

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 16-376416--2-0 FECHA: 2016-11-23 10:18:57
DEP: 1000 DESPACHO DEL EVE: SIN EVENTO
SUPERINTENDENTE DELEGAD
TRA: 334 REMISIINFORMA FOLIOS: 06
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.

1000

Doctora
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Secretaria Jurídica
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
Calle 7a No. 6 - 54
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 16-376416- -2-0
 Trámite: 334
 Evento:
 Actuación: 440
 Folios: 06

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)
 Proyecto de Decreto: “*Por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones*”.

Respetada Doctora Pardo:

En relación con la comunicación indicada en la referencia, radicada con el número 16-376416-0 el día 4 de noviembre de 2016¹, esta Delegatura rinde concepto sobre el proyecto de decreto “*Por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones*” (en adelante el “Proyecto”), para lo cual se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia y, posteriormente, se explicará el Proyecto y se presentará el análisis del mismo desde la perspectiva de la libre competencia económica.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, “(...) *la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. (...)*”.

¹ El día 16 de noviembre de 2016 se envió un requerimiento al Ministerio de Comercio Industria y Turismo con radicado 16-376416—1, del cual se recibió respuesta vía correo electrónico el mismo 16 de noviembre del presente año.



Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría tener el incumplimiento por parte de una autoridad de regulación de las obligaciones señaladas en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

*“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el **no remitir un proyecto** regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o **el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta**, en principio, sería la **nulidad del acto administrativo** de regulación por expedición irregular del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”².*
(destacado fuera de texto)

2. GENERALIDADES SOBRE LAS ZONAS FRANCAS Y ANTECEDENTES DEL PROYECTO

Las zonas francas son áreas que gozan de un tratamiento especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior y tienen, entre otros objetivos³, incentivar la inversión, crear empleo, promover la competitividad de las regiones, generar economías de escala, y simplificar los trámites de comercio internacional de bienes y servicios⁴.

En la Ley 1004 de 2005 se presenta la definición legal de una zona franca en los siguientes términos *“[la] Zona Franca es el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones”⁵.* (destacado fuera de texto).

Ahora bien, de la anterior definición, y con el fin de comprender mejor la naturaleza de una zona franca, es pertinente resaltar lo que se entiende por un territorio aduanero nacional que corresponde a una *“... demarcación dentro de la cual se aplica la legislación aduanera; cubre todo el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa el Estado colombiano,*

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

³ Cfr. West African Challenges. Are Economic Free Zones Good for Development. “El término “zona franca” puede ser definido como un perímetro de tamaño variable, en el que los negocios autorizados están exentos del régimen normal aplicable en el país anfitrión, especialmente con respecto a materias aduaneras y tributarias (Bost, 2010). En respuesta de esta concesión, los gobiernos esperan que estos negocios estimulen las exportaciones nacionales, creen empleo, y que ayuden a diversificar la economía al traer nuevas ramas de actividades.” (Disponible en <https://www.oecd.org/swac/publications/49814045.pdf>) (Consultado por última vez el 22 de noviembre de 2016) (Traducción propia).

⁴ Artículo 2, Ley 1004 de 2005.

⁵ Artículo 1, Ley 1004 de 2005.

de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales”⁶.

Así las cosas, cuando un bien proveniente del exterior ingresa directamente a una zona franca, a este no se la aplican las reglas del régimen aduanero nacional puesto que no se considera que el mismo ha entrado al territorio aduanero nacional. Por el contrario, si el bien es introducido de la zona franca al territorio aduanero nacional, ocurrirá una importación y por lo tanto, se deberá dar cumplimiento a las disposiciones correspondientes del régimen aduanero general y con ello, el importador tendrá que asumir los costos y llevar a cabo los trámites normalmente asociados con una importación al territorio aduanero nacional⁷.

De otra parte, las zonas francas en Colombia se encuentran subdividas en varias categorías (permanentes, permanentes especiales y transitorias) las cuales dependerán, según se desprende del artículo 3 del Decreto 1300 de 2015⁸, de aspectos tales como las actividades que ahí se desarrollen, el número de usuarios de las mismas y su ubicación geográfica⁹.

