

DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE CALI
DIVISIÓN DE GESTIÓN JURÍDICA

AUG 23 3 11 PM '13

1049

(A)

Doctor:
OSCAR A. VALERO N.
Magistrado
Administrativo del Valle del Cauca

Su oficina

Referencia:	Proceso No.	2012- 0255
	Demandante:	COLGATE PALMOLIVE COMPANY
	C.C.	890.300.546
	Demandado:	LA NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO -DIAN-
	Acción:	NULIDAD RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
	Cuantía:	\$322.962.000

HENRY SOTO CRUZ, identificado con C.C. 16.256.521 de Palmira, abogado con T.P. 49.919 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la **NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**, en el proceso de la referencia, recurso de apelación a la sentencia proferida en el proceso de la referencia, el día 12 de agosto de 2013, según acta Nro. 007 de la misma fecha.

Es preciso manifestar al Despacho que me **OPONGO** a todas y cada una de las peticiones mencionadas por el apoderado del demandante en el acápite de las declaraciones por no asistirle derecho, de conformidad con las razones que se expondrán en el ejercicio de la defensa y en consecuencia, solicito , desestimar las súplicas de la demanda.

EN CUANTO A LOS ACTOS IMPUGNADOS

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución Nro. 1-88- 241 – 06 -40 - 007 del 16 de marzo de 2012, proferida por la División de Gestión de Liquidación, por medio de la cual se profirió Liquidación Oficial de Valor, en lo referente a las declaraciones de importación (81) relacionadas por el demandante.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución Nro. 1-00-223-10106 del 12 de julio de 2012, proferida por la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos por medio de la cual se resolvió el Recurso de Reconsideración y que confirmo en todas sus partes la Resolución Nro. 007 de 2012.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Para este Despacho no es de recibo lo planteado por el Honorable Magistrado, pues al revisar la liquidación se observa que la regalía se calculo con base en el valor FOB consignado en las declaraciones e importaciones que presento el interesado durante el mes de enero de 2009, el valor de regalía para producto terminado fue el informado por el importador en el objeto de examen, el producto de este cálculo es el porcentaje a aplicar a cada declaración objeto de estudio y la operación aritmética está bien realizada.

Así que atendiendo lo dispuesto en los artículos 1 y 8 del acuerdo de valoración de la OMC, la decisión andina 571 del 2003, la Resolución Nro. 846 del 2004 de la comisión de la Comunidad Andina, el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000, la División de Gestión de Fiscalización, determino el valor en aduana para las mercancías importadas por la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA Nit: 890.300.546, en las declaraciones de importación objeto de análisis en este acto administrativo, mediante la aplicación del primer método de valoración, valor de transacción, el cual se define como el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías. Cuando estas se venden para su exportación al territorio aduanero comunitario, ajustado de conformidad con las adiciones previstas en el artículo 18 y las deducciones de que trata el artículo 31 de la Resolución 846 del 2004, y siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 5.

La administración aduanera determino la procedencia de corregir las declaraciones de importación materia de la presente controversia e imponer las sanciones procedentes de acuerdo con las normas aduaneras.

Dentro del proceso se encuentra el estudio técnico de valor en aduanas de la División de Gestión de Fiscalización, que corresponde al procedimiento fijado por

www.dian.gov.co

las normas de valoración en aduanas, dando así aplicación al método del valor de transacción, con base en dicho estudio se fundamenta el Requerimiento Especial Aduanero y la Liquidación Oficial de revisión

Es de advertir que la entidad en ningún momento ha desconocido el hecho que la materia prima puede suceder que no sea vendida en Colombia, tal como lo pone de presente el representante legal del importador, porque la entidad no reclama regalía en ese concepto sino por producto terminado, en donde tiene plena aplicabilidad el literal c) del numeral 2 del artículo 26 de la Resolución Comunitaria 846 del 2004, cuando prevé, que también se pueden hacer ajustes al precio realmente pagado o por pagar por la mercancía importada.

La regalía se paga a partir del cálculo que se realiza respecto de las ventas en el comercio nacional y, el pago se materializa a favor de la matriz por el uso del conocimiento, los equipos, las marcas, etcétera como fuente de la obligación de pago. Para que se puedan vender los productos, es necesaria su transformación previa adquisición del producto bien sea en el mercado nacional o internacional, bajo supervisión del concejo o directriz del otorgante de la licencia.

El contrato de licenciamiento restringe al licenciatario la posibilidad del cumplimiento de su objeto social, pues debe atender las instrucciones en cuanto a los elementos necesarios para la elaboración de los productos respecto de los cuales se pagan los derechos configurando la relación directa entre el producto licenciado y la materias primas; para el caso en estudio, son materias primas de origen extranjero respecto de las cuales se debe realizar el ajuste por las regalías pagadas; para este, el pago se realiza en relación con las materias primas importadas que se utilizan en los productos licenciados que se fabrican y venden en aplicación de los distintos elementos que se obtienen del contrato de licencia de licencia.

Reitera el planteamiento del importador en el sentido de que se analice los argumentos expuestos por COLGATE PALMOLIVE COMPAÑIA, en especial en la respuesta efectuada al requerimiento especial aduanero los cuales en calidad de garantes comparten su integridad y que apuntan a que no existió incumplimiento por parte del afianzado de sus obligaciones aduaneras y por lo tanto es improcedente la orden de hacer efectiva la póliza expedida por Mundial se Seguros.

Se adhiere en calidad de garantes por expedición de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. C-A0029007, tienden a demostrar que la determinación del valor de las declaraciones se ajustó al acuerdo no se configuró ninguno de los presupuestos legales establecidos para la procedencia de los ajustes previsto en el artículo 8, literal c).

