

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional



Edición 5 2016



SEARCH



Innovation
Branding
Solution
Marketing
Analysis
Ideas
Success
Management

Logistics

MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



OALI
Oficina de Asesoría Legal Internacional

www.mincit.gov.co

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

María Claudia Lacouture Pinedo
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Javier Gamboa Benavides
Viceministro Comercio Exterior

Sandra Catalina Charris Rebellón
Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Nicolás López Piñeros
Andrés Felipe Esteban Tovar
Luis Carlos Ramírez Martínez
Sandra Catalina Charris Rebellón
Editores Comité Editorial

Laura Veloza Blanco
Coordinadora Comité Editorial

Sandra Catalina Charris Rebellón
Director Comité Editorial

Grupo Vector Ltda
www.grupovector.com
Diseño y Diagramación

Publicación Digital

2016 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
consultasoali@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Contenido

5 | Editorial

Javier Gamboa Benavides
Viceministro de Comercio Exterior

7 | Artículos

- 8 | ¿Vino Vlejo, Botellas Nuevas ?
A Propósito Del Acuerdo Económico Y Comercial Global (CETA) Entre Canadá Y La Unión Europea
Enrique Prieto, René Uruña

- 25 | El Desafío de Prevenir Procedimientos Arbitrales Paralelos en los Acuerdos Internacionales de Inversión del Estado Colombiano
Alberto Madero Rincón

45 | Conceptos

- 46 | Declaraciones Interpretativas Conjuntas
- 48 | Adhesión Convención de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado
- 49 | Entidad competente para interpretar acuerdos comerciales ratificados por Colombia
- 50 | Procedimiento de Contratación Pública en Colombia en virtud de Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú
- 56 | Trato Nacional en materia de compras públicas en Colombia
- 59 | Solicitudes sobre interpretación de los textos de las normas de origen en los acuerdos comerciales o solicitudes de conceptos sobre las mismas

- 61 | Facturación por tercer país

- 63 | Aplicación supletoria de instrumentos ALADI en materia de Origen en el marco de Acuerdos de Alcance Parcial

- 65 | Certificación de origen expedida por el exportador

- 68 | Participación de la Superintendencia de Industria y Comercio en el comité Triple A

- 71 | Derecho de Petición sobre el Decreto 247 del 13 de febrero de 2015

- 73 | Importación vehículos Convenio de Complementación del Sector Automotor

- 76 | Convenio de Cooperación suscrito con una sociedad de responsabilidad limitada de otro Estado y el Ministerio de Comercio, industria y Turismo

- 80 | Certificación de conformidad en laboratorios acreditados bajo el Subsistema Nacional de Calidad

- 83 | Naturaleza jurídica de la Declaración sobre el derecho de los pueblos y las personas a la solidaridad internacional

87 | Actualidad

- 88 | Unión Europea - Medidas antidumping sobre el biodiesel procedente de la Argentina DS473 Reporte Sobre el informe del Grupo Especial y el Órgano de Apelación
- 90 | Ley de Régimen Propio de Licores aprobada en el Congreso de la República

Agradecimiento

El Comité Editorial de la Revista "Acuerdos" de Derecho Económico Internacional, quiere hacer un especial reconocimiento al Doctor Nicolás Torres Álvarez, actual Jefe Negociador Internacional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien fue hasta el pasado mes de octubre, el Director de la Revista durante estos 3 años y 4 ediciones.

El Comité Editorial y el equipo de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales manifiesta su agradecimiento por la entrega y dedicación del Dr. Torres a este trabajo académico que refleja el compromiso del Ministerio con el sector privado, la academia, las agremiaciones y demás entidades, con la difusión y divulgación de temas de interés sobre el comercio exterior y el aprovechamiento de los acuerdos comerciales en vigor para el país.

Estamos seguros, Dr. Nicolás Torres, de la exitosa gestión que realizará como Jefe Negociador Internacional. La revista Acuerdos siempre estará a su disposición para divulgar sus contribuciones a las reflexiones académicas de interés para el país.

¡¡¡Gracias nuevamente!!!

Comité Editorial

OALI

Editorial

En esta ocasión, la quinta edición de la Revista *Acuerdos* de Derecho Económico Internacional da una mirada especial al arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta el creciente interés que este asunto suscita a nuestros lectores.

Como se sabe, la Revista *Acuerdos* pretende crear entre sus lectores un ambiente que fomente el análisis jurídico y económico de temas como el funcionamiento de los acuerdos comerciales internacionales, especialmente, sus ventajas y oportunidades. El ámbito de análisis de los conceptos que publicamos abarca los esquemas bilaterales, los bloques regionales y el sistema multilateral de comercio, así como el desarrollo de nuevos esquemas en el camino de la internacionalización de la economía colombiana.

En esta edición hemos incluido artículos sobre temas de la mayor importancia y novedad en materia de arbitraje de inversión. Los profesores de derecho internacional Enrique Prieto de la Universidad del Rosario y René Urueña de la Universidad de los Andes en el artículo *“¿Vino viejo, botellas nuevas? A propósito del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea”*, nos aportan sus reflexiones sobre la figura del arbitraje de inversión en el reciente acuerdo comercial entre Canadá y la Unión Europea (CETA por sus siglas en inglés). Por su parte, el ex asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales de este Ministerio y actual abogado de la firma Gómez Pinzón Zuleta, Alberto Madero, presenta el artículo *“El Desafío de Prevenir Procedimientos Arbitrales Paralelos en los Acuerdos Internacionales de Inversión del Estado Colombiano”* en el que hace un análisis sobre las situaciones particulares que ofrecen los arbitrajes paralelos en el marco de los tratados bilaterales de inversión, destacando el caso colombiano.

En nuestra sección de notas de actualidad incluimos temas de igual importancia reciente para la industria colombiana y para Colombia como miembro de la OMC. En cuanto a lo primero, de interés para la industria, destacamos la aprobación del Congreso de la República la nueva ley de licores, por medio de la cual se establece un régimen propio para el monopolio rentístico de licores. Respecto de lo segundo, presentamos una reseña sobre nuestra participación como tercero interesado en la controversia entre la Unión Europea y Argentina en relación con las medidas antidumping adoptadas por aquella sobre las importaciones de soya argentina a su territorio, actuación que se surte actualmente conforme al mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

Como Viceministro de Comercio Exterior me complace presentar este nuevo número de nuestra revista, como una forma de contribución a los esfuerzos de cultivar entre nuestros empresarios, académicos, estudiantes y personas interesadas, el estudio y debate de los temas del Derecho Económico Internacional.

Javier Gamboa Benavides
Viceministro de Comercio Exterior





01

Artículos

¿Vino viejo, botellas nuevas?

A propósito del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea



Fuente: <http://www.betakit.com>



Enrique Prieto¹ (Universidad del Rosario), René Urueña² (Universidad de los Andes)

1 Profesor Principal e integrante del grupo de investigación en Derecho Internacional en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Enrique es candidato a doctor de Birkbeck-University of London, cuenta con una Maestría en Derecho Internacional y es Abogado de la Universidad del Rosario.

2 Profesor Asociado, Director Área de Derecho Internacional, Director del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. René es Doctor en Derecho (eximia cum laude), Universidad de Helsinki, Finlandia. LL.M. (laudatur), Universidad de Helsinki, Finlandia, Especialista en Economía, Universidad de los Andes, Abogado, Universidad de los Andes. Actualmente es el presidente de Academia Colombiana de Derecho Internacional ACCOLDI

Introducción

El Derecho Internacional de la Inversión extranjera -DII- es usualmente presentado como un instrumento adecuado para la atracción de inversión extranjera, especialmente, a países importadores de capital, como es el caso de Colombia. Esta aproximación ha dejado de lado distintas problemáticas relevantes como su origen colonial³, las constantes críticas sobre la relación existente entre la firma de Tratados Bilaterales de Inversión -TBIs- (BIT's por sus siglas en inglés), - y la llegada de inversión extranjera directa -IED- a los países⁴ y los beneficios de la IED para países como Colombia.