En cuanto a los tipos de usuarios de las zonas francas, según el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005, estos serán personas jurídicas en cualquiera de las siguientes modalidades:

- (i) Usuarios operadores: Aquellos autorizados para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias zonas francas, así como para calificar a sus usuarios.
- (ii) Usuarios industriales de bienes: Instalados exclusivamente en una o varias zonas francas y que son autorizados para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados.
- (iii) Usuarios industriales de servicios: Es la persona jurídica autorizada para desarrollar, exclusivamente, en una o varias zonas francas, distintas actividades entre las que se resaltan aquellas relacionadas con logística de transporte, telecomunicaciones,

⁶ Cfr. Artículo 3, Decreto 390 de 2016 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁷ Folio 2 del expediente 16-376416. Según el artículo 99 del Proyecto “*La introducción al resto del territorio aduanero nacional de mercancías procedentes de una zona franca, es una importación, la que se someterá a los regímenes y formalidades aduaneras dispuestas en la regulación aduanera, sin perjuicio del diligenciamiento y autorización del formulario de movimiento de mercancías. (...)*” (Destacado fuera de texto)

⁸ Cfr. Folio 2 del expediente 16-376416. Cabe destacar que el artículo 3 del Proyecto incorpora los conceptos de los diferentes tipos de zonas francas del artículo 3 del Decreto 1300 de 2015, el cual además, sería derogado por el artículo 127 del Proyecto.

⁹ Cfr. Decreto 1300 de 2015, artículo 3: “**Clases de zonas francas.** Las Zonas Francas pueden ser Permanentes, Permanentes Especiales o Transitorias:

Zona Franca Permanente. Es el área delimitada del territorio nacional, en la que se instalan múltiples usuarios industriales o comerciales, los cuales gozan de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial, según sea el caso.

Zona Franca Permanente Especial. Es el área delimitada del territorio nacional, en la que se instala un único Usuario Industrial, el cual goza de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial.

Zona Franca Transitoria. Es el área delimitada del territorio nacional, donde se celebran ferias, exposiciones, congresos y seminarios de carácter nacional e internacional, que revistan importancia para la economía y/o el comercio internacional, y que gozan de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial”.



investigación científica y tecnológica, salud, turismo, pruebas de calidad, soporte técnico de maquinaria y consultorías¹⁰.

- (iv) Usuarios comerciales: Corresponde a la persona jurídica autorizada para desarrollar actividades de mercado, comercialización o conservación de bienes en una o varias zonas francas.

Ahora bien, de la parte considerativa del Proyecto se observa que existe por parte del regulador la intención de (i) simplificar las normas vigentes sobre zonas francas; (ii) agilizar procedimientos; (iii) facilitar el acceso al régimen de zonas francas; y (iv) delimitar con mayor claridad la participación de las diferentes entidades que intervienen en el proceso de declaratoria de la existencia de zonas francas¹¹.

Igualmente, se reitera en la parte considerativa del Proyecto la necesidad de actualizar las normas relacionadas con zonas francas con las nuevas tendencias internacionales en esta materia.

3. REGULACIÓN PROPUESTA

En el Proyecto no se observa una disposición que de manera expresa indique cuál es el objeto del mismo¹², para lo cual, es pertinente remitirse a su parte considerativa, según se explicó en la parte final del punto 2 de este documento.

Ahora bien, en términos generales, mediante el Proyecto se regulan, entre otros, los siguientes aspectos:

- i) Disposiciones generales que contienen entre otras cosas, lo siguiente a) definiciones relevantes; b) los tipos de zonas francas (Permanentes¹³, Permanentes Especiales¹⁴ y Transitorias¹⁵); y c) las clases de usuarios de zonas francas¹⁶.

¹⁰ El artículo 3 de la Ley 1004 de 2005 no presenta una lista exhaustiva de actividades para usuarios industriales de servicios, razón por la cual, siempre que dicho usuario tenga autorización, entendemos que podría realizar otras actividades de servicios.

¹¹ Cfr. Considerando 2° del Proyecto. Folio 2 del expediente 16-376416.