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver es establecer si COLGATE PALMOLIVE COLOMBIA debe ajustar el valor pagado en aduana a la DIAN, por las materias primas importadas para la fabricación de productos de la marca Colgate en Colombia está relacionado con el ajuste de valor en aduanas por concepto de regalías cuando el contrato de licencia entre las partes pacta que el pago de ésta no es condición de venta en desarrollo de la Cláusula 5.4. en tanto que el licenciante puede renunciar a él conforme a la Cláusula 5.5. y en consecuencia determinar si procede o no la Liquidación Oficial de Revisión de Valor.

No comparte este Despacho lo planteado por el Honorable Magistrado en relación a los métodos de valoración de transacción toda vez que la administración aduanera determinó la procedencia de corregir las Declaraciones de Importación señaladas e imponer las sanciones procedentes de acuerdo con las normas aduaneras, a través de resolución motivada.

El Despacho encuentra a folios 298 al 316, el Estudio Técnico de Valor en Aduana de la División de Gestión de Fiscalización, que responde al procedimiento fijado por las normas de valoración en aduanas. Allí se expuso lo siguiente:

"(...)

- ARTÍCULO PRIMERO DEL ACUERDO: "MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN"

Para la valoración de las mercancías de procedencia extranjera importadas por la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA NIT. 890.300.546-6, descritas en las Declaraciones de Importación Iniciales enunciadas en el cuadro No. 1, la División de Gestión de Fiscalización dio cumplimiento a la Introducción General del Acuerdo de Valoración de la OMC, la cual exige la aplicación del primer método de valoración: "Método del Valor de Transacción", regulado en los artículos 1 y 8 y sus correspondientes Notas Interpretativas, de prevalencia sobre los demás métodos de valoración aduanera establecidos en el Acuerdo, siempre que la mercancía importada y / o la negociación efectuada, cumpla los requisitos allí previstos, entre otros, que se pruebe cual fue el valor realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, siempre y cuando hayan sido vendidas para la exportación a Colombia, ajustado de conformidad con lo estipulado en el artículo 8 del Acuerdo y en la Nota Interpretativa al Artículo 1 (se subraya).

Con base en dicho estudio se fundamentó el Requerimiento Especial Aduanero y la Liquidación Oficial de Revisión de Valor en Aduanas, pues las pruebas consignadas en el expediente, las visitas realizadas al importador y el material aportado por el interesado e desarrollo del proceso, permitieron establecer:

a.- La Existencia de venta: Se han acreditado mediante los siguientes documentos:

www.dian.gov.co |

El Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali, en donde se advierte que la empresa COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA NF 890.300.546-6, es sucursal de la empresa extranjera COLGATE PALMOLIV COMPANY, cuya sede principal está ubicada en el Estado de Delaware, USA., como persona jurídica independiente y las negociaciones que efectúa con sus proveedores deben considerarse ventas.

Los auxiliares contables a nivel 8 donde aparece la contabilización de las declaraciones^A de importación que corresponden a las materias primas de los vinculados economicos que fueron incorporadas a los productos licenciados para el período comprendido en octubre a diciembre del año 2007 y enero a diciembre del año 2008, también se aprecie los valores pagados al proveedor, al transportador, los pagos de los impuestos de cada una de las declaraciones de importación sometidas a investigación.

Esta documentación (folios 150 al 174), fue aportada por el representante de la sociedad investigada con escrito radicado bajo No. 00002934 de 15 de marzo de 2011, e respuesta al Requerimiento Ordinario de Información No. 00007 del 1 de diciembre d 2010, y a su vez certificó que son copias de los originales de los documento correspondientes a los registros contables y operaciones propias de la compañía.

Los elementos de juicio antedichos, determinan la existencia de operación de venta por parte de proveedores en el exterior con destino a la exportación a Colombia.

b.- Las Restricciones, Condiciones o Contraprestaciones, Reversiones: propias (la relación contractual ponen de presente que no existe un contrato de compraventa ni (distribución exclusiva entre la sociedad importadora COLGATE PALMOLIVE COMPAÑ y el proveedor en el exterior COLGATE PALMOLIVE COMPANY.

La autoridad aduanera en su oportunidad señaló que, las negociaciones fuer soportadas con facturas de venta; el examen de los documentos no contempla estipulaciones en materia de restricciones a cesión o utilización de las mercancías después de la importación, tampoco, condiciones o contraprestaciones impuestas por vendedor referidas al precio para la venta de las mercancías importadas o el precio producto.

El análisis de la operación mercantil de la empresa investigada realizado por la entidad cara a la Opinión Consultiva 16.1 del Acuerdo de Valoración, en donde se estipula:

"Trato aplicable a una situación en la que la venta o el precio dependen de alguna condición o contraprestación cuyo valor puede determinarse con relación a las mercancías a valorar".

En donde se menciona, que:

"Las Notas interpretativas al Artículo 1 y el Anexo III establecen claramente que el precio realmente pagado o por pagar es el pago total que haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor o en beneficio de éste, que el pago puede hacerse de manera directa o indirecta, y que el precio comprende todos los pagos realmente efectuados o por efectuar por el comprador al vendedor, o por el comprador a un tercero. Así pues, el valor de la condición, cuando se conoce y está relacionado con las mercancías importadas, forma parte del precio realmente pagado o por pagar".

Reflejan que el importador COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, suscribió un CONTRATO DE REGALÍAS con la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPANY, casa matriz del Grupo COLGATE PALMOLIVE, compañía proveedora y propietaria de las "MARCAS" y que en este contrato está estipulado que: " (...) Productos bajo licencia".

Por productos bajo licencia se entienden todos los productos que incorporen cualesquiera de los inventos, diseños registrados, patentes, marcas, nombres comerciales, empaques y know-how y todos los productos que se fabriquen utilizando procesos o maquinaria protegidos por cualquier invento, diseño registrado, patente o "Know-how" de propiedad de COLGATE, los cuales el USUARIO venderá en el TERRITORIO, posterior a la fecha en que este Contrato entre en vigencia.