En este contexto, una de las críticas constantes a la forma como funciona en la actualidad el DII ha sido el arbitraje de inversión como mecanismo de solución de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Las críticas frente a este sistema se han centrado en varios aspectos. De una parte, en poner en tela de juicio la capacidad que tienen actores privados transnacionales de limitar la actividad reguladora del Estado receptor de la inversión⁵, teniendo en cuenta que el DII es un sistema que solo impone obligaciones a los Estados y no a los inversionistas y simultáneamente le da un mismo locus *standi* procesal a una compañía y a un Estado frente

a actos que el Estado adopta como resultado de su capacidad soberana y su derecho a la autodeterminación.

La segunda parte de la crítica frente al arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre el Estado y el inversionista extranjero está dirigida a la falta de permanencia en el tiempo de los tribunales de arbitramento. Esta limitación en la permanencia de los árbitros puede afectar su independencia en la medida en que involucra de manera importante la protección de su capital social en posteriores litigios, en el sentido que el nombramiento futuro en tribunales de arbitramento puede verse afectado por una decisión que adopte en un caso previo⁶. Adicionalmente, dificulta las posibilidades de defensa del Estado, teniendo en cuenta que distintos tribunales con distintos árbitros adoptan distintas decisiones evitando la creación de jurisprudencia que pueda facilitar la defensa de un Estado⁷.

De acuerdo con lo anterior, este artículo brevemente se centrará en la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje de inversión creado por el *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, como una respuesta práctica a constantes críticas al arbitraje de inversión como mecanismo para solucionar los conflictos entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión extranjera. Para hacerlo, la sección 2 del texto describe el arbitraje de inversión y sus disciplinas básicas. Posteriormente, la sección 3 se concentra en las críticas que el

3 Véase Kate Miles, *The Origins of International Investment Law : Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2013).

4 Véase Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties," *Virginia Journal of International Law* 38 (1998 1997): 639. Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, and Beth Simmons, "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000," *University of Illinois Law Review* 2008 (2008): 265.

5 Véase, generalmente, David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

6 Véase Sergio Puig, "Social Capital in the Arbitration Market," *European Journal of International Law* 25, no. 2 (2014): 387-424.

7 Existe una creciente discusión sobre si se puede hablar de jurisprudencia en el sistema. De hecho, los autores de este texto no tienen una posición unificada sobre esta discusión. Véase René Uruena, "Of Precedents and Ideology: Law-Making by Investment Arbitration Tribunals," in *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, ed. Prabhakar Singh and Benoît Mayer (Oxford; New York: Oxford University Press, 2014).



sistema ha generado. La sección 4 ubica el CETA en el contexto de esas críticas, concluyendo que, en últimas, la propuesta es procedimentalmente innovadora, pero sustancialmente marginal – vino viejo en botellas nuevas, como sugiere el título del artículo. Finalmente, en la última sección se presentan las conclusiones del artículo.

2. Arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados.

Si bien es cierto que el derecho internacional de la inversión extranjera existe desde el siglo XIX, su relevancia en términos geopolíticos ha aumentado de manera radical en los últimos diez años⁸. Existen, al menos, tres razones para este renovado interés. Primera, la expansión de los TBI's ha implicado un

cambio importante en las disciplinas aplicables a los Estados receptores de la inversión, volviéndolas más restrictivas⁹. Segunda, la expansión, también a través de TBI's, de la posibilidad para el inversionista de recurrir directamente al arbitraje como mecanismo de solución de disputas relacionadas con inversión y; tercera, el marcado aumento de las privatizaciones, en especial, en países en desarrollo, proceso que trajo, bajo la lupa del DIIE, numerosos sectores estratégicos para el desarrollo económico, como la infraestructura y los servicios públicos¹⁰.

En términos generales, los TBI's otorgan protección a los inversionistas en cuatro áreas: (1) acceso a mercados, (2) tratamiento del inversionista, (3)

9 UNCTAD, "Country-Specific Lists of BITs," 2011, <http://www.unctad.org/>.

10 José E. Alvarez and Kathryn Khamsi, "Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime," in *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, ed. Karl P. Sauvant and Lisa Sachs (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008), 379–479.

8 Véase José E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Recueil Des Cours, 2009 (The Hague: Hague Academy of International Law, 2011).

expropiación, y (4) solución de disputas. La garantía de acceso a mercados le asegura al inversionista extranjero la entrada y establecimiento en el mercado del Estado receptor. Tal garantía, a su vez, sería irrelevante si el inversionista pudiera ser discriminado por el Estado receptor de la inversión. En consecuencia, una segunda protección otorgada a los inversionistas hace referencia al trato que los mismos deberán recibir de los Estados receptores. Tales garantías de tratamiento se subdividen, a su vez, en dos: garantía de no – discriminación (en especial, trato de nación más favorecida y trato nacional) y estándares mínimos de tratamiento (en especial, trato justo y equitativo y el estándar de “protección y seguridad”).

Un tercer grupo de garantías, íntimamente relacionadas con las anteriores, hace referencia a la expropiación. Los TBI’s ofrecen protección respecto a dos tipos de expropiación: expropiación directa, que implica la transferencia al Estado de la propiedad del activo expropiado, y la expropiación indirecta, en la cual no hay transferencia formal de propiedad. En esta última, el Estado receptor adopta medidas que interfieren de tal manera en el giro ordinario de la inversión o con el aprovechamiento de los beneficios derivados de la esta, de forma tal que los derechos de propiedad relacionados con ella devienen, en la práctica, sin valor.

Es importante anotar que los TBI’s no prohíben ninguno de estos tipos de expropiación. Sin embargo, solo la permiten si se cumplen cuatro condiciones incluidas en la mayoría de tratados: objetivo público legítimo de la medida expropiatoria, no discriminación, debido proceso y justa compensación. Estos requisitos son acumulativos, al menos, en principio. En consecuencia, es viable argumentar que la medida de un Estado receptor que afecte de manera grave una inversión deberá ser compensada, aun si es tomada con un objetivo público legítimo, de manera no discriminatoria y con sujeción al debido proceso.

Finalmente, el cuarto pilar de los TBI’s define los mecanismos de solución de controversias. Los tratados usualmente reconocen jurisdicción y competencia a dos tipos de tribunales de arbitramento. El primero es el arbitraje Estado – Estado, para solucionar las controversias relativas a la interpretación y aplicación del tratado. Usualmente, estos tribunales son ad – hoc, y su funcionamiento y derecho aplicable es muy similar al de los tribunales conformados con ocasión de conflictos soberanos y a los conflictos resueltos en virtud de un compromiso especial por la Corte Internacional de Justicia.

El segundo tipo de mecanismo de solución de disputas es el arbitramento Inversionista – Estado. En ejercicio de este mecanismo, el inversionista está en capacidad de iniciar un trámite arbitral en contra del Estado receptor, si considera que las protecciones sustantivas explicadas con anterioridad no han sido respetadas en relación con una inversión específica. Es común que el TBI reconozca al inversionista la opción de escoger entre llevar su controversia a los tribunales nacionales, o solicitar la conformación de un tribunal internacional de arbitramento Inversionista – Estado.

El arbitraje de inversión Inversionista-Estado fue diseñado como mecanismo para solucionar las controversias entre inversionistas y el Estado receptor, retirando la controversia del conocimiento de cortes locales. En el arbitraje de inversión los países renuncian parcialmente a su soberanía para que no sean las cortes de su país las que decidan el conflicto sino un tribunal de arbitramento internacional no permanente el que resuelva la controversia¹¹.