¹² Según el artículo 1.5.1.1.1. del Decreto 1609 de 2015, que se refiere a las directrices de técnica normativa, proferidas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el objeto de la norma corresponde a aquello: "...sobre lo que versa la norma; explica el porqué o para qué de esta. Es inútil si sólo constituye una perífrasis del título. Por el contrario, puede proporcionar al destinatario elementos que no se habrán incluido en el título por un deseo de concisión, pero que le permiten comprobar, a primera vista, si el acto le afecta o no."

¹³ Folio 2 del expediente 16-376416. Artículo 3 del Proyecto. "Es el área delimitada del territorio nacional, en la que se instalan múltiples Usuarios Industriales o Comerciales, los cuales gozan de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial, según sea el caso."

¹⁴ Folio 2 del expediente 16-376416. Artículo 3 del Proyecto. "Es el área delimitada del territorio nacional, en la que se instala un único Usuario Industrial, el cual goza de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial."

¹⁵ Folio 2 del expediente 16-376416. Artículo 3 del Proyecto. "Es el área delimitada del territorio nacional, donde se celebran ferias, exposiciones, congresos y seminarios de carácter nacional o internacional, que revistan importancia para la economía y/o el comercio internacional, y que gozan de un tratamiento tributario, aduanero y de comercio exterior especial."

¹⁶ Folio 2 del expediente 16-376416. En el artículo 4 del Proyecto se mencionan los siguientes tipos de usuarios: Operadores, Industriales de Bienes, Industriales de Servicios, Comerciales, Administradores y Expositores.

- ii) Disposiciones relacionadas con la declaratoria de la existencia de las zonas francas¹⁷.
- iii) Requisitos para la declaratoria de las zonas francas¹⁸.
- iv) Procedimiento para la declaratoria de la existencia de zonas francas¹⁹.
- v) Pérdida de la declaratoria de la existencia de zonas francas²⁰.
- vi) Requisitos especiales de las zonas francas transitorias²¹.
- vii) Ampliación, extensión y reducción de áreas declaradas como zonas francas²².
- viii) Disposiciones particulares para los usuarios operadores²³, usuarios industriales y comerciales²⁴.
- ix) Infracciones de los usuarios operadores, industriales y comerciales y las respectivas sanciones aplicables.
- x) Disposiciones generales sobre las operaciones de comercio exterior en zonas francas²⁵.
- xi) Tratamiento de mercancía procedente de otros países que ingresa a una zona franca²⁶.
- xii) Tratamiento de mercancía procedente del resto del territorio aduanero nacional que ingresa a una zona franca²⁷.
- xiii) Tratamiento de mercancía que sale de una zona franca con destino al resto del mundo²⁸.

¹⁷ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo II del Título I del Proyecto.

¹⁸ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo III del Título I del Proyecto.

¹⁹ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo IV del Título I del Proyecto.

²⁰ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo V del Título I del Proyecto.

²¹ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo VI del Título I del Proyecto.

²² Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo VII del Título I del Proyecto.

²³ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo VIII del Título I del Proyecto.

²⁴ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo IV del Título I del Proyecto.

²⁵ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo I del Título II del Proyecto.

²⁶ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo II del Título II del Proyecto.

²⁷ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo III del Título II del Proyecto.

²⁸ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo IV del Título II del Proyecto.



- xiv) Tratamiento de mercancía que sale de una zona franca con destino al resto del territorio aduanero nacional²⁹.
- xv) Operaciones entre zonas francas³⁰.
- xvi) Sobre el control y fiscalización en las operaciones de comercio exterior³¹.

3.1. Disposiciones del Proyecto relevantes para el análisis desde la libre competencia económica

3.1.1. La exclusividad en zonas francas

Por regla general, de conformidad con el artículo 6 del Proyecto, los usuarios industriales de bienes y/o los usuarios industriales de servicios, deben estar instalados exclusivamente en las zonas declaradas como zonas francas y deberán garantizar que el desarrollo de su objeto social y la actividad generadora de renta se produzca en las mismas, salvo en lo que tiene que ver con el procesamiento parcial por fuera de las zonas francas, en los términos del artículo 86 del Proyecto³².

