consagrado en el Decreto 653 de 2022, se destaca que el decreto en comento, además de informar a las partes interesadas respecto de cada etapa, dispone en los artículos 2.2.3.9.9.2 y 2.2.3.9.9.7, en cumplimiento de los derechos al debido proceso y al de defensa y contradicción consagrados

39 Informe de Hechos Esenciales, página 208 y siguientes.

40 ESV-249-1-1, tomo 16, folios 2015 a 2017

41 ESV-249-1-1-tomo 86 folios 71, 87 y 94

42 ESV-249-1-1-tomo87 folios 460, 461 y 462

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

en el artículo 29 de la Constitución Política, que las partes cuentan con un término para iniciar de oficio o a petición de parte el examen, para allegar pruebas que resulten útiles, pertinentes, necesarias y eficaces para la verificación de los hechos, tienen la oportunidad de intervenir al aportar sus respuestas a cuestionarios, presentar alegatos de conclusión, solicitar una audiencia pública entre intervinientes y realizar comentarios al documento de hechos esenciales.

En consecuencia, queda demostrado que la Autoridad Investigadora actuó de conformidad con el debido proceso en cada una de las etapas procesales, entre otros, motivando sus pronunciamientos previó análisis integral de las pruebas allegadas y recaudadas, sustentado su resultados con base en las normas constitucionales, legales, con base en la jurisprudencia y doctrina estrictamente necesarias y vigentes para fundamentar las conclusiones producto del examen extinción realizado, por lo que, no ha vulnerado el derecho de defensa de las partes intervinientes, además de lo consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso.

E. La resolución cuya revocatoria directa se solicita a su honorable despacho causa un agravio injustificado a los actores:

En la solicitud de revocatoria directa la apoderada especial del exportador MUREX LLC y las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION argumentó que el acto administrativo cuestionado causó un agravio injustificado a los actores en su calidad de exportadores e importadores de alcohol carburante (etanol), como consecuencia de la decisión de prolongar la medida y mantener el derecho compensatorio calculado en la Resolución 069 del 30 de abril de 2020 para el periodo 2017, en el sentido de que estarán penalizados al pago adicional de derechos compensatorios por encima del valor del subsidio efectivamente encontrado y se enfrentarán a barreras de acceso al mercado.

Al respecto, se procederá a determinar lo que debe entenderse por el concepto de daño antijurídico, en atención al llamado que realizan los recurrentes sobre unas cargas que se impusieron de manera injustificada.

Así las cosas, se relaciona lo que ha entendido la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado respecto al concepto de daño antijurídico:⁴³

"Sobre la noción de daño antijurídico, ha dicho la jurisprudencia, que "equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar (...)"⁴⁴ En consecuencia, solo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga".⁴⁵

(...)"

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

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

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

45 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de febrero de 2012, Exp. 20.106, C.P. Enrique Gil Botero.

Continuación de la resolución: *“Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa”*

respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que, de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño antijurídico no se presume, de manera que quién alega su ocurrencia debe probarlo. (Subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo antes expuesto, el artículo 2.2.3.9.7.6 del Decreto 653 de 2022 dispone claramente que en ningún caso las investigaciones por subvenciones y en consecuencia el establecimiento de los derechos compensatorios obstaculizarán la introducción de la mercancía en el territorio nacional.

Igualmente, se enfatiza que los derechos compensatorios no son una barrera injustificada al comercio. En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo SMC, estas medidas son unas herramientas legítimas a las cuales pueden acudir los Países Miembros de la OMC para establecer derechos compensatorios si, tras realizar la correspondiente investigación de conformidad con las disposiciones del Acuerdo, se formula una determinación en el sentido de que se está practicando una subvención y se está causando un daño a una rama de producción nacional.