11 Liseth Colen and Andrea Guariso ‘What type of foreign direct investment is attracted by bilateral investment treaties?’ in Olivéase de Schuteer, Johan Swinnen and Jan Wouters (eds), Foreign Direct Investment and Human Development: The law and economics of International Agreements (Routledge 2013) 138s

Entre las diferentes razones detrás de sacar del conocimiento de las cortes locales los conflictos entre inversionistas y Estado se encuentra una lógica de superioridad epistémica fundada en el origen colonial del sistema del DIEE que se estructuró originalmente en un marco de relaciones norteamericanas¹². Otra razón constantemente presentada para el uso del arbitraje de inversión está relacionada con la búsqueda de la despolitización de la protección de la inversión extranjera. Esto debido a que el uso de la protección diplomática como mecanismo de protección de los derechos de los inversionistas implicaba costos políticos altos en las relaciones bilaterales y multilaterales entre países.

En caso de que el inversionista escoja la alternativa de llevar su controversia ante un tribunal internacional de arbitramento Inversionista – Estado, y no los tribunales nacionales, la conformación del Tribunal estará guiado por alguno de los tres principales grupos de normas procedimentales para la conformación y funcionamiento del tribunal.

El primero son las normas del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a la Inversión (CIADI) previstas/consagradas en la Convención de Washington de 1965. CIADI es una organización internacional independiente que forma parte del Grupo del Banco Mundial. En caso de que una de las partes del TBI no sea parte de la Convención de Washington, el TBI se referirá comúnmente al Mecanismo Adicional de CIADI, que difiere del mecanismo tradicional, entre otros aspectos, en que los laudos adoptados en el primero deben ser objeto exequatur en el Estado receptor, mientras que los del segundo no requieren de tal procedimiento.

El segundo grupo de normas procedimentales corresponde a la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC por sus siglas en inglés).

El tercer grupo de procedimientos aplicables son las normas de arbitraje adoptadas en 1976 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés). Una vez constituido el tribunal de arbitramento de conformidad con la regla aplicable, el mismo decidirá, con arreglo a las normas internacionales aplicables (nunca de acuerdo con el derecho nacional del Estado receptor) si el Estado receptor en efecto vulneró los estándares aplicables. De ser ese el caso, el Estado puede ser condenado a indemnizar al inversionista afectado. Sin embargo, el tribunal no tiene la competencia formal de anular decisiones regulatorias adoptadas por el Estado receptor.

3. El Arbitraje de Inversión y sus Críticas

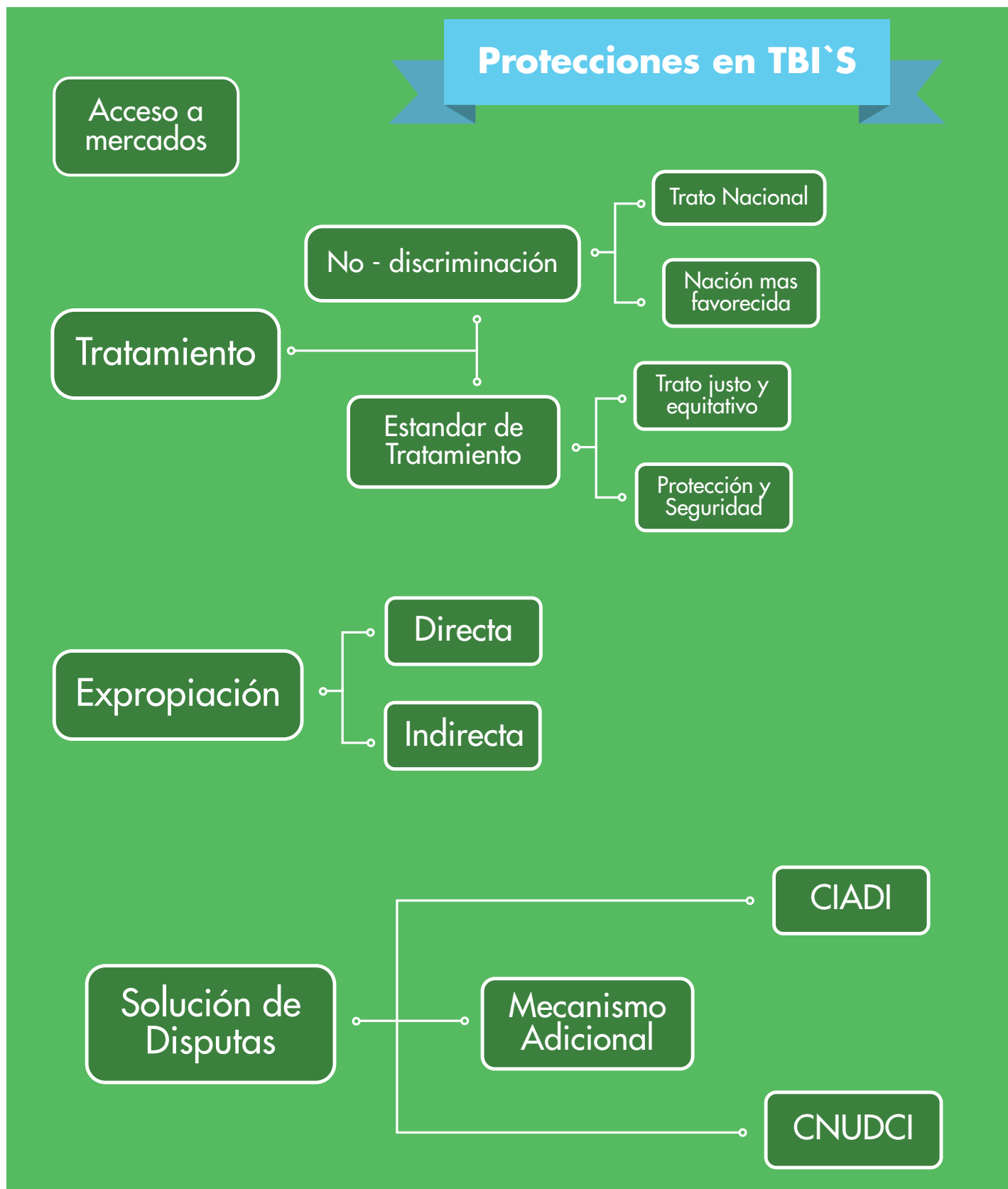
El arbitraje Inversionista-Estado ha ganado reconocimiento e importancia por distintos factores relevantes. Algunos de estos eventos relevantes incluyen la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las decisiones arbitrales que se han generado en el contexto de este Tratado; la crisis de Argentina y; el retiro de Ecuador y Bolivia de la convención del CIADI, entre otros eventos importantes¹³. Otro factor importante que ha influenciado el reconocimiento que ha adquirido el arbitraje Inversionista-Estado está relacionado con el hecho de que los Tribunales de Arbitramento evalúan la legalidad de los actos soberanos del Estado receptor, actuando, en cierta forma, como lo haría en el nivel local el Consejo de Estado.

En este contexto, el sistema de Derecho Internacional de la Inversión Extranjera -DII- y específicamente el arbitraje de inversión como mecanismo para solucionar las controversias entre inversionistas y Estado ha sido sujeto a diferentes críticas. Una de las mayores críticas planteadas tiene que ver

12 Andrei Gomez Suarez, Nicolas M. Perrone, Enrique Prieto-Rios, 'Foreign Investors and the Colombian Peace Process' [18] 3-4 (2016) *International Community Law Review* 223

13 Stephan W. Schill, 'W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law' [22] 3 (2011) *European Journal of International Law* 875

Temas centrales en derecho de inversión extranjera





con la amplitud de las cláusulas en los tratados, lo cual genera incertidumbre sobre la interpretación de las cláusulas trasladando todo el poder de interpretación y aplicación del tratado a los Tribunales de Inversión¹⁴. Otra crítica recurrente tiene que ver con el hecho que los inversionistas extranjeros pueden demandar directamente al Estado receptor de la inversión sin necesidad de agotar las instancias internas, deslegitimando la labor jurisdiccional de cortes locales.

Otra crítica importante frente al funcionamiento de los tribunales de inversión se ha centrado en la falta de permanencia en el tiempo por parte de los árbitros, como sí sucede con tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia -CIJ- o el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio -OMC-, donde los encargados de dirimir los conflictos están en este cargo por un periodo determinado, lo cual reduce los riesgos de que los fallos puedan estar determinados por la búsqueda de nombramientos en disputas futuras, lo que se convierte en externalidades que pueden afectar la forma como

un determinado caso es decidido¹⁵.