La "Traducción Oficial No. 3606/97" (folios 3 a 54), plasma el documento contractual al cual llegaron las partes; en él se estipulan en forma clara las obligaciones impuestas a COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA., que se circunscriben a las restricciones para la cesión y utilización de la mercancía o condiciones o contraprestaciones, que en forma pormenorizada se describen en el folio 971 del expediente.

^

Estas reglas determinan que las negociaciones interpartes cumplen con el requisito exigido en el párrafo 1, literales a), b) y c) del Artículo 1 del Acuerdo de valoración de la OMC y el numeral 4 del artículo 174 de la Resolución 4240 de 2000.

c.- Existencia de Vinculación.

La sociedad importadora COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, tiene vinculación con la casa matriz y los proveedores porque éstos son empresas subsidiarias de COLGATE PALMOLIVE COMPANY, relación que se acredita al proceso con el Certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente la sociedad investigada en el escrito No. 00002934 del 15 de marzo de 2011, que suministra respuesta a los requerimientos que ha adelantado la entidad en busca

de información, enuncia a varias de las empresas vinculadas, las cuales proveen materias primas y materiales semi-terminados.

Los documentos que se consignan en el proceso y en particular los analizados acreditan la "vinculación por subordinación" conforme a las reglas que contempla el artículo 260 en su numeral primero del Código de Comercio y de vinculación, en cumplimiento de los criterios fijados por los literales e) y f) del párrafo 4 del art. 15 del Acuerdo de Valoración de la OMC.

d.- La Influencia de la vinculación en el precio.

En aplicación del párrafo 2 literal a) del artículo 1 del Acuerdo de Valoración en Aduanas y la Nota al párrafo 2 de este artículo, el Estudio Técnico de Valor, no establece que la vinculación operante entre el proveedor y el importador ejerza influencia en el precio de las mercancías importadas por COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA.

Del análisis de los precios de transferencia de las operaciones comerciales entre la sociedad importadora y sus vinculados económicos se concluyó que, no hay pruebas ni indicios de los cuales se infiera que la vinculación haya influido en el precio de las mercancías materia de investigación.

Ajustes del Artículo 8 del Acuerdo de Valoración de la OMC.

La lectura del Contrato de Regalías celebrado entre la sociedad importadora COLGAT PALMOLIVE COMPAÑÍA y la empresa COLGATE PALMOLIVE COMPANY (Matriz), e su conjunto son determinantes para establecer que la matriz otorga el derecho de usar le inventos, el registro de diseño, las patentes, las marcas, los nombres comerciales, le empaques y el Know How, necesarias para fabricar, usar y vender jabones, cremas dentales y artículos del aseo y del hogar, objeto del contrato, de acuerdo con los termine y condiciones pactadas en el contrato y sus anexos.

Este documento permite determinar entre otros, las obligaciones del usuario por relación contractual que ha suscrito con la casa matriz, ente los que se destacan:

COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA en su carácter de "usuario" adquiere el compromiso de cancelar a COLGATE, una remuneración por los derechos otorgados mediante contrato, equivalente al cinco por ciento (5%) de regalía sobre sus ventas netas totales ' los productos objeto de Licencia, entendiendo "VENTAS NETAS" como todas las ventas brutas de productos licenciados facturados por parte del USUARIO al comercio.

El artículo 8 del Acuerdo de Valoración de la OMC, señala que los ajustes por concepto de cánones y derechos de licencia, se podrán realizar siempre que se

cumplan un requisitos, exigencias que a su turno se enfatizan en el artículo 182 de la Resolución 42 de 2000, cuando señala las siguientes reglas:

No están incluidos en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías objeto valoración.

Están relacionados con dichas mercancías. Pueden ser identificados con datos objetivos y cuantificables, y

Constituyen una condición de la venta de las mercancías importadas para su exportador Colombia

El análisis de todos y cada uno de los requisitos que anteceden, permitieron a la autoridad aduanera determinar que: "El pago del canon y derechos de licencia se paga por l productos importados, distribuidos y vendidos en el TERRITORIO por COLGA PALMOLIVE, según la cláusula 9 a) del contrato".

En el caso de examen hay una venta en el territorio nacional de los productos objeto Licencia.

Si bien este canon no se paga directamente al vendedor, debe ir como un ajuste conformidad con el artículo 8.1. c. del Acuerdo, toda vez que el pago puede efectuarse manera directa o indirecta al vendedor, por tanto no importa que el canon se gen< para la casa matriz, los pagos por el derecho de utilizar la marca están relacionados c las mercancías objeto de valoración, y el importe de los pagos deberá añadirse al pre realmente pagado o por pagar, por los términos de la cláusula 2.6 se infiere que provenga de donde provenga el producto, debe pagarse el canon y el derecho de licencia.

CÁNONES Y DERECHOS DE LICENCIA

En el punto, el acto administrativo enfatiza los siguientes elementos de examen, pi adelantar la conclusión de la obligación que tiene el importador de liquidar y pagar regalías conforme lo establecen las normas de valoración aduanera, en las condicione' para los efectos jurídicos aduaneros que dispone la resolución objeto de revisión:

Que el pago del canon o el derecho de licencia este relacionado con "Las Notas interpretativas al Artículo 1 y el Anexo III establecen claramente que el precio realmente pagado o por pagar es el pago total que haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor o en beneficio de éste, que el pago puede hacerse de manera directa o indirecta, y que el precio comprende todos los pagos realmente efectuados o por efectuar por el comprador al vendedor, o por el comprador a un tercero. Así pues, el valor de la condición, cuando se conoce y está relacionado con las mercancías importadas, forma parte del precio realmente pagado o por pagar".

www.dian.gov.co |

Reflejan que el importador COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, suscribió un CONTRATO DE REGALÍAS con la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPANY, casa matriz del Grupo COLGATE PALMOLIVE, compañía proveedora y propietaria de las "MARCAS" y que en este contrato está estipulado que: " (...) Productos bajo licencia".