En efecto, en el artículo 86 del Proyecto se establece que *“el proceso industrial de bienes o servicios a que hace referencia el numeral 1 del artículo 104 del presente decreto, debe corresponder a actividades que fomenten el encadenamiento productivo y en todo caso no podrá ser superior al 40% del costo de la producción total de los bienes o servicios en el año fiscal...”*³³ (destacado fuera de texto).

En consecuencia, para que opere la excepción referida en el artículo 6, en consonancia con el artículo 86 citado, deben concurrir los siguientes 3 requisitos:

- i) Tratarse de los bienes o servicios referidos en el numeral 1 del artículo 104 del Proyecto;
- ii) Tratarse de actividades que fomenten el encadenamiento productivo³⁴;
- iii) Que el proceso industrial de bienes o servicios que se autorice por parte del usuario operador no sea superior al 40% del costo de la producción total de dichos bienes o servicios en el año fiscal.

²⁹ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo V del Título II del Proyecto.

³⁰ Folio 2 del expediente 16-376416. Capítulo VI del Título II del Proyecto.

³¹ Folio 2 del expediente 16-376416. Título III del Proyecto.

³² Folio 2 del expediente 16-376416.

³³ Folio 2 del expediente 16-376416.

³⁴ No se observó que en el Proyecto se defina a qué corresponde exactamente un encadenamiento productivo.

Así las cosas, es importante destacar que el numeral 1 del artículo 104 del Proyecto³⁵ se refiere a la autorización por parte del usuario operador respecto de la salida temporal desde una zona franca hacia el resto del territorio aduanero nacional de:

- i) Materias primas, insumos y bienes intermedios, para la realización de pruebas técnicas o para llevar a cabo parte del proceso industrial de bienes o servicios según lo establecido en el artículo 86 del Proyecto;
- ii) Bienes terminados, igualmente para desarrollar pruebas técnicas sobre los mismos.

Así mismo, en el numeral 1 del artículo 104 del Proyecto se especifica que el término durante el cual podrán permanecer los bienes o servicios por fuera de la zona franca, no podrá exceder un plazo de 6 meses, el cual se podrá prorrogar hasta por 3 meses adicionales.

3.1.2. Requisitos para la declaratoria de Zonas Francas Permanentes Especiales de Servicios Portuarios

En el artículo 36 del Proyecto se señala que aquellas sociedades portuarias “(...) que hayan suscrito un contrato de concesión para la operación de puertos de servicio público³⁶ podrán solicitar la declaratoria de existencia como Zona Franca Permanente Especial de Servicios, sobre el área correspondiente a su área portuaria por el mismo término de la concesión del puerto (...)”³⁷.

Adicionalmente, en el último inciso del artículo 36 en mención se establece que si dentro de la misma área que se declaró zona franca permanente especial “... opera un puerto privado³⁸ habilitado como tal por la autoridad competente que preste servicios exclusivamente al Usuario Industrial, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas podrá conceptuar favorablemente sobre la posibilidad de extender la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente Especial al puerto privado sin necesidad del cumplimiento de los requisitos previstos en el presente Decreto; en todos los casos el titular del puerto deberá ser el mismo titular de la zona franca.”³⁹ (destacado fuera de texto).

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

La decisión de política económica dirigida a fomentar la creación y expansión de zonas francas, como entendemos se propone en el Proyecto, responde a la convicción de que a través de este

³⁵ Folio 2 del expediente 16-376416.

³⁶ Ley 1 de 1991, artículo 5: “5.15. Puerto de servicio público. Es aquel en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones” (Cita fuera de texto).

³⁷ Folio 2 del expediente 16-376416.

³⁸ Cfr. Ley 1 de 1991, artículo 5: “5.14. Puerto de servicio privado Es aquel en donde sólo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura”. (Cita fuera de texto)

³⁹ Folio 2 del expediente 16-376416.



tipo de instituciones el país puede generar incentivos adicionales para promover la inversión, el empleo⁴⁰ y el desarrollo económico⁴¹.