Adicionalmente, se ha mencionado que en el caso de arbitrajes institucionales una preocupación se centra en la capacidad de nominación de árbitros cuando las partes no lleguen a un acuerdo y las listas de árbitros que elaboran instituciones como el CIADI, que depende de un mecanismo de designación de árbitros por el gobierno de cada uno de sus Miembros, que puede ser susceptible de intereses políticos en lugar de fundamentarse en criterios técnicos de designación. Por último, una de las grandes críticas se ha enfocado en la falta de una instancia de apelación que permita brindar claridad y uniformidad sobre las interpretaciones hechas por el creciente número de tribunales de inversión que interpretan los actos de los Estados receptores de inversión a la luz de lo dispuesto en las cláusulas del tratado de inversión¹⁶.

15 Gus Van Harten, 'Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law' en Stephan W. Schill (ed), *International Investment and Comparative Law* (Oxford University Press 2010) 643-654 and Gus Van Harten, 'A Case for An International Investment Court' (22) 2008 Working Paper 1

16 Gus Van Harten, 'Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law' en Stephan W. Schill (ed), *International Investment and Comparative Law* (Oxford

14 Anthea Roberts, 'Power And Persuasion In Investment Treaty Interpretation: The Dual Role Of States', [2010] 104 (2), *The American Journal of International Law* 179

4. Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA) o CETA, por sus siglas en inglés, incorpora una serie de modificaciones novedosas al procedimiento arbitral Inversionista-Estado e intenta, con estas modificaciones, dar respuesta a algunas de las críticas mencionadas en la anterior sección. También los cambios incluidos en este acuerdo buscaron dar respuesta al descontento expresado por ciudadanos de la Unión Europea sobre los efectos negativos del arbitraje de inversión para la democracia y el espacio regulatorio de sus Estados miembros¹⁷, así como las experiencias previas de Canadá con demandas de inversionistas extranjeros derivadas del TLCAN.

Cambios sustanciales

Desde una perspectiva sustancial, el texto del tratado incluye en su articulado el “derecho a regular” por parte del Estado receptor. En esta línea, el acuerdo recoge la experiencia de Canadá en el marco de TLCAN, así como el movimiento general evidenciado desde el nuevo modelo de TBI de Estados Unidos, adoptado en el 2004 y actualizado en el 2012.

En efecto, el nuevo modelo estadounidense de TBI, publicado en el 2004 y actualizado en el que reemplazó el modelo de 1984, disponía expresamente (Artículos 13 y 14) la posibilidad de regular para proteger la seguridad, el ambiente y la salud sin incurrir necesariamente en expropiación

indirecta. Adicionalmente, excluyó ciertos medios de pago y algunos derechos contractuales de la definición de “inversión” (Pie de página al Artículo 1), limitando así aún más el ámbito de aplicación del TBI. Así mismo, eliminó la odiosa “cláusula sombrilla” del Artículo II (4) del Modelo de 1984, que permitía la identificación, en todo caso y en todas condiciones, de las pretensiones contractuales del inversionista con sus pretensiones bajo el tratado en contra del Estado soberano. El modelo del 2012 el artículo 12 del modelo del TBI, mantuvo la necesidad de que los estados pudieran regular en materia medio-ambiental. Como hemos visto, esta posibilidad todavía es reconocida en ciertos casos, aún si la cláusula sombrilla no es aplicable.

Como puede verse, tales experiencias revelan que los Estados receptores de inversión han procurado defender su espacio regulatorio, mediante la restricción del ámbito de aplicación de disciplinas tales como la expropiación indirecta o algunas interpretaciones amplias de estándares como lo es el de trato justo y equitativo. Estas transformaciones, si bien incrementales, podrían eventualmente restringir el ámbito de interpretación de los árbitros, teniendo el efecto de refuerzo de la soberanía regulatoria deseado por las partes.

La experiencia canadiense puede explicar también esa evolución. Recuérdese la situación de SD Myers¹⁸, el cual se refiere a la importación de bifenilos policlorados (PCB) a los EE.UU. SD Myers, Inc. era dueño de una instalación de recuperación y saneamiento de PCB en territorio estadounidense y proveía el servicio a canadienses dueños de PCB. Sin embargo, las exportaciones y las importaciones de PCB fueron prohibidas por los EE.UU. Por otra parte, de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio de Basilea, Canadá también prohibió la exportación de PCB a todos los países excepto los EE.UU y esto con la debida

Unievrsity Press 2010) 643-654 and Gus Van Harten, ‘A Case for An International Investment Court’ (22) 2008 Working Paper 1

17 Véase Christian Olivéase, ‘Public backlash threatens EU trade deal with the US’ Financial Times, January 13 2015, disponible <<https://www.ft.com/content/8c17a17e-9b33-11e4-882d-00144feabdc0>> visitado 25 de Octubre de 2016

18 S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL. Partial Award on the Merits, Nov. 13, 2000



autorización expresa de la agencia ambiental (EPA) de ese país. Para resolver ese problema, SD Myers hizo lobby y logró que la EPA le aplicara un “enforcement discretion” respecto a la prohibición de PCB. Así, SD Myers resultó protegida (y otras nueve empresas) de la prohibición de las importaciones de PCB. Canadá, a su vez, prohibió todas las exportaciones de PCB, pero permitió luego las exportaciones a los EE.UU. Finalmente, la frontera se cerró de manera definitiva cuando los tribunales estadounidenses anularon la facultad discrecional de la EPA para la aplicación de la prohibición de las importaciones de PCB. SD Myers inició, entonces, trámite arbitral contra Canadá conforme el TLCAN, pues consideró que había sido expropiada indirectamente.

El Tribunal defendió la posibilidad de Canadá de regular y consideró que la “[e]xpropiación tiende a implicar la privación de los derechos de propiedad, mientras que las regulaciones

implican una menor interferencia. La distinción entre expropiación y regulación filtra los casos potenciales de demandas relativas a la intervención económica de un Estado y reduce el riesgo de que los gobiernos estarán sujetos a las reclamaciones, en su gestión de los asuntos públicos¹⁹”. Siguiendo esta línea de raciocinio, el Tribunal determinó que ninguna expropiación había tenido lugar. Para los árbitros la expresión “medidas equivalentes a la expropiación” en el TLCAN no crean una nueva categoría de expropiación. La expropiación implica la privación de los derechos de propiedad y la regulación, por su parte, si bien interfiere, no trata de obtener derechos de propiedad. Por lo tanto, la acción regulatoria de un Estado no puede legítimamente considerarse como expropiatoria. En este caso, como Canadá no se había beneficiado de la medida debido a su carácter temporal, el

¹⁹ Ibid, par. 282

Tribunal no encontró expropiación alguna.

Pero este triunfo de Canadá fue efímero, por lo que tiene sentido que ese Estado quisiese consagrarlo de manera expresa en sus nuevos tratados. En efecto, el razonamiento de SD Myers fue rechazado por el Tribunal de Azurix, el cual sostuvo al momento de ponderar el precedente de SD Myers:

“El tribunal en SD Myers encontró que el propósito de una medida reglamentaria es un criterio útil para distinguir las medidas por las cuales un Estado no será responsable: “[Las Partes en el Tratado Bilateral] no son responsables por el daño económico que es la consecuencia de la regulación de buena fe dentro de los poderes de policía de un Estado””.

Este Tribunal [se refiere a Azurix – los autores] considera que este criterio es insuficiente y comparte la preocupación expresada por la juez R. Higgins, quien se preguntó si la diferencia entre expropiación y regulación basadas en razones de interés público era intelectualmente viable²⁰.