En ese sentido, se aclara que los derechos compensatorios impuestos en la Resolución 044 de 2023 no son imputables, atribuibles o se causarán a cargo de las sociedades recurrentes, habida cuenta que el artículo 2º de la citada Resolución diáfamanamente dispone *“Mantener los derechos compensatorios definitivos impuestos... a las importaciones de alcohol carburante (etanol)..., originarias de los Estados Unidos, en la forma de un derecho específico de USD 0,06646 por cada kilogramo de peso neto de la mercancía sujeta al derecho, adicional al arancel aplicable a la mencionada subpartida según el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América.”*

Es decir, el sujeto activo del pago de los derechos compensatorios es el importador.

En efecto, atendiendo razones de competencia corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN aplicar los derechos compensatorios conforme a las disposiciones legales y a la Resolución que los imponga, así como a las normas inherentes al recaudo, constitución de garantías, procedimientos y demás materias relacionadas con los gravámenes arancelarios (inciso segundo del artículo 2.2.3.9.7.6 del Decreto 653 de 2022). Por consiguiente, la DIAN hace efectivo el cobro de los derechos antidumping al importador en el momento de la presentación y aceptación de la Declaración de Importación y en ningún caso corresponde pagarlos al exportador MUREX LLC y las asociaciones de los Estados Unidos de América.

En el anterior contexto y teniendo en cuenta que las sociedades antes mencionadas, por medio de su apoderada especial, argumentan en la página 25 de la solicitud de revocatoria que *“(...) los Actores en su calidad de exportadores e importadores de Alcohol carburante (etanol) (...)”*, la Autoridad Investigadora considera oportuno aclarar que en el examen de extinción las referidas sociedades actuaron en calidad de exportador, por lo tanto, no son responsables del pago de los derechos compensatorios impuestos.

Lo anterior se corrobora en el desarrollo y finalización del examen de extinción en el cual la sociedad MUREX LLC y las asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION actuaron, la primera en calidad de *“comercializador, comerciante y distribuidor de etanol, metano y diésel”* y las segundas en calidad de *“representantes de los productores estadounidenses de maíz y de etanol”*, lo cual se evidencia, entre otros documentos contenidos en el expediente, en la respuesta al cuestionario a los exportadores y productores extranjeros.

Por otro lado, la recurrente manifiesta que *“el hecho de prorrogar los derechos compensatorios en una cuantía que excede el valor de la subvención representa un perjuicio a los Actores que tendrán que asumir injustificadamente”*. Al respecto, la Autoridad Investigadora ha demostrado

Continuación de la resolución: *"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*

y fundamentado, en el presente acto administrativo, que contó con suficientes bases fácticas y legales que le permitieron demostrar que la práctica de las subvenciones al alcohol carburante (etanol) y a su principal materia prima el maíz se mantienen en el periodo analizado, así mismo, atendiendo el objeto del examen de extinción enmarcado en lo establecido en los artículos 2.2.3.9.9.2 del Decreto 653 de 2022 y el 21.3 del Acuerdo SMC llevó a cabo el ejercicio de revisión de las subvenciones precisamente para demostrar que las mismas se mantienen y no para su modificación, y que el citado ejercicio realizado en el examen de extinción evidenció que el derecho compensatorio impuesto en la investigación inicial, no ha neutralizado el daño que experimenta la rama de producción nacional, por lo tanto, en ese contexto mal haría la autoridad investigadora en concluir que se debe modificar el derecho hacia la baja o en su defecto eliminarlo, y por el contrario la supresión del derecho permitiría la reiteración del daño que se pretendía corregir. (Argumento ampliamente desarrollado en el análisis de la segunda petición de la recurrente contenido en el literal B, a partir de la página 24 del presente acto administrativo).

No obstante, para determinar la procedencia de la revocatoria directa de la Resolución 044 de 2023 conforme a la tercera causal del artículo 93 del CPACA., resulta pertinente comprender, según lo expuesto en líneas anteriores, que en definitiva no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste dicho acto administrativo conforme al artículo 88 del mismo Código, dado que se ha probado su total apego a la Constitución Política, a la ley y al marco legal que regula la aplicación de derechos compensatorios, y además, debido a que se verificaron los fundamentos que soportan que el Ministerio haya determinado que la supresión del derecho compensatorio impuesto permitiría la continuación o la repetición del daño y de la subvención que se pretendía corregir.