Por productos bajo licencia se entienden todos los productos que incorporen cualesquiera de los inventos, diseños registrados, patentes, marcas, nombres comerciales, empaques y know-how y todos los productos que se fabriquen utilizando procesos o maquinaria protegidos por cualquier invento, diseño registrado, patente o "Know-how" de propiedad de COLGATE, los cuales el USUARIO venderá en el TERRITORIO, posterior a la fecha en que este Contrato entre en vigencia.

La "Traducción Oficial No. 3606/97" (folios 3 a 54), plasma el documento contractual al cual llegaron las partes; en él se estipulan en forma clara las obligaciones impuestas a COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA., que se circunscriben a las restricciones para la cesión y utilización de la mercancía o condiciones o contraprestaciones, que en forma pormenorizada se describen en el folio 971 del expediente.

Estas reglas determinan que las negociaciones interpartes cumplen con el requisito exigido en el párrafo 1, literales a), b) y c) del Artículo 1 del Acuerdo de valoración de la OMC y el numeral 4 del artículo 174 de la Resolución 4240 de 2000.

c.- Existencia de Vinculación.

La sociedad importadora COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, tiene vinculación con la casa matriz y los proveedores porque éstos son empresas subsidiarias de COLGATE PALMOLIVE COMPANY, relación que se acredita al proceso con el Certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.

La sociedad investigada en el escrito No. 00002934 del 15 de marzo de 2011, que suministra respuesta a los requerimientos que ha adelantado la entidad en busca de información, enuncia a varias de las empresas vinculadas, las cuales proveen materias primas y materiales semi-terminados.

Los documentos que se consignan en el proceso y en particular los analizados acreditan la "vinculación por subordinación" conforme a las reglas que contempla el artículo 260 en su numeral primero del Código de Comercio y de vinculación, en cumplimiento de los criterios fijados por los literales e) y f) del párrafo 4 del art. 15 del Acuerdo de Valoración de la OMC.

d." La Influencia de la vinculación en el precio.

En aplicación del párrafo 2 literal a) del artículo 1 del Acuerdo de Valoración en Aduanas y la Nota al párrafo 2 de este artículo, el Estudio Técnico de Valor, no establece que la vinculación operante entre el proveedor y el importador ejerza influencia en el precio de las mercancías importadas por COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA.

Del análisis de los precios de transferencia de las operaciones comerciales entre la sociedad importadora y sus vinculados económicos se concluyó que, no hay pruebas ni indicios de los cuales se infiera que la vinculación haya influido en el precio de las mercancías materia de investigación.

Respecto de las afirmaciones que plantea el recurrente en éste punto de inconformidad, autoridad aduanera estableció lo siguiente:

No le asiste razón al fallador cuando manifiesta que el pago de la regalía no es relacionado con la materia prima importada, porque la regalía surge de acuerdo a las cláusulas del contrato que deben ser analizadas en conjunto y no en forma individual como obligación por varios derechos, derechos que originan por diferentes fuentes tal i el caso de: patentes, diseños, know-how, secretos industriales, información técnica sobre productos, procesos, maquinaria y similares, inventos, marcas registradas, nombres comerciales, empaques comerciales registrados.

La regalía se paga a partir del cálculo que se realiza respecto de las ventas en comercio nacional y, el pago se materializa a favor de la matriz por el uso c conocimiento, los equipos, las marcas, etc., como fuente de la obligación de pago. Para que se puedan vender los productos, es necesaria su transformación previa adquisición del producto bien sea en el mercado nacional o internacional, bajo supervisión del conoce o directriz del otorgante de la licencia.

El contrato de licenciamiento restringe al licenciataria la posibilidad del cumplimiento de objeto social, pues debe atender las instrucciones en cuanto a los elementos necesario para la elaboración de los productos respecto de los cuales se pagan los derecho configurando la relación directa entre el producto licenciado y las materias primas; para caso de examen, son materias primas de origen extranjero respecto de las cuales se de realizar el ajuste por las regalías pagadas; para éste, el pago se realiza en relación c las materias primas importadas que se utilizan en los productos licenciados que fabrican y venden en aplicación de los distintos elementos que se obtienen del contrato licencia.

Al revisar el requerimiento especial aduanero y la liquidación oficial de revisión de val se observa que en ellos la autoridad aduanera adoptó su determinación respecto de productos licenciados en el territorio, ya que se ha puesto de manifiesto que tales pagos constituyen un canon producto de la condición

impuesta por COLGATE PALMOLI' COMPANY (casa matriz), a su subsidiaria en Colombia COLGATE PALMOLIVE Compañía por la utilización de patentes, registro de diseños, Know-how, marcas registradas, nombres comerciales y empaques.

La entidad en momento alguno ha desconocido el hecho que la materia prima pues suceder que no sea vendida en Colombia, tal como lo pone de presente el representante legal del importador, porque la entidad no reclama regalía en ese concepto sino el producto terminado, en donde tiene plena aplicabilidad el literal c) del numeral 2 Artículo 26 de la Resolución Comunitaria 846 del 2004, cuando prevé que también pueden hacer ajustes al precio realmente pagado o por pagar por la mercancía importación

"... cuando el canon o derecho de licencia guarde relación no solamente con la mercadería importada, sino también con otros componentes tales como bienes o servicios incorporados las mercancías después de su importación (...)"

Elementos éstos que son más que suficientes para confirmar la veracidad y legalidad análisis que adelantó la autoridad aduanera en su momento y que concluyó en el sentido que el pago del canon o el derecho de licencia si esta relacionado con la mercancía

El Contrato de Uso de licencia, es claro en determinar que las marcas debidamente individualizadas en el documento que contiene la negociación corresponden a productos licenciados en el territorio, en conexión con la manufactura, promoción, mercadeo, publicidad, venta y distribución como lo expresa cláusula 9 a) del contrato de regalías; por el uso, la sociedad importadora paga una regalía equivalente al cinco por ciento (5%) de las ventas netas de todos los productos licenciados, determinándose en este caso que los derechos de licencia tienen relación con las mercancías importadas por COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA.

b.- El pago del canon o el derecho de licencia constituye una condición de venta de las mercancías.