Por lo anterior, en principio, existen razones que justifican este tipo de regímenes, pese a las ventajas potencialmente anticompetitivas, aun en los mercados nacionales, que dichos regímenes pueden otorgar a quienes están dentro de los territorios declarados como zonas francas, en contraste con aquellos que se encuentran por fuera de los mismos. Por regla general, estar dentro de las zonas francas ofrece a esos usuarios una ventaja considerable, en particular, en materia de beneficios tributarios que no tienen aquellos que se ubican por fuera de estas.

En este orden de ideas, los beneficios económicos y sociales que se espera produzcan las zonas francas, deberían superar o compensar en el futuro los costos asociados con las mismas, entre ellos, los potenciales riesgos de afectaciones sobre la libre competencia económica. Estos riesgos se incrementan, por ejemplo, en aquellos casos en los que los competidores dentro de las zonas francas, como los que están por fuera de ellas, rivalizan en el territorio aduanero nacional, es decir, cuando se importan a este, bienes amparados con los beneficios de las zonas francas.

No obstante, cabe resaltar que, actualmente, en el resto del territorio aduanero nacional, los agentes económicos están expuestos a la competencia de otros competidores que eventualmente importen legalmente productos de terceros países con zonas francas. Por esta razón adicional, cuestionar el Proyecto de manera general desde el punto de vista de la libre competencia económica, no sería compatible con este tipo de circunstancias inherentes a una economía de mercado globalizada.

En conclusión, esta Superintendencia reconoce los potenciales beneficios económicos de las zonas francas, entre ellos, el de incrementar el número de competidores en el mercado del territorio aduanero nacional y, por lo tanto, existen razones que ameritan su existencia.

En este contexto, hacemos los siguientes comentarios puntuales sobre algunas de las disposiciones del Proyecto ya explicadas:

4.1. Artículo 6 del Proyecto referido a la exclusividad en zonas francas

Como se expuso, los usuarios industriales de bienes y/o de servicios, deben estar instalados en las zonas francas, garantizar que el desarrollo de su objeto social se lleve a cabo en las mismas y que la actividad generadora de renta se produzca también en dichas zonas, salvo la excepción relacionada con el procesamiento parcial.

⁴⁰ Véase por ejemplo el artículo de Aradhna Aggarwal, "Special Economic Zones: Revisiting the Policy Debate. A discussion of the pros and cons of the controversial SEZ policy". Economic and Political Weekly. Vol. 41, No. 43/44. Noviembre, 2006. Pág. 4533. Consultado en www.jstor.org.

⁴¹ *Ibidem*. Señala la autora citada que "Sin embargo, no hay evidencia conclusiva respecto del papel de estas zonas en el proceso de desarrollo de un país" (Traducción propia). De manera semejante, encontramos que otros autores como Herbert G. Grubel señalan que "¡Los efectos de las zonas económicas libres en el bienestar son teóricamente indeterminadas". (Traducción propia). "Towards a Theory of Free Economic Zones", Herbert G. Grubel. Weltwirtschaftliches Archiv, Bd. 118, H. 1 (1982). Pág. 58. Consultado en www.jstor.org.



En nuestro entendimiento, el procesamiento parcial referido está restringido a las circunstancias del artículo 86 y del numeral 1 del artículo 104 del Proyecto; entre otras, a que dicho procesamiento parcial no sea superior al 40% del costo de la producción total de los bienes o servicios del usuario al que se le autorice esta excepción, con lo cual entendemos que dicho usuario mantendría los beneficios asociados a la zona franca como si el costo total de su producción se hubiera generado dentro de esta.

Así las cosas, comprendemos que esta posibilidad puede generar eficiencias adicionales y exclusivas para los usuarios industriales instalados en las zonas francas y que no se extenderían a aquellos que se encuentren por fuera de las mismas.

No obstante, en línea con lo expresado en el punto 4, los potenciales riesgos sobre la libre competencia derivados del Proyecto, tales como los asociados con el procesamiento parcial, se encuentran compensados, en principio, por los beneficios económicos y sociales generalmente atribuidos a las zonas francas y al desarrollo que se genera dentro o en las proximidades de dichas zonas. En este sentido, la posibilidad de externalizar parte del procesamiento industrial por fuera de la zona franca, podría implicar una subutilización del territorio de la misma e incluso, podría afectar las proyecciones de empleos directos que se pretenden generar en aprovechamiento de la zona franca.