Por este motivo, estando plenamente demostrados los fundamentos para mantener la citada medida compensatoria definitiva por medio de la Resolución 044 de 2023 y teniendo en cuenta que con la solicitud de revocatoria directa no se logró desvirtuar la legalidad de dicho acto administrativo, se descarta desde ya la ocurrencia de un agravio injustificado entendido como un perjuicio que se ocasiona a una persona sin motivo, razón o fundamento.

Conforme a lo antes expuesto, debido a que no se aportaron pruebas que permitieran determinar la afectación de las compañías como resultado del mantenimiento de la medida impuesta por la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en razón a que los argumentos expuestos por la apoderada especial del exportador MUREX LLC y de las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION no lograron probar unos perjuicios ciertos generados o futuros como consecuencia de la expedición de la Resolución 044 de 2023, se concluye indefectiblemente que la solicitud de revocatoria directa es improcedente en lo que a dicho numeral se refiere.

- **Conclusiones respecto a la solicitud de revocatoria directa**

En el marco del estudio de las pruebas aportadas y recaudadas frente al desarrollo del examen de extinción de los derechos compensatorios definitivos impuestos a las importaciones de alcohol carburante (etanol), clasificadas en la subpartida arancelaria 2207.20.00.10, originarias de los Estados Unidos, abierto mediante la Resolución 089 del 29 de abril de 2022, se logró determinar que la Autoridad Investigadora actuó en ejercicio de su competencia, conforme a las normas previamente establecidas que regulan la materia y en cumplimiento del debido proceso y de los demás derechos y garantías procesales que le asisten a las partes interesadas.

Quedó demostrado que los argumentos y las pruebas aportadas por la apoderada especial de los recurrentes, no lograron desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución 044 de 2023 y que los derechos compensatorios vigentes, prorrogados como resultado del examen de extinción mediante la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023, no configuraron graves e injustificados perjuicios para el exportador MUREX LLC y las Asociaciones de los Estados

Continuación de la resolución: "Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"

Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION, por lo que la Dirección de Comercio Exterior no encontró que dicha resolución sea opuesta a la Constitución Política o a la Ley; ni que no esté conforme con el interés público o social o atente contra él; o que genere un agravio injustificado, dado que el exportador MUREX LLC y las citadas Asociaciones de los Estados Unidos no probaron la configuración de las causales de revocación contenidas en los numerales 1, 2 y 3 artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, queda determinado que los argumentos esgrimidos por la apoderada especial del exportador MUREX LLC y de las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION no infirmaron las decisiones adoptadas por la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023, por lo tanto, no es procedente su revocatoria.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Artículo 1º. No revocar la Resolución 044 del 13 de marzo de 2023, por medio de la cual se adoptó la determinación final en la investigación administrativa iniciada mediante la Resolución No. 089 del 29 de abril de 2022.

Artículo 2º. Comunicar la presente resolución a la apoderada especial del exportador MUREX LLC y de las Asociaciones de los Estados Unidos U.S. GRAINS COUNCIL, GROWTH ENERGY y RENEWABLE FUELS ASSOCIATION.

Artículo 3º. Contra la presente resolución no procede recurso alguno por ser un acto administrativo de carácter general, de conformidad con el artículo 2.2.3.9.1.4 del Decreto 653 de 2022 en concordancia con los artículos 75 y 95 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 4º. La presente resolución rige a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11 JUL. 2023**

Eloisa F. de Duque

ELOÍSA ROSARIO FERNÁNDEZ DE DE LUQUE

Proyectó: Leonor Carolina Duque Duque
Revisó: Eloísa Fernández - Diana M. Pinzón - Luciano Chaparro
Aprobó: Eloísa Fernández