



Honorable Senado de la República de Colombia
Capitolio Nacional, Carrera 7 No 8 – 68
Bogotá D.C., Colombia

12 de septiembre de 2016

Honorables Senadores,

Esta carta tiene por objeto expresar nuestra preocupación sobre las posibles incompatibilidades del Proyecto de Ley 189/16 con determinadas disposiciones esenciales de la ley de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Hemos tenido conocimiento de que actualmente el Senado de Colombia debate una modificación de la legislación de su país relacionada con el régimen tributario de las bebidas alcohólicas. En particular, el Artículo 20 del Proyecto de Ley 189/16, que modifica el Artículo 50 de la Ley 788 del año 2002, sugiere determinar el impuesto a las bebidas alcohólicas sobre la base de dos componentes, es decir (1) un componente específico de 220 pesos colombianos (COP) por porcentaje de contenido alcohólico de una bebida de 750 ml; y (2) un componente *ad valorem* que grava un “impuesto dinámico” del 25% del precio minorista de una bebida alcohólica determinado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

A nuestro juicio, el componente *ad valorem* del nuevo impuesto al consumo gravable a las bebidas alcohólicas que se propone no es compatible con varias disposiciones de la ley de la OMC por las siguientes razones.

El componente del impuesto *ad valorem*: Según la OMC, constituye una discriminación de hecho ilegal contra el vino.

La posible gravación del impuesto *ad valorem* de un 25% del precio minorista provocaría importantes distorsiones del mercado que son incompatibles con la ley de la OMC.

Un simple ejemplo ilustra bien el problema: Sería de \$0,25 el impuesto *ad valorem* gravado a una botella de cerveza de producción local del tamaño de 750 ml que tiene un precio de \$1, en tanto que sería de \$2,50 el impuesto gravado a una botella de 750 ml de vino importado que tiene un precio de \$10. Esto ampliará de manera significativa la diferencia de precios entre dos productos que compiten entre sí, y significaría una discriminación de hecho contra el vino importado.

Esto parece ser incompatible con varias disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994).

Particularmente, la primera oración del Artículo III.2 dispone:

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa o indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares”.

Aunque a primera vista el impuesto propuesto parece ser de origen neutro, está claro que las bebidas alcohólicas más caras, y a menudo importadas, como el vino, estarían sujetas a tasas de impuestos ad valorem más altas que las bebidas alcohólicas menos caras que son muchas veces de producción local. En otras palabras, las bebidas alcohólicas importadas estarían de hecho sujetas a impuestos gravados superiores a los aplicados a productos nacionales, así incumpliendo el Artículo III.2 del GATT 1994.

La jurisprudencia de la OMC ha destacado reiteradamente que la prohibición de la discriminación, especialmente referente a la obligación de trato nacional, sea conforme al Artículo III del GATT 1994 u otros convenios de la OMC, abarca no solo la discriminación legal sino la discriminación de hecho. Esto está demostrado por las decisiones recientes del Órgano de Apelación de la OMC.¹

A mayor abundamiento, la segunda oración del Artículo III.2 dispone:

“Ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1”.

A su vez, el Artículo III.1 dispone que:

“Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior [...] no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”.

Por ende, la segunda oración del Artículo III.2 prohíbe la aplicación de impuestos internos con el fin de proteger la producción nacional. Al aplicar el propuesto impuesto dinámico, los importadores de bebidas alcohólicas más caras tendrían una carga tributaria mucho más alta que los productores locales de bebidas alcohólicas más baratas.

Cabe destacar que la primera oración del Artículo III.2 del GATT 1994 prohíbe la aplicación de todo impuesto en exceso, sin perjuicio de la cuantía de la diferencia entre el impuesto gravado a los productos nacionales e importados. Como subrayó el Órgano de Apelación de la OMC en uno de sus primeros casos: “Incluso el monto más mínimo de ‘exceso’ es demasiado. La prohibición de impuestos discriminatorios en la primera oración del Artículo III.2 no está condicionada a una ‘prueba de los efectos en el comercio’ ni limitado por una regla ‘de minimis’”².

El mayor impuesto sobre las bebidas alcohólicas importadas conllevaría, sin lugar a dudas, a un aumento de los precios de dichas bebidas, haciendo que sean menos atractivas y accesibles por los consumidores, lo que fomentaría que ellos se cambien a las bebidas locales más baratas, especialmente la cerveza.³

El Artículo III.2 del GATT 1994 prohíbe la discriminación entre productos nacionales e importados “similares”. Cabe recordar que el concepto de “similitud” no significa que los productos tienen que ser idénticos en la práctica. Como ha establecido el Órgano de Apelación de la OMC, esencialmente se

¹ El Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *las Filipinas – Licores Destilados* (WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R), párrafo 174, Informe del Órgano de Apelación de la OMC; *EE.UU. – Cigarrillos de Clavos de Olor* (WT/DS406/AB/R), párrafo 226; Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *EE.UU. – COOL* (WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R), párrafos 347 a 349.

² Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas Alcohólicas II*, (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R), p. 23.

³ Según una encuesta sobre la elasticidad de demanda entre precios de las bebidas alcohólicas³, es probable que los consumidores respondan a un aumento de precios de una bebida alcohólica cambiándose a otros tipos de bebidas alcohólicas. En particular, los compradores de bebidas de mejor calidad responden a un aumento en su precio disminuyendo el consumo de este tipo de bebida o cambiándose a unas de menor costo. La mayor parte del impacto de un aumento de precio beneficia a la cerveza, con un aumento del 5,95% de sus ventas en respuesta a un aumento de los precios de vinos y licores. Paul J. Gruenewald, William R. Ponicki, Harold D. Holder and Andres Romelsjo, ‘Alcohol Prices, Beverage Quality and the Demand for Alcohol: Quality Substitutions and Price Elasticities’, *Alcoholism: Clinical and Experimental Research*, Vol. 1, enero 2006

establece si los productos importados y nacionales son “similares” mediante “la determinación de la naturaleza y alcance de una relación competitiva entre los productos”⁴.

Se puede determinar si existe una relación competitiva entre productos sobre la base de varios factores, los que incluyen los usos finales de los productos en un cierto mercado y los gustos y hábitos de los consumidores⁵. Tanto el vino como la cerveza comparten el mismo uso final, que consiste en la relajación y sociabilización en ambientes sociales correspondientes. Respecto de los hábitos y gustos de los consumidores, este criterio se refiere a la percepción y trato de los consumidores de los productos como un medio alternativo de realizar determinadas funciones con el fin de satisfacer un deseo particular. Por supuesto, el vino y la cerveza son diferentes en términos físicos y algunos consumidores no substituirían el uno por el otro, pero la encuesta citada a continuación ratifica la disposición de muchos, sino la mayoría de los consumidores, de cambiarse con bastante facilidad entre el vino y la cerveza, tratando así a los dos productos como alternativos para satisfacer su deseo.

Lo anterior tiene una ratificación potente en la jurisprudencia de la OMC. En el caso *Chile – Bebidas Alcohólicas*, el panel de la OMC declara que “es posible que el vino y la cerveza compitan o se sustituyan directamente por algunas o todas las bebidas alcohólicas destiladas”⁶. Esta declaración permite un argumento *a fortiori*: si el vino y la cerveza compiten directamente o son sustituibles por licores destilados, está claro que la relación competitiva entre la cerveza y el vino debe ser de todas maneras significativamente más estrecha; son “productos similares” para los efectos del Artículo III.2 del GATT que habla de la tributación. La cerveza y el vino deben ser gravados de la misma manera según la primera oración del Artículo III.2 del GATT. Por ende, el proyecto de ley no cumple con esta disposición.

Sin embargo, si se cuestionara la “similitud” del vino y la cerveza para efectos de esa disposición, una tributación diferenciada como la que propone el proyecto de ley colombiano, que tiene un impacto importante en su relación competitiva, constituiría un claro incumplimiento de la segunda oración del Artículo III.2 del GATT porque significaría la gravación de “impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1” [del Artículo III del GATT]. Puesto que el Órgano de Apelación de la OMC ha dicho categóricamente que el objeto del Artículo III del GATT 1994 “es evitar el proteccionismo en la aplicación de impuestos interiores y medidas normativas [...] con este fin, el Artículo III obliga a los miembros de la OMC a establecer una igualdad de condiciones competitivas para los productos importados en relación con los productos nacionales”⁷.

El propuesto impuesto dinámico impondría, de hecho, una carga tributaria más alta en las bebidas alcohólicas importadas, discriminando así contra ellas respecto de bebidas alcohólicas nacionales similares y por ende, protegiendo los productos locales de bebidas alcohólicas al fomentar que los consumidores cambien a bebidas alcohólicas más baratas de producción local. Esto sería incompatible con el Artículo III del GATT 1994.

Determinación de los precios minoristas por DANE: Se exagera el efecto discriminatorio

La determinación del precio minorista de bebidas alcohólicas por el DANE también parece aumentar aún más el riesgo de discriminación en violación de la ley de la OMC.