El examen de los folios 984 y 985 del expediente permite establecer que:

"El pago del canon y derechos de licencia por los productos importados, distribuidos y vendidos en el territorio por Colgate Palmolive compañía, es una condición de venta de dichos productos en los términos y para los efectos del artículo 8 del acuerdo de valoración. Una causal de la terminación del Contrato de Regalía y sus respectivos anexos es precisamente el no pago de la regalía, así ésta no se pague directamente al vendedor, ya que de conformidad con el artículo 8.1. c. Ibídem, el pago puede efectuarse de manera directa o indirecta al vendedor, por tanto no importa a quien se pague".

3.- NO EXISTEN DATOS OBJETIVOS Y CUANTIFICABLES PARA DETERMINAR EL MONTO DEL AJUSTE.

Para el efecto, la dependencia competente recurrió a elaborar un examen en conjunto de todos los documentos suministrados en la etapa previa de la investigación por la sociedad COLGATE PALMOLIVE y aquellos que corresponden a las respuestas suministradas por el investigado con ocasión de las visitas y requerimientos ordinarios de las cuales fue objeto la empresa en mención; allí se informa en forma fehaciente que, las regalías se calculan, liquidan y pagan con base en las operaciones que realiza el importador mensualmente, luego adelanta los giros al exterior por el concepto "regalías".

Los pagos son el producto de datos objetivos y cuantificables a los cuales recurre el importador en el ejercicio propio de su operación mercantil.

a.- Que el vendedor o una persona vinculada a él, exija al comprador que efectúe dicho pago.

Los documentos consignados en el proceso y aportados por el licenciario demuestran que pese a que el Contrato de Regalías y sus respectivos Anexos, no expresan de forma taxativa en cláusula alguna que el vendedor o proveedor de la mercancía objeto de valoración (trátese de las sociedades COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, COLGATE PALMOLIVE IND. E COM. LTDA en Brasil, COLGATE PALMOLIVE S.A. DE CV. En México, COLGATE SANXIAO CO. LTD en China, COLGATE PALMOLIVE COMAPNY y COLGATE FLAVORS AND FRAGRANTES INC en New Cork y COLGATE PALMOLIVE CA en Venezuela, en el asunto de análisis) hayan exigido a la sociedad investigada que efectúe el pago de la REGALÍAS como condición de venta, la operación mercantil determina que dicha exigencia se adelanta a través de una persona vinculada al mismo cuando dispone que la sociedad investigada debe adelantar el pago del canon; entre el propietario de las Marcas -COLGATE PALMOLIVE COMPANY y los proveedores de las mercancías objeto de estudio existe vinculación, toda vez que pertenecen al mismo conglomerado de empresas, conforme a la información que suministra el investigado.

b.- No están incluidos en el precio realmente pagado o por pagar.

Esta situación no solo fue advertida por la División de Gestión de Liquidación en el acto de determinación sino, por la División de Gestión de Fiscalización cuando expidió Requerimiento Especial Aduanero, pues de acuerdo con lo establecido por el Comité Técnico de Valoración en Aduanas, el canon o regalía girada a su vinculado extranjero constituye una CONDICIÓN DE VENTA ya que COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA tiene la obligación de pagar dicho canon como consecuencia de la compra de los productos y conexión con dicha marca.

Está demostrado en el proceso que, dichos pagos están relacionados con las mercancía objeto de valoración y son condición de venta para su importación" basta con revisar folio 985 del expediente.

El artículo 26 de la Resolución 846 de 2004 de la Secretaría de la CAN señala que los cánones y derechos de licencia hacen parte del valor en aduana cuando:

i) El pago esté relacionado con la mercancía que se valora, aspecto demostrado en apartado anterior,
ij) Que el valor de la regalía no este incluido en precio, elemento que por si solo explica como quiera que el pago se realiza de manera separa al precio de las mercancía

iii) Que sea una condición de venta;

La autoridad aduanera determinó que se cumple el parámetro normativo señala cuando el pago sea exigido por el vendedor o una persona vinculada al mismo, elemento ya definido en el estudio como quiera que los vendedores hacen parte del grupo empresarial COLGATE, es decir, los vendedores están vinculados a quien exige el pago de la regalía (COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA), basado en datos objetivos cuantificables reportados por el mismo importador que será objeto de análisis en presente asunto.

Con referencia a la "Inexistencia de datos objetivos y cuantificables", el literal b) i artículo 2 de la Resolución 846 de la CAN, los define como:

"Aquellos que pueden demostrarse con elementos de hecho físicos, tales como, documentos escritos, medios magnéticos, son susceptibles de cálculos matemáticos y/o de verificación".

Al revisar las pruebas allegadas al expediente se observa que, el importador al exhibir documentos soporte de las operaciones mercantiles que realiza cuenta elementos juicio que determinan la realización de pagos por éstos conceptos. El importador allega los documentos mediante los cuales se determinó el valor a pagar por las regalías, tales como: facturas de venta, fichas técnicas de los productos, precio de venta promedio, informe sobre la participación del material en los productos terminados, porcentaje cajas vendidas al consumidor final, cuadros donde se calculan las regalías y valores acumulados, registros contables de ventas y declaraciones de importación de mater primas importadas, soportes de los pagos efectuados al concedente, pruebas c permiten la cuantificación en forma objetiva para la realización del cálculo necesario a de establecer los valores que debe pagar el licenciatarío al licenciante.

Al analizar y verificar el monto de los ajustes llevados a las declaraciones de importad en cumplimiento del numeral 3 del artículo 26 de la Resolución 846 de 2004 de la Cy pese a que la regalía se calcula y paga sobre el precio de venta del bien terminado entidad tuvo en cuenta la información relacionada con la participación de las materias. Se estableció que no hay duda acerca de la aplicabilidad de las cláusulas que indican' como se liquida la regalía, teniendo en cuenta la venta en el mercado. Este factor no es el único elemento determinante del monto a pagar.