Pese a lo anterior, y en ausencia en el régimen actual⁴² de una cota de procesamiento parcial, la iniciativa es a nuestro juicio pro competitiva en la medida en que de alguna manera equilibra la situación del agente de mercado que no se beneficia de los privilegios de la zona franca.

Sin embargo, la Superintendencia considera pertinente evaluar la posibilidad de incorporar alternativas regulatorias que desincentiven a los usuarios industriales de bienes o servicios ubicados en las zonas francas, a recurrir a la totalidad del porcentaje del 40%. Así, por ejemplo, si un usuario usa solo 10% del "cupo" para el procesamiento parcial, conservará la totalidad de algunos de los beneficios de la zona franca mientras que, quien recurra al 40%, perdería parte de ellos. Una o varias reglas que incorporen esta lógica, ayudarían a reducir las desventajas de quienes, por estar por fuera de la zona franca, no pueden beneficiarse de las ventajas que la ley y el Proyecto prevén para las mismas.

4.2. Artículo 36 del Proyecto relacionado con los requisitos para la declaratoria de Zonas Francas Permanentes Especiales de Servicios Portuarios

Para esta Superintendencia no es clara la relación del título del artículo 36 con lo que se pretende regular en el último inciso del mismo puesto que:

- (i) mientras en el título del artículo en mención se busca determinar las condiciones para que una sociedad portuaria o puerto con una concesión portuaria pública pueda solicitar la declaratoria de existencia del área portuaria como zona franca permanente especial de servicios portuarios;

⁴² Esta conclusión se desprende principalmente de la documentación enviada con la solicitud del presente concepto.



- (ii) el último inciso hace referencia a la posibilidad de solicitar, sin “*necesidad del cumplimiento de los requisitos previstos en el presente Decreto*”⁴³, la extensión de la zona franca permanente especial a un puerto privado que preste servicios exclusivamente al usuario industrial ubicado en la zona franca permanente especial.

Dicho en otras palabras, si bien el último inciso está relacionado con el tema de puertos, no parece tener nada que ver con sociedades portuarias o puertos con concesiones portuarias públicas.

Además de la anterior consideración, no son claras las circunstancias excepcionales en las que se estaría regulando este evento puntual de extensión de beneficios de una zona franca permanente especial, a un puerto privado que preste servicios de manera *exclusiva* a un usuario industrial. En este sentido, se corre el riesgo de que por esta vía se generen circunstancias *ad-hoc* para un agente particular en el mercado.

Hecha esta apreciación introductoria, y con el fin de facilitar la comprensión de los comentarios que se presentarán a continuación, traemos nuevamente a colación el último inciso del artículo 36 del Proyecto, según el cual:

*“Si dentro del área declarada como Zona Franca Permanente Especial opera un puerto privado habilitado como tal por la autoridad competente que preste servicios exclusivamente al Usuario Industrial, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas podrá conceptuar favorablemente sobre la posibilidad de extender la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente Especial al puerto privado sin necesidad del cumplimiento de los requisitos previstos en el presente Decreto; en todos los casos el titular del puerto deberá ser el mismo titular de la zona franca.”*⁴⁴ (destacado fuera de texto)

En nuestra opinión, el regulador podría hacer algunas claridades en la anterior cita que además de ofrecer mayor certeza a los particularísimos destinatarios de la norma, permitirán que en el futuro se valore mejor los potenciales riesgos anticompetitivos que pueden derivarse de la misma. En efecto, a esta Superintendencia le surgen las siguientes inquietudes:

- a) Entendemos que en una zona franca permanente especial se instala un único usuario industrial, es decir, el usuario industrial ocupa la porción de territorio correspondiente a la zona franca permanente especial. De ser esto así, no es claro cómo un puerto privado que ya está en la zona franca –“dentro”- requiere que se le extiendan los beneficios. Dicho en otras palabras, ¿Si ya está en la zona franca, no disfrutaría automáticamente de los beneficios de la misma?;
- b) Si el puerto privado no está dentro de la zona franca permanente especial, ¿Este debe estar contiguo a la misma o puede estar ubicado en un lugar distante de dicha zona franca?;

⁴³ Folio 2 del expediente 16-376416. Artículo 36 del Proyecto.