Como se mencionó, el Artículo III.1 del GATT 1994 prohíbe la protección de la producción nacional mediante la aplicación de leyes, normativas y exigencias internas que afecten, entre otras cosas, la venta, la oferta de venta, la compra o la distribución de productos. Debido a que el precio minorista constituye una referencia del monto del impuesto *ad valorem* que se grava a las bebidas alcohólicas, esto podría provocar una carga tributaria más alta para los productores de bebidas alcohólicas importadas porque la determinación del precio de su producto está fuera de sus manos y podría terminar siendo fijada a un nivel más alto que su precio de mercado. Esto significa que se quitaría a los productores la posibilidad de mitigar los riesgos de distorsiones del mercado debido a la mayor diferencia

⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *las Filipinas – Licores Destilados* (WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R), párrafo 119 con referencia a su informe en EC - Asbestos (WT/DSW135/AB/R), párrafo 99.

⁵ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá – Periódicos* (WT/DS31/AB/R), páginas 21 – 22.

⁶ Informe del Panel de la OMC, *Chile – Bebidas Alcohólicas* (WT/DS87/R, WT/DS110/R), párrafo 7.39.

⁷ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas Alcohólicas II* (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R), párrafo 16; esta determinación también fue ratificada en el Informe del Órgano de Apelación de la OMC sobre *Canadá - Periódicos* (WT/DS31/AB/R), página 18.

de precios producto del impuesto *ad valorem* por lo que efecto de la determinación del DANE podría significar concretar el efecto distorsionador del impuesto *ad valorem*.

Por lo tanto, una determinación del precio minorista podría impedir el acceso a las bebidas alcohólicas importadas al mercado colombiano, teniendo por consecuencia la protección ilegal de los productores nacionales de bebidas alcohólicas en violación del Artículo III del GATT de 1994.

Nota: No comparable con el IVA

Cabe destacar a propósito que el propuesto componente *ad valorem* del impuesto a las bebidas alcohólicas difiere de manera significativa, en cuanto a su efecto, de un impuesto *ad valorem* generalmente aplicable a los bienes vendidos, tal como un impuesto al valor agregado (IVA). Un IVA general o impuesto a la venta se aplica a todos los productos por igual y por lo tanto, tiene un efecto general proporcional en todo el consumo (y, por ende, poco efecto general); pero un impuesto específico sobre un grupo de productos afecta solamente a ese grupo, en este caso las bebidas alcohólicas. La ampliación que aquí se observa en la relación específica entre la cerveza y el vino no es, por ende, el efecto secundario de un impuesto, de otra manera razonable, sobre toda la economía, sino un problema muy específico creado dentro de una relación competitiva muy específica. En esa calidad, tal como se demuestra, es ilegal según la ley de la OMC.

Conclusión

Desde luego, la República de Colombia tiene el derecho de ejercer su soberanía en la adopción de sus leyes y normativas interiores. No obstante, los Miembros de la OMC tienen la libertad de perseguir sus metas nacionales mediante impuestos o normativas internas en la medida que los mismos no socaven los compromisos que han asumido según el Acuerdo de la OMC. El Proyecto de Ley 189/16, especialmente su Artículo 20, no es compatible con las obligaciones de Colombia de no discriminar (trato nacional) según el Artículo III del GATT 1994.

La promulgación de la versión actual del Proyecto de Ley significaría arriesgar acciones legales contra la República de Colombia mediante el mecanismo de resolución de conflictos de la OMC. Sobre la base de jurisprudencia anterior de la OMC, es razonable creer que un panel de resolución de conflictos de la OMC concluiría que el impuesto dinámico propuesto no es compatible con los Artículos III.2 y III.1 del GATT 1994.

En cambio, quizás el Senado de la República de Colombia desea considerar la modificación de la versión actual del Proyecto de Ley 189/16 con miras a asegurar un trato igual y no discriminatorio para las bebidas alcohólicas importadas. Por ejemplo, esto se podría lograr eliminando el componente *ad valorem* del impuesto a las bebidas alcohólicas.

Estamos dispuestos a trabajar de manera constructiva con el Senado y otras ramas del Gobierno de la República de Colombia con el fin de lograr una solución satisfactoria y sustentable.

El presente documento ha sido preparado con la asistencia del abogado, señor Gary Horlick, destacado experto en materias de OMC y litigante en controversias arbitrales ante ese organismo; e igualmente por el abogado, señor Hannes Schloemann, de la misma especialidad.

Le agradecemos muchísimo su consideración.

Muy cordialmente,



Mario Pablo Silva,
Presidente de la Asociación de Vinos de Chile A.G