En materia de causalidad la entidad revisa el objeto del contrato de licenciamiento, en donde se observa con claridad los distintos elementos por los que se otorgan los derechos al importador, pues todos los factores que inciden en la fijación de la regalía no se consolidan al momento único de la venta. En su oportunidad, la autoridad aduanera citó a manera de ejemplo el conocimiento relacionado con la determinación del equipo adecuado para la fabricación de los productos, el conocimiento para saber cual es la materia prima adecuada para incorporar al producto (compra), la cantidad indicada para su fabricación, entre otros, o los elementos técnicos y científicos, por los cuales se paga el derecho de licencia se surten en distintos momentos.

El acuerdo sobre el valor de la OMC, prevé en su introducción general que:
"la determinación del valor en aduana debe basarse en criterios sencillos y equitativos que sean conformes con los usos comerciales...",

Situación que posibilita la utilización de técnicas de reconocido valor científico, tal como aplicación de herramientas contables, estadísticas, financieras, de auditoría entre otras.

La metodología a la cual se acudió está plasmada en el "Estudio Técnico de Valor en Aduana", en donde se determinó el ajuste con base en la información que aportó el investigado, incluyendo la trazabilidad de los productos que puso de presente el importador con ocasión de las visitas de que fue objeto en relación con el momento de la importación de las materias primas, la aplicación de las mismas en el proceso productivo y la rotación de los productos en relación con las ventas, situación que controvierte cualquier argumento en sentido contrario que no permite demeritar la determinación de la entidad.

Dicha metodología al ser puesta en práctica respeta los criterios que pone de presente el Acuerdo de Valoración en Aduanas sin que se pusiera de presente una metodología diferente a aquella que exige la normativa aduanera, pues no compete a la entidad apartarse de los criterios particulares que sobre el tema argumente el importador; compete al importador la obligación legal de colaborar con la investigación y suministrar la totalidad de información que permita garantizar en forma objetiva el proceso de determinación en cumplimiento del artículo 18 de la Decisión 571 de 2003 de la CAN, pues la carga de la prueba una vez establecida la infracción al régimen de aduanas compete al investigado como importador o comprador de las mercancías.

Los elementos que argumenta el recurrente en la instancia no permiten la variación de los criterios utilizados por la autoridad aduanera para la determinación de la base sobre la cual recae la regalía, porque contrario a lo esgrimido por el interesado, se pone de presente la aplicación de la normativa aduanera en forma integral y clara en garantía de los derechos fundamentales que le asisten en la investigación aplicados con criterios sencillos de equidad y de justicia.

No es la DIAN en su criterio la que ha creado la obligación señalada, es el proceso mismo en donde se puso de presente que mediante el contrato de uso de licencia suscrito por las partes, se establece el acuerdo de pago que por dicho concepto realiza el importador y referencia el uso de: las patentes, registros de diseños, "Know-how", marcas registradas, nombres comerciales y empaques y que "ante el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas de los contratos de Marca, se dará por terminado dicho convenio".

Las exigencias del artículo 26 de la Resolución 846 de la CAN, explicado en forma amplia (los actos administrativos y ahora con ocasión del recurso.

No existe en el proceso prueba alguna que establezca la reversión de las operación relacionadas con el pago de regalías, al punto de fundamentar la improcedencia del pago de la misma o que permita deslegitimar el ajuste realizado por la entidad, por el contrario las pruebas aportadas por el investigado determinan las operaciones de comercio exterior plasmadas en las importaciones de materias primas, estableciendo la procedencia d mismo.

EXCLUSIÓN DE LAS REGALÍAS DEL VALOR DE TRANSACCIÓN

Contrario a lo afirmado por el interesado, el acto administrativo no afectó el valor que del pagar el importador a su proveedor, por las mercancías. Se realizó un ajuste por el pago que debe el comprador realizar a un tercero vinculado con el vendedor que exige un pago en relación con un producto que es vendido en el mercado nacional, producto que llega mercado a partir de su fabricación con el producto importado, en donde se manifiesta la relación directa con la materia prima pero no incrementa su precio, es decir, no; realiza el ajuste para incrementar el precio que se debe pagar al vendedor.

Este ajuste constituye parte de la base gravable para liquidar los tributos aduaneros, s que ello constituya la imposición de una obligación adicional del pago al vendedor; ajuste reconoce una realidad contractual que impone al comprador como licenciar unos tributos adicionales por el uso de unos intangibles asociados al conocimiento para fabricación, el uso de diseños industriales, marcas, patentes etcétera.

El precio de transacción es el precio realmente pagado o por pagar de las mercancías cuando se venden par su importación, ajustado con las adiciones aludidas, por lo tanto, el acuerdo no exige que los cánones se paguen al momento de la importación de las mercancías., pues pueden pagarse con posterioridad a la importación. En efecto, las regalías, por lo general se sufragan después de la importación, toda vez que suelen calcularse con base en el precio, de reventa de las mercancías importadas.

De otra parte, es menester advertir que de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo general sobre

aranceles aduaneros y comercio de 1994, las notas explicativas que figuran en el anexo I y que forman parte integrante de este y debe interpretarse y aplicarse conjuntamente.

En esta perspectiva, la nota interpretativa al artículo 8° determina lo siguiente:

Párrafo 1 c)

1: Los cañones y derechos de licencia que se mencionan el párrafo 1 c) del artículo 8 podrán comprender, entre otras cosas, los pagos relativos a patentes, marcas comerciales y derechos de autor. Sin embargo, en la determinación del valor en aduana no se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas los derechos de reproducción de dichas mercancías en el País de importación o reventa de las mercancías importadas no se añadirán al precio realmente pagado o por pagar cuando no constituyan una condición de la venta de dichas mercancías para su exportación al país importador.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 ibidem, el valor de aduana se entenderá como " el valor de las mercancías a los efectos de la percepción de derechos de aduana ad valorem sobre las mercancías importadas. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho .

" Pues bien, de conformidad con el artículo 88 del Decreto 2685 de 1999, la base gravable, sobre la cual se liquida el gravamen arancelario, esta constituida por el valor de la mercancía, determinado según lo establezcan las disposiciones que rijan la valoración aduanera. El valor en aduana de las mercancías importadas, se define como " El valor en aduana de las mercancías importadas, se define como " El valor de las mercancías para efectos de la percepción de los derechos de aduana ad valorem, establecida de conformidad con los procedimientos y métodos del acuerdo, en concordancia con la decisión 378 de la comisión del acuerdo de Cartagena y el presente Decreto " (Artículo 237 del Decreto 2685 de 1999. Definiciones para efectos de la aplicación de las normas sobre valoración aduanera del acuerdo del valor del GATT de 1994 y de las decisiones 378 y 379 de la Comisión del Acuerdo de Valoración de la Organización Mundial de Comercio. El Acuerdo sobre la OMC incluye el " Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994" denominado " GATT de 1994" en cuyo artículo VII se consagran los principios generales de valoración en aduanas de las mercancías importadas y señalan que " El valor en aduana de las mercancías importadas debería basarse en el valor real de la mercancía importada a la que se aplique el derecho o de una mercancía similar y no en el valor de una mercancía

de origen nacional, ni en valores arbitrarios o ficticios. "Y a su vez " el valor real" debería ser el precio al que, en tiempo y lugar determinados por la legislación del País importador, las mercancías importadas u otras similares son vendidas u ofrecidas para la venta en el curso de operaciones comerciales normales efectuadas en condiciones de libre competencia."¹

En la determinación del ajuste por el pago de regalías con ocasión de los cánones y derechos de licencia realizados por la entidad a través del acto administrativo, se cumplieron las exigencias establecidas en las normas que sobre la materia son aplicables (Artículo 8 del acuerdo del valor de la OMC, artículo 26 de la Resolución 846 de la CAN), determinando los ajustes en las declaraciones de importación que describen materias primas para la elaboración de productos licenciados.

Esta situación fue reconocida por el importador cuando pone de presente en el proceso los pagos realizados por los conceptos señalados al licenciante, en relación con algunas de las declaraciones de importación objeto de liquidación, diferenciando unas materias primas (en la elaboración del desodorante "speed sctick 24/7), que corresponde en mayor proporción al producto terminado.

En materia aduanera la norma no se explica éste procedimiento, tampoco el contrato de licenciamiento establece unas reglas, puesto que ni uno ni otro hacen distinción en relación con la procedencia o no del ajuste en dependencia de la cantidad del producto incorporado; el proceso pone de presente que la regalía se paga sobre todo el producto elaborado utilizando el know how, los diseños, las marcas, etc, elementos previstos en la norma objeto de examen en el asunto.

El ajuste en las declaraciones de importación debe llevarse a prorrata (reparto adecuado) en relación con la participación de la materia prima en el producto terminado, la norma no previó excluir del ajuste aquellos casos en los cuales la materia prima representen un porcentaje pequeño del producto, lo que resulta lógico como quiera que una materia prima pese a que en cantidad puede no ser representativo, puede tener un alto costo, pues por si solo puede otorgarle un carácter esencial al bien terminado.

Sostuvo el recurrente que, "La obligación de pagar la regalía surge independiente del origen y destinación de las materias primas". En el caso de examen, la obligación del pago de regalías es producto no solo del uso de la marca, como ha quedado anotado; existen otros elementos que hacen la diferencia de éste al caso que pone de presente la Opinión Consultiva 4.5. del Comité Técnico de la OMA, situación que impide cualquier analogía o similitud en el tema pues, el derecho aduanero no permite aplicación extensiva ni analógica de ninguna naturaleza.

El ajuste considera la existencia de otros elementos que hacen parte del producto final sobre el cual se calcula la regalía, aplicando el ajuste en las declaraciones de importación respecto de materias primas extranjeras transformadas y utilizadas en la fabricación del bien final y en concordancia a su participación en el mismo.

¹ Consejo de Estado Sección Cuarta

La Cláusula 9 (d) del contrato de uso de licencia por ser un acuerdo entre partes, no se puede anteponer para exceptuar los eventos de pagos de regalías dispuestos por normas de derecho público y de imperativo cumplimiento; la entidad en momento alguno ha desconocido la estipulación que regula eventos hacia futuro posible que puede afectar la relación contractual y no permite infundar la determinación adoptada por la autoridad aduanera en el ajuste ordenado a través del acto administrativo, máximo cuando el pago de regalías por parte del licenciante está acreditado en el proceso aún cuando no se haya realizado en la proporción y por los conceptos o fuentes que dispone la norma aduanera.

Los ajustes dispuestos por la entidad son el producto de datos y hechos ciertos, demostrados en la investigación, documentados y plenamente acreditados en el cumplimiento de los requisitos que exponen las normas sobre la materia, con las obligaciones legales y que por ello le es aplicable el artículo 1081 del Código de Comercio.

La liquidación se basó en la información suministrada por el investigado y la misma no ha sido argüida como falsa, inexistente o contraria a la legislación que la regula, de donde se desprende que el argumento carece de asidero jurídico o probatorio que lo sustente.

Al revisar detenidamente la liquidación se observa que la regalía se calculó con base en el valor FOB CONSIGNADO en las declaraciones e importación que presentó el interesado durante el mes de enero de 2009, el valor de la regalía para producto terminado fue el informado por el importador en el mes objeto de examen, el producto de este cálculo es el porcentaje a aplicar a cada declaración objeto de estudio y la operación aritmética está bien realizada.

Con la información anterior se realizó el cálculo de cada una de las declaraciones de importación objeto de estudio con la claridad que demanda el caso; el valor del ajuste se calculó con el factor obtenido en curso de la liquidación aunado al valor FOB declarado. En materia de sanción aplicable, la misma está contemplada en el numeral 3 del artículo 499 del Decreto 2685 de 1999 y corresponde al cincuenta por ciento (50%) de la diferencia de las bases gravables.