⁴⁴ Folio 2 del expediente 16-376416. Artículo 36 del Proyecto.

- c) ¿Cuáles son las implicaciones de no tener que “*dar cumplimiento de los requisitos previstos en el presente Decreto*”?; ¿Se trata de una ampliación territorial de una zona franca permanente especial, que estará exenta de los requisitos mínimos para que proceda la declaratoria de la misma?; si de manera hipotética se sometiera al puerto privado a un estudio de declaratoria de zona franca permanente especial, ¿Podría dicho puerto superar por sí solo un examen para que su declaratoria sea procedente?

De acuerdo con lo anterior, es pertinente recordar lo expuesto en el punto 4 de este concepto en lo que tiene que ver con las razones que sustentan la posibilidad de contar con un régimen de zonas francas. En efecto, los riesgos anticompetitivos del mismo se justifican en la medida en que los beneficios sociales y económicos asociados con las zonas francas compensen las potenciales afectaciones al régimen de la libre competencia económica. Así las cosas, extender los privilegios de las zonas francas, sin justificaciones suficientes como las que en nuestro criterio están ausentes en el último inciso del artículo 36 del Proyecto, contradicen la lógica aquí explicada.

En consonancia con lo expuesto, cabría preguntarse si la posibilidad de extender los beneficios de una zona franca permanente especial a un puerto privado, sin necesidad de cumplir con los requisitos del Proyecto, generaría, de cara al régimen de la libre competencia económica, una ventaja desproporcionada para un usuario industrial localizado en la misma.

En este orden de ideas, esta Superintendencia recomienda que el regulador considere efectuar las precisiones correspondientes que sirvan para facilitar la comprensión del último inciso del artículo 36 y, adicionalmente, recomienda que se evalúe si quien pretenda extender los beneficios de una zona franca permanente especial a un puerto privado, requiere o no cumplir por lo menos con algunos de los requisitos del Proyecto.

5. RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo expuesto, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia **recomienda**:

- Evaluar la posibilidad de incorporar alternativas regulatorias que desincentiven, a los usuarios industriales de bienes o servicios ubicados en las zonas francas, a usar la totalidad del porcentaje del 40%, en los términos explicados en el punto 4.1. de este documento.
- Considerar hacer las precisiones correspondientes que sirvan para facilitar la comprensión del último inciso del artículo 36 del Proyecto y, adicionalmente, evaluar si quien pretenda extender los beneficios de una zona franca permanente especial a un puerto privado, requiere o no cumplir por lo menos con algunos de los requisitos del Proyecto.

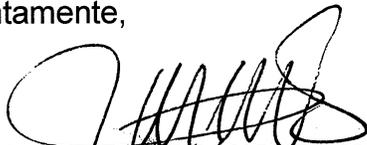
Por último, dado que en el presente caso esta Superintendencia consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el Proyecto, es importante resaltar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la carga motiva que surge en cabeza del regulador y que decida apartarse de las sugerencias no vinculantes de la Superintendencia de Industria y Comercio:



“La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 (...), para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar “de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”. Por tanto, la motivación debe constar en la parte considerativa del acto regulatorio y no serán suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento.”⁴⁵. (subraya y negrilla fuera de texto)

Esta Superintendencia agradece la Presidencia de la República que al momento en que la norma definitiva sea expedida, se remita copia de la misma. Lo anterior con el fin de permitirle a la Superintendencia de Industria y Comercio hacer un seguimiento de la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar objetivos de vigilancia y regulación comunes, que garanticen la libre competencia económica, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Atentamente,



JORGE ENRIQUE SANCHEZ MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboraron:
Revisó:
Aprobó:

Camilo Romero / Fernán Montoya *FM*
Ismael Beltrán Prado *IB*
Jorge Enrique Sánchez Medina

Copia

Dra. Yeinni Andrea Patiño, Directora de Productividad y Competitividad, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Calle 28 No. 13A-15.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.