Este rechazo expreso del precedente SD Myers necesita ser subrayado, pues refleja la aproximación más tradicional (y generalmente aceptada) en el DIIE. Para esta aproximación, considerar el objetivo ambiental de una medida es simplemente incoherente. Y lo anterior es así, toda vez que, en palabras de Azurix, de aceptarse la importancia de la motivación del regulador, “el tratado bilateral de inversión dispondría, de una parte, que las inversiones no pueden ser expropiadas excepto por razones de interés público y ordenaría una compensación si esta expropiación se lleva a cabo, pero también requeriría que las medidas regulatorias que pueden ser equivalentes a la expropiación no den lugar a una reclamación de

indemnización si se toma para un fin público²¹”. De ahí, la necesidad de los cambios sustanciales en el CETA entre Canadá y la Unión Europea.

Cambios procesales

Con todo, este efecto sustancial es todavía incierto, sujeto a variables que aún no están definidas. Más inmediatas son las reformas procedimentales. El Acuerdo, en su capítulo 8, crea un Tribunal de Arbitramento de Inversión de carácter semi-permanente compuesto por quince miembros los cuales deben cumplir con los requisitos profesionales para adelantar actividades jurisdiccionales en sus países respectivos y contar con conocimiento en Derecho Internacional Público, derecho de las inversiones, derecho mercantil internacional y solución de diferencias en el marco de tratados de inversión o comerciales²². El número de árbitros que componen el Tribunal pueden llegar a ser aumentados o disminuidos en el transcurso del tiempo cuando así lo disponga el Comité Mixto del CETA²³.

Los integrantes de este tribunal son escogidos por el Comité Mixto del CETA distribuidos de la siguiente forma: cinco nacionales canadienses, cinco nacionales de Estados de la Unión Europea y cinco nacionales de terceros países²⁴. El periodo de duración de los árbitros en el Tribunal es de cinco años, renovable por un periodo igual²⁵. De estos quince árbitros, las partes seleccionarán a tres para que hagan parte de una división (sub-panel) que estará a cargo de dirimir la controversia. En caso de que las partes no estén de acuerdo en el nombramiento de los árbitros la responsabilidad recaerá en el secretario general del CIADI²⁶.

21 Ibid, par. 311

22 Artículo 8.27.4 CETA

23 Artículo 8.27.3. CETA

24 Artículo 8.27.2. CETA

25 Artículo 8.27.5. CETA

26 Artículo 8.27.17 CETA

20 Azurix Corp. v. The Argentine Republic, supra note 14, par. 310 (notas al pie omitidas)



Este Tribunal puede ser categorizado como semi-permanente en tanto que los árbitros que hagan parte de este cuerpo colegiado reciben una suma de dinero a título de honorarios, determinada por el Comité Mixto del CETA, para estar disponibles cuando se necesiten y cumplir con las obligaciones profesionales y éticas señaladas por el Acuerdo.²⁷ El CETA crea unas obligaciones éticas que deben ser cumplidas por los árbitros,²⁸ entre otros aspectos se encuentra la prohibición a los árbitros que hagan parte de este tribunal de 'actuar como asesores, como expertos nombrados por una parte o como testigos en una diferencia pendiente o nueva sobre inversiones.²⁹ Adicionalmente, se requiere que los árbitros cumplan con las 'directrices de la International Bar Association (Asociación Internacional de Abogados) sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional³⁰.

Es importante señalar que el pago que se hará a estos árbitros es una retribución directa por su disposición para ser nombrado en un sub-panel o división (usando los términos del tratado) y cumplir con las obligaciones éticas y profesionales estipuladas en el tratado. Es decir, de los árbitros que sean elegidos para ser parte del sub-panel, generalmente tres recibirán una suma adicional por concepto de honorarios por los servicios profesionales que presten en resolver un conflicto determinado. Estos honorarios serán determinados de acuerdo con las Normas Administrativas y Financieras del Convenio del CIADI³¹.

Otro aspecto novedoso del CETA es que crea un tribunal de apelaciones que tiene la facultad de confirmar, modificar o revocar el laudo de primera instancia.³² El procedimiento específico de apelaciones está pendiente de ser especificado por el Comité Mixto del CETA. Sin embargo, el Acuerdo señala que se escogerán tres nombres que

27 Artículo 8.27.11 y Artículo 8.27.12 del CETA

28 Artículo 8.30.1. CETA

29 Artículo 8.30 CETA

30 Artículo 8.30.1. CETA

31 Artículo 8.27.14 CETA

32 Artículo 8.28.2 CETA

hagan parte de la lista de tribunal de apelación (división de consulta del tribunal de apelación) para decidir la controversia. El número, honorarios y los integrantes del comité de apelaciones serán nombrados por el Comité Mixto del CETA y se designará una división de tres árbitros para que revisen y decidan la apelación³³.

La creación de un tribunal de apelaciones es novedosa en el sentido que hasta el momento en las diferentes instancias institucionales o ad hoc del Arbitraje de Inversión no se había creado una etapa de apelación, lo más cercano a una segunda instancia son los Comités de Anulación Ad Hoc del CIADI, los cuales solamente tienen la facultad de anular o no el laudo, y como tal no operan como un Tribunal de Apelación.³⁴ A pesar de lo anterior es importante señalar que dentro del CIADI se han dado discusiones sobre la necesidad de crear un mecanismo de apelación que pueda generar coherencia dentro de las decisiones adoptadas por los tribunales³⁵. De igual forma, instituciones como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD) también habían planteado la misma necesidad³⁶.

En concordancia con los nuevos tratados, este Tratado incluye una mención expresa al derecho que tiene el Estado receptor de la inversión de regular para alcanzar objetivos políticos legítimos como la protección de la salud en general, seguridad, protección al medio ambiente, moral

pública, protección social, protección al consumidor y la protección a la diversidad cultural³⁷. En este sentido, el CETA ratifica que la simple modificación de normas para regular algunos de los temas anteriormente mencionados y que puedan afectar de alguna forma las expectativas del inversionista y sus intereses no necesariamente implica una violación a la protección que debe recibir el inversionista extranjero. De igual forma, el Acuerdo ratifica que la no renovación de una concesión o una subvención no constituyen una violación a la protección de los derechos del inversionista.

Otra gran novedad que incorpora el CETA es el llamado a las partes contratantes para que promuevan con sus otros aliados económicos la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones que también cuente con un procedimiento de apelación³⁸. De esta forma pareciera que el texto busca en el largo plazo la creación de una forma de Tribunal de Inversión Global.

Los anteriores cambios se pueden considerar como innovaciones tanto en el fondo del tratado como en el procedimiento que responden a las críticas mencionadas. Sin embargo, es necesario ver en detalle estos avances para determinar si estos cambios verdaderamente responden a las mayores críticas que han sido expuestas en contra del sistema y sí pueden llevar a un cambio positivo estructural del sistema de arbitraje de inversión. En este sentido, lo primero que hay que mencionar es que en cuanto al fondo del tratado y en cuanto a la vaguedad de las cláusulas del tratado que dan tanto poder de interpretación a los árbitros, no existe un mayor cambio. Por ejemplo, el tratado continua manteniendo la diferenciación entre los derechos de inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales.

Este punto ha sido resaltado de manera consistente

33 Artículo 8.28.3, Artículo 8.28.5 y 8.28.7 del CETA

34 Artículo 52 Convención CIADI

35 Véase ICSID Secretariat, 'Possible Improvements Of The Framework For ICSID Arbitration' Octubre 22 2004 Discussion Paper, disponible <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>> visto 25 de octubre de 2016

36 Véase UNCTAD, 'Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap' June 2013 IIA Issue Note disponible <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf> visto 26 de octubre de 2016

37 Artículo 8.9 CETA

38 Artículo 8.29 CETA



por los críticos del acuerdo entre Canadá y la Unión Europea, aún después de la propuesta de la nueva Corte de Arbitraje. Mientras que varios activistas celebraron los cambios procedimentales, muchos otros resaltaron que la arquitectura básica del sistema seguía siendo sesgada, creando una corte cuyos usuarios privilegiados son los inversionistas extranjeros. Este hecho, aunado a la exclusión de la exigencia de agotamiento de recursos internos, mantiene algunos de los problemas que generan la línea crítica arriba descrita.

En cuanto a temas de fondo, aunque se pueden considerar como innovación para proteger la capacidad regulatoria del Estado receptor de la inversión, por ejemplo, a renglón seguido de las manifestaciones de protección a las capacidades regulatorias del Estado, el CETA señala, entre otras actividades que constituyen una violación al trato justo y equitativo, una denegación al debido proceso, una arbitrariedad manifiesta, una discriminación injusta, un trato abusivo³⁹. También el Acuerdo incluye la cláusula de la nación más favorecida, lo que puede complicar los estándares de protección y de facultad regulatoria del Estado receptor de la inversión.

Como se puede ver, la amplitud de cláusulas que protegen el derecho a regular de los Estados y la amplitud de cláusulas escritas con el objetivo de proteger los derechos de los inversionistas no cambia en nada la realidad actual del Sistema del Derecho Internacional de la Inversión donde hay una constante tensión entre los dos derechos y deja en las manos de árbitros la interpretación de cláusulas tan amplias como las existentes en el CETA. Es decir, el CETA en ningún momento limita la posibilidad que derechos privados prevalezcan sobre intereses generales limitando así la capacidad regulatoria de los Estados.

Otro tema que se dejan sin tocar en el CETA tiene que ver con la imposición de obligaciones a los inversionistas extranjeros buscando balancear las obligaciones, teniendo en cuenta que existe un sesgo de debilidad en favor del inversionista extranjero que no es real en el mundo actual donde las corporaciones han adquirido un poder mayor que el de los Estados⁴⁰.

De otra parte, desde la óptica del procedimiento

39 Artículo 8.10 CETA

40 Véase Yadira Castillo Meneses, El Sesgo de Debilidad a Favor del InVéasesionista Extranjero: Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales (UniVéasesidad de los Andes 2015)

arbitral, la crítica existente respecto a los incentivos económicos de los árbitros que de forma indirecta puede influenciar la forma como se decide un caso, el CETA no remueve estos incentivos. El CETA garantiza unos honorarios base para garantizar la disponibilidad de los árbitros. Sin embargo, igual que como sucede con cualquier otro arbitraje de inversión, los honorarios de los árbitros, los cuales bajo las reglas del CIADI se encuentran en un promedio de US\$ 3.000 por cada día de reuniones o cualquier otro trabajo relacionado con el proceso⁴¹.

Es decir, no remueve ese manto de duda de que un árbitro puede preferir fallar en cierta forma con el fin de que vuelva a ser elegido en un futuro por las partes debido a los incentivos financieros existentes. Lo que sí garantiza la estructura creada por el CETA sin remover el problema de los incentivos financieros, sería una élite de abogados con unas características muy específicas que pueden estar captados por una ideología neoliberal⁴², que lideren el norte no solo del sistema de solución de controversias sino del sistema de arbitraje de inversión en general por un periodo de diez años al convertirse en un referente a nivel internacional.

Algunos defensores del sistema de arbitraje consideran que este cambio incluido en este tratado está judicializando el procedimiento arbitral⁴³, desnaturalizando la esencia propia de todo procedimiento arbitral. Sin embargo, no es muy claro que verdaderamente se afecte la naturaleza

propia del procedimiento arbitral. El hecho de tener una lista limitada de quince nombres no afecta en nada el procedimiento, en tanto que tendría la misma función de listas de árbitros que existen en instituciones como el CIADI o como la Cámara de Comercio Internacional de París.

Al mismo tiempo, que tengan una remuneración mínima por su disponibilidad tampoco afecta en nada el hecho de que son las partes en el conflicto las que escojan entre esa lista de quince nombres los tres que resolverán la controversia existente. Por último, la posibilidad de revisar las decisiones en una segunda instancia, donde el procedimiento de selección y de operación continúa con las reglas de un tribunal de arbitramento, no genera un cambio de fondo en el procedimiento arbitral. Así, pareciera que las reformas en el tratado no son sustanciales y es simplemente un maquillaje tratando de presentarse como una alternativa a las críticas que se han presentado en materia de derecho de los inversionistas extranjeros.

Conclusión

Como se mencionó en este texto, según el argumento más tradicional, la protección internacional del inversionista se justifica en la medida en que el sistema judicial del Estado receptor no es en general confiable. Bajo esta lógica, el inversionista se encuentra en riesgo de que el Gobierno receptor se apropie o extraiga la renta de la inversión extranjera⁴⁴. De igual forma se presentan las cortes del Estado receptor como instituciones no independientes, incapaces controlar las acciones de un gobierno⁴⁵.

41 Diana Rosert, 'The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration' Julio 2014 The International Institute for Sustainable Development disponible: <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>>

42 Véase Enrique Prieto-Rios, 'Neoliberal Market Rationality: The Drive Of International Investment Law' [3] 1 (2015) Birkbeck Law Review 55

43 Joanna Jemielniak and Güneş Ünüvar, 'Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU 'New Wave' Trade Agreements' (75) 2016 iCourts Working Paper Series 1

44 Véase Lorraine Eden, Stefanie Lenway, and Douglas A. Schuler, "From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model," in *International Business and Government Relations in the 21st Century*, ed. Robert Grosse (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2005), 251–72.

45 Véase Kenneth J. Vandewelde, "Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs," *International Tax & Business Lawyer* 11 (1993): 159.

Ahora bien, es indudable que el Estado receptor puede ser oportunista, especialmente, en el tipo de sectores de más relevancia para arbitramento de inversión, como infraestructura y servicios públicos, los costos hundidos son tan altos que la tentación del Estado en cambiar la regulación siempre estará ahí. Sin embargo, la premisa detrás del DIIE parece ir más allá. En efecto, parece presumir que el derecho del Estado receptor es prácticamente fallido, no merecedor del más mínimo crédito como sistema jurídico, ni como sistema judicial independiente. Generalmente estas preocupaciones se expresaban en un contexto Norte-Sur, sin embargo, el arbitraje Estado-Inversionista también se incorporado en tratados Norte-Norte como es el caso del CETA.

Es importante notar que, a diferencia de otras ramas del derecho internacional, como el derecho penal internacional o algunos aspectos de derechos humanos, el DIIE no requiere, usualmente, el agotamiento de recursos jurídicos nacionales antes de acudir al tribunal internacional. Por el contrario, como ya lo vimos, el régimen da al inversionista la opción de escoger el foro. Esta diferencia marca un profundo desdén por el derecho nacional, que en las otras disciplinas jurídicas mencionadas sería un escándalo.

En este contexto el DIIE ha sido objeto de críticas importantes como consecuencia de las limitaciones que crea a la capacidad regulatoria de los Estados receptores, el sesgo de debilidad existente a favor de los inversionistas y elementos como la falta de temporalidad y los conflictos de intereses de los árbitros que pueden llegar afectar como se decide un caso. En este contexto el modelo de arbitraje de inversión incorporado en el CETA parece dar respuesta a algunas de estas críticas. Sin embargo, como lo señalamos en este artículo, los cambios si bien pueden ser novedosos, no cambian de forma estructural el sistema y no dan respuesta de fondo a las críticas.

La creación de un tribunal semi-permanente de inversión dentro del CETA, continúa creando un sistema paralelo de justicia en Estados con sistemas

judiciales que se presentan como razonablemente eficientes, competentes e imparciales. ¿Cómo se explica, entonces, la existencia del sistema de controversias en el CETA? En nuestro criterio, una interpretación puede involucrar idea del “derecho fallido”. Esto es, se presume que el inversionista no estará protegido bajo el derecho nacional del Estado receptor, y que, en consecuencia, se hace necesario crear un régimen internacional que proteja los intereses inversionistas sin importar su ubicación geográfica.

La idea del derecho fallido no es nueva. Ya Jorge Esquirol⁴⁶ ha señalado que ciertos problemas puntuales del derecho de América Latina han sido sistemáticamente generalizados por numerosos comentaristas, creando la imagen de un derecho fallido en la región, generando así una justificación para las radicales reformas legales implementadas en la misma. Esquirol también argumenta que muchas de las supuestas “fallas” de este derecho fallido son, de hecho, problemas inherentes a todo sistema legal (impredictibilidad, indeterminación, etc.), que fueron identificadas y demostradas de manera convincente por críticos en otros lugares (por ejemplo, en Estados Unidos), sin que se cuestionara la viabilidad general de esos sistemas legales. Sin embargo, señala Esquirol, cuando se trata de América Latina, estos mismos problemas se vuelven sistémicos, muestran un derecho fallido, y justifican cambios jurídicos radicales, en todas las áreas del derecho.

Pues bien, el derecho Internacional de Inversión funciona de forma similar, y es de alguna manera el corolario lógico a la observación de Esquirol. Si generalizamos las fallas específicas del derecho de los Estados receptores y creamos la presunción de que el mismo es un derecho fallido, entonces es apenas lógico que creamos necesario recurrir al arbitramento de inversión. El problema es que, como bien lo muestra Esquirol, la premisa de ser

46 Véase Jorge L. Esquirol, ‘The Failed Law of Latin America’ [56] 1 (2008) *The American Journal of Comparative Law* 75



un derecho fallido es difícilmente desvirtuable, pues es casi un prejuicio. Mientras que en derecho penal internacional pueden existir criterios para determinar si el Estado es capaz y tiene voluntad de actuar respecto a un crimen internacional (por ejemplo, los previstos en el Artículo 17 del Estatuto de la CPI, por muy controversiales que estos sean), en derecho de la inversión extranjera no hay figura equivalente. Se presume que el ilícito internacional no será objeto de actuación del Estado receptor.

Bibliografía

- Andrei Gomez Suarez, Nicolas M. Perrone, Enrique Prieto-Rios, 'Foreign Investors and the Colombian Peace Process' [18] 3-4 (2016) International Community Law Review 223
- Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties," Virginia Journal of International Law 38 (1998 1997): 639.
- Anthea Roberts, 'Power And Persuasion In Investment Treaty Interpretation: The Dual Role Of States', [2010] 104 (2), The American Journal of International Law 179
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, supra note 14, par. 310 (notas al pie omitidas)
- Christian Oliver, 'Public backlash threatens EU trade deal with the US' Financial Times, January 13 2015, disponible <<https://www.ft.com/content/8c17a17e-9b33-11e4-882d-00144feabdc0>> visitado 25 de Octubre de 2016
- Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)
- Convención CIADI
- David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise
- (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).
- Diana Rosert, 'The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration' Julio 2014 The International Institute for Sustainable Development disponible: <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>> visitado 26 de octubre de 2010
- Enrique Prieto-Rios, 'Neoliberal Market Rationality: The Driver Of International Investment Law' [3] 1 (2015) Birkbeck Law Review 55

- Gus Van Harten, 'Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law' en Stephan W. Schill (ed), *International Investment and Comparative Law* (Oxford University Press 2010) 643-654
- Gus Van Harten, 'A Case for An International Investment Court' (22) 2008 Working Paper 1
- ICSID Secretariat, 'Possible Improvements Of The Framework For ICSID Arbitration' Octubre 22 2004 Discussion Paper, disponible <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>> visto 25 de octubre de 2016
- Joanna Jemielniak and Güneş Ünüvar, 'Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU 'New Wave' Trade Agreements' (75) 2016 iCourts Working Paper Series 1
- Jorge L. Esquirol, 'The Failed Law of Latin America' [56] 1 (2008) *The American Journal of Comparative Law* 75
- José E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Recueil Des Cours, 2009 (The Hague: Hague Academy of International Law, 2011).
- José E. Alvarez and Kathryn Khamsi, "Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime," in *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, ed. Karl P Sauvant and Lisa Sachs (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008),
- Kenneth J. Vandeveld, "Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs," *International Tax & Business Lawyer* 11 (1993): 159.
- Kate Miles, *The Origins of International Investment Law : Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2013).
- Liseth Colen and Andrea Guariso 'What type of foreign direct investment is attracted by bilateral investment treaties?' in Oliver de Schuteer, Johan Swinnen and Jan Wouters (eds), *Foreign Direct Investment and Human Development: The law and economics of International Agreements* (Routledge 2013)
- Lorraine Eden, Stefanie Lenway, and Douglas A. Schuler, "From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model," in *International Business and Government Relations in the 21st Century*, ed. Robert Grosse (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2005)
- René Uruena, "Of Precedents and Ideology: Law-Making by Investment Arbitration Tribunals," in *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, ed. Prabhakar Singh and Benoît Mayer (Oxford; New York: Oxford University Press, 2014).
- S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL. Partial Award on the Merits, Nov. 13, 2000
- Sergio Puig, "Social Capital in the Arbitration Market," *European Journal of International Law* 25, no. 2 (2014)
- Stephan W. Schill, 'W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law' [22] 3 (2011) *European Journal of International Law* 875
- UNCTAD, "Country-Specific Lists of BITs," 2011, <http://www.unctad.org/>.
- UNCTAD, 'Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap' June 2013 IIA Issue Note disponible <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf> visto 26 de octubre de 2016
- Yadira Castillo Meneses, *El Sesgo de Debilidad a Favor del Inversionista Extranjero: Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales* (Universidad de los Andes 2015)
- Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, and Beth Simmons, "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000," *University of Illinois Law Review* 2008 (2008): 265.

El desafío de prevenir procedimientos arbitrales paralelos en los Acuerdos Internacionales de Inversión del Estado colombiano



Fuente: <http://ap-consultores.pt>



Alberto Madero Rincón¹

¹ Alberto Madero Rincón es abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana y tiene una maestría en leyes (LL.M.) de la Universidad de Harvard y una maestría en derecho internacional económico de la Universidad de Barcelona. Las opiniones expresadas en este artículo no comprometen a ninguna de las entidades o empresas en las que ha trabajado o trabaja el autor.

Resumen

Este artículo aborda el problema de procedimientos paralelos en el marco de arbitrajes de inversión iniciados conforme a los distintos acuerdos internacionales de inversión celebrados por Colombia. En particular, este artículo identifica y evalúa los mecanismos incorporados por el Estado colombiano en sus tratados internacionales de inversión para prevenir el inicio de procedimientos arbitrales paralelos relacionados con los mismos hechos. Adicionalmente, este artículo identifica principios generales del derecho internacional público que son relevantes para prevenir el inicio de procedimientos arbitrales paralelos en el arbitraje de inversión.

Palabras clave: Procedimientos paralelos, arbitraje de inversión, cláusulas de elección de foro y acuerdos internacionales de inversión.

Introducción

El creciente número de acuerdos internacionales de inversión ("All")² celebrados por Colombia ha reconfigurado sustancialmente el marco jurídico aplicable a las inversiones extranjeras en el país. Los All forman parte del marco normativo de la inversión extranjera y, por ende, juegan un rol en la potestad regulatoria de las entidades del Estado colombiano. En particular, los All les otorgan a los inversionistas y a sus inversiones en territorio colombiano una serie de protecciones y derechos, entre los cuales se destacan el derecho del inversionista de presentar una reclamación ante un tribunal arbitral internacional contra una medida del Estado colombiano que viola cualquier estándar de protección de las inversiones bajo un All.

2 Los acuerdos internacionales de inversión (All) agrupan dos tipos de acuerdos: por una parte, los tratados bilaterales de inversión (TBI) y, por otra, tratados de libre comercio (TLC) que contienen un capítulo de promoción de protección de inversiones. Estos últimos acuerdos también son conocidos como acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP).

A la fecha de la publicación de este artículo, Colombia cuenta con diecisiete All que se encuentran vigentes. Los All han sido determinantes en la creación de un marco jurídico estable y previsible para la inversión extranjera en Colombia y la internacionalización de la economía colombiana. Sin embargo, tal como se expone en este trabajo, los All no contienen reglas claras que solucionen los conflictos de jurisdicción que puedan surgir a partir del inicio de procedimientos paralelos de solución de controversias. Por ejemplo, existen circunstancias bajo las cuales una inversión está sujeta a la protección de más de un All y, por ende, el inversionista podrá iniciar procedimientos paralelos ante distintos tribunales arbitrales en relación con los mismos hechos, cada uno establecido conforme a un All distinto.

En este sentido, la entrada en vigor del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (el "Acuerdo de la Alianza del Pacífico") el 1 de mayo de 2016 ha exacerbado los problemas de falta de coordinación entre los mecanismos de solución de controversias de los All vigentes. Con la entrada en vigor del Acuerdo de la Alianza del Pacífico, las inversiones en Colombia que tengan su origen en México, Perú y Chile están cubiertas tanto por All bilaterales que el Estado colombiano celebró con cada uno de estos Estados, como por el Acuerdo de la Alianza del Pacífico. Así, la entrada en vigor del Acuerdo de la Alianza del Pacífico crea un riesgo de procedimientos arbitrales paralelos en relación con inversiones que tienen su origen en países miembros de la Alianza del Pacífico.

La situación descrita ilustra la importancia de identificar reglas de jurisdicción que eviten procedimientos arbitrales paralelos bajo distintos All en relación con los mismos hechos. Para estos efectos, este texto se dividirá en las siguientes secciones. La sección II explicará el problema de los procedimientos paralelos en el arbitraje de inversión. La sección III identificará los mecanismos incorporados en los All celebrados por Colombia que buscan prevenir el inicio de procedimientos

arbitrales paralelos relacionados con los mismos hechos. Por su parte, la sección IV evaluará la efectividad y limitaciones de éstos mecanismos. La sección V identificará una serie de principios bajo el derecho internacional que pueden ser utilizados para impedir el inicio de procedimientos arbitrales paralelos bajo distintos AI. La última sección detallará las conclusiones de este trabajo.

La búsqueda del foro más conveniente en el arbitraje de inversión

En el derecho internacional es común que los Estados se adhieran a diferentes mecanismos de solución de controversias que tengan por competencia la misma materia³. Así las cosas, un determinado acto de un Estado puede infringir obligaciones contenidas en más de un tratado, cada uno de los cuales tiene su propio mecanismo de solución de controversias.

En el caso particular de los AI, el inicio de procedimientos paralelos se verifica comúnmente en los siguientes dos escenarios. En el primer escenario, muchos Estados han optado por incluir en sus AI cláusulas que les permiten a los inversionistas seleccionar el foro jurisdiccional ante el cual presentar una reclamación. Una vez el inversionista seleccione un foro, está obligado a continuar su disputa ante ese foro y no podrá presentar una reclamación ante otro de los foros jurisdiccionales previstos en el AI⁴. Estas cláusulas son conocidas con el nombre de cláusulas de elección de foro (*fork-in-the-road clauses*) y le permiten al inversionista elegir el foro más conveniente para su disputa, pero limitando sus opciones a los foros previamente acordados por el inversionista y el Estado receptor de la inversión.

El segundo escenario en el que se pueden verificar procedimientos paralelos es más problemático a la luz del derecho internacional. Este segundo escenario comprende aquellos casos en donde la inversión del inversionista está cubierta por dos AI, cada uno de los cuales tiene su propio mecanismo de solución de controversias. En estas circunstancias, el inversionista tiene el derecho de someter su disputa a ambos mecanismos de solución de controversia relacionados con los mismos hechos, pero alegando la violación de AI distintos. Por ejemplo, un inversionista estadounidense con una subsidiaria en México invierte en Colombia, a través de su subsidiaria en México. En este caso la inversión del inversionista está cubierta por el AI entre Colombia y México, toda vez que la subsidiaria de nacionalidad mexicana es un inversionista conforme a los términos de este AI. Comoquiera que Estados Unidos y México tienen AI vigentes con Colombia, el inversionista estadounidense, en su calidad de nacional estadounidense, también está cubierto por el AI entre Colombia y Estados Unidos.

Un ejemplo real del inicio de procedimientos paralelos son los casos de *CME/Lauder c. República Checa*⁵. En estos casos, la República Checa fue demandada ante dos tribunales arbitrales constituidos conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") relacionados con medidas gubernamentales que afectaban la licencia de televisión de una compañía local. Las reclamaciones fueron presentadas casi simultáneamente por el inversionista controlante, un inversionista estadounidense, Lauder, ante un tribunal con sede en Londres, constituido bajo el Tratado Bilateral de Inversión ("TBI") entre los

3 Lowe, V. (1999). Overlapping Jurisdiction in International Tribunals. Aust. YBIL, 20, 191.

4 Schreuer, C. (2004). Travelling the BIT Route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. The journal of world investment & trade: law, economics, politics, 5, (2), 240.

5 CME Czech Republic B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo Parcial (Septiembre 13, 2001), disponible en <http://mfcr.cz/Arbitraz/en/PartialAward.doc> (última consulta el 2 de noviembre de 2016) y Ronald S. Lauder c. República Checa, UNICTRAL, Laudo Final (Septiembre 3, 2002), disponible en www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp (última consulta el 2 de noviembre de 2016).



Estados Unidos y la República Checa y por una compañía holandesa, *CME Czech Republic*, que era propietaria de acciones en la compañía local, ante un tribunal en Estocolmo, a su vez, constituido bajo el TBI entre Holanda y la República Checa. La República Checa prevaleció en el caso ante *Lauder*, pero se le ordenó pagar una compensación sustancial a *CME Czech Republic*. El resultado de estos procedimientos es un claro ejemplo de decisiones contradictorias en procedimientos paralelos.

La siguiente sección analizará la política que el Estado colombiano ha adoptado para evitar, prevenir y coordinar procedimientos paralelos en el marco de arbitrajes de inversiones.

Mecanismos adoptados por Colombia para prevenir procedimientos paralelos en arbitrajes de inversión

La respuesta del Estado colombiano al problema de los procedimientos arbitrales paralelos ha sido incorporar en sus All cláusulas que tienen por objeto limitar el inicio de procedimientos arbitrales paralelos en relación con los mismos hechos, incluso en el caso en que los inversionistas y su inversión estén cubiertos por All distintos.

El Estado colombiano ha incorporado en sus All cláusulas de elección de foro y/o cláusulas que obligan al inversionista, que ha presentado una reclamación, a renunciar a su derecho de iniciar o continuar un procedimiento relacionado con la misma medida en un foro distinto (las "cláusulas de renuncia"). Tanto las cláusulas de elección de foro como las cláusulas de renuncia se erigen como condicionamientos y limitaciones en el consentimiento del Estado para someter una controversia a arbitraje y, consecuentemente, tienen una incidencia en la apreciación de la competencia del respectivo tribunal arbitral. En otras palabras, los inversionistas deben cumplir con las condiciones previstas en las cláusulas de elección de foro y cláusulas de renuncia para poder someter válidamente una controversia a arbitraje, porque en el caso contrario el tribunal no tendría jurisdicción.

a). Cláusulas de elección de foro en los All celebrados por Colombia

En la actualidad, Colombia cuenta con diecisiete All vigentes⁶ y dos están en proceso de

⁶ Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos

ratificación⁷. Todos estos acuerdos, salvo el TLC

Mexicanos y la República de Colombia (entrada en vigor el 1 de enero de 1995) [TLC Colombia-México]; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile (entrada en vigor el 8 de mayo de 2009) [TLC Colombia-Chile]; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras (entrada en vigor el 13 de noviembre de 2009 (Guatemala), 1 de febrero de 2010 (El Salvador) y 27 de marzo de 2010 (Honduras)) [TLC Colombia-Triángulo Norte]; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá (entrada en vigencia el 15 de agosto de 2011) [TLC Colombia-Canadá]; Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América (entrada en vigencia el 15 de mayo de 2012) [TLC Colombia-Estados Unidos]; Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (entrada en vigencia el 22 de septiembre de 2007) [TBI Colombia-España]; Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión (entrada en vigencia el 12 de septiembre de 