Los argumentos esgrimidos por el profesional del derecho no cuentan con elementos de juicio que permitan infirmar el acto administrativo, por el contrario, la actuación del Estado evidencia que la administración aduanera observó a plenitud las formas propias del Debido Proceso y el Derecho de Defensa y que el interesado ha contado con las garantías de ley, situación por la cual se procede a confirmar el acto recurrido.

PRECEDENTE JUDICIAL. Con todo respeto solicito al Honorable Magistrado tener en cuenta lo decidido a favor de la NACIÓN –DIAN, sobre el mismo tema (Liquidaciones oficiales de Revisión de Valor, ajuste al valor por regalías), en La

sentencia de fecha 29 de febrero de 2012, Del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca Sala de decisión, Radicación No. 2010-01913, Demandante ADIDAS COLOMBIA LTDA. Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho, Magistrado Ponente Dr. OSCAR A. VALERO NISIMBLAT.

Sentencia de abril 11 de 2013, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta, Subsección "B", Radicación 2011 00141, demandante NESTLE DE COLOMBIA S.A . Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho , Magistrado Ponente; JOSE ANTONIO MOLINA TORRES

2.1.2. Que el pago de regalías, constituye una condición de venta de la mercancía importada.

Para este acápite, es preciso expresarle al Honorable Consejero , que no es de recibo para este Despacho, toda vez la sociedad importadora COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, tiene vinculación con la casa matriz y los proveedores porque estos son empresas subsidiarias de COLGATE PALMOLIVE COMPANY, relación que se acredita al proceso con el certificado de existencia y representación legal que se encuentra dentro del expediente.

Lo anterior tiene su asidero en la misma manifestación efectuada por la empresa que acredita la " Vinculación por subordinación " conforme a las reglas que contempla el artículo 260 en el numeral primero del Código de Comercio de Comercio y de vinculación, en cumplimiento de los criterios fijados por los literales e) y f) del párrafo 4 del artículo 15 del acuerdo de valoración de la OMC..

Ahora bien, el artículo, 26 del reglamento comunitario sobre la aplicación del valor en aduana determino los requisitos para que el pago de la regalía de la sumado al precio realmente pagado o por pagar de la mercancía, entre ellos, que constituya una condición de venta de dicha mercancía. Sin embargo cuando el canon se pague a un tercero, el presupuesto de que constituya una condición de venta solo se considerara cumplido si el vendedor o una persona vinculada al mismo, exige al comprador que efectúe dicho pago. Esta condición de venta no necesariamente debe estar prevista expresamente en un contrato, ya que puede probarse con los elementos de hecho de las operaciones comerciales.

La palabra condicion que emplea el articulo 8.1 c) no tiene acepcion de un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la adquisición o resolución de un derecho, tal como lo establece la legislación civil. Por el contrario, el termino condicion que contiene el Acuerdo de Valoración debe entenderse dentro de la expresión condicion de venta , esto es, que la venta de las mercancías determina que el importador debe pagar un canon al vendedor o que el contrato de licencia que prevé ese pago condiciona la compra de las mercancías importadas.

En un sentido más amplio, la condición de venta debe ser entendida como la imposibilidad de separar el pago del canon de venta de las mercancías importadas, esto es, que de no mediar el pago de ese canon o derecho de licencia, los bienes no se hubieran vendido al precio acordado. El asunto no se rige tanto por los términos contractuales como por un examen de las alternativas que pueda tener el importador y por interdependencia entre la compra de lo tangible y el derecho a usar o comercializar lo intangible.²

Que el pago de las regalías, se base en datos objetivos y cuantificables.

Como ya se dijo, y al haber analizado todos los elementos probatorios que reposan en el expediente, el pago del canon y derechos de licencia por los productos importados, distribuidos y vendidos en el territorio por Colgate Palmolive compañía, es una condición de venta de dichos productos en los términos y para los efectos del artículo 8 del acuerdo de valoración.

Una causal de terminación del contrato de regalía y sus respectivos anexos es precisamente en no pago de regalía, así esta no se pague directamente al vendedor, ya que de conformidad con lo estipulado en el artículo 8.1 ibídem, el pago puede efectuarse de manera directa o indirecta al vendedor, por tanto no interesa a quien se pague.

Para lo anterior la dependencia competente recurrió a elaborar un examen en conjunto de todos los datos y documentos suministrados en la etapa previa de la investigación por la sociedad COLGATE PALMOLIVE y aquellos que corresponden a las respuestas suministradas por el investigado con ocasión de las visitas y requerimientos ordinarios de las cuales fue objeto la empresa en comento, allí se informa de manera fehaciente que, las regalías se calculan, liquidan y pagan con base en las operaciones que realiza el importador mensualmente, luego adelanta los giros al exterior por el concepto de REGALIAS

PETICION:

Por lo anteriormente expuesto, con todo respeto solicito Honorable Consejero NO acceder a las pretensiones de la demanda y revoque la sentencia, declarando que; no se configuró ninguna de las causales de anulación de los actos de que trata el artículo 84 del C.C.A. y que estos fueron proferidos por los funcionarios competentes conforme a las disposiciones legales que los rigen

² Ver ZOLECCI, DANIEL VALOR EN ADUANAS (Código Universal de la O:M.C.) Paginas 177 – 178

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la División de Gestión Jurídica de la U.A.E. - DIAN - Administración Local de Aduanas de Cali, ubicada en la carrera 3ª. No. 10 - 60, piso 8º. Edificio antiguo BCH de esta ciudad.

Del señor Magistrado, con atención,



HENRY SOTO CRUZ
C.C.16.256.521 de Palmira
T.P49.919del C.S. de la J.

RECIBIDO
DEL VALLE
AUG 23 3 11 PM '13
Vice

Actus 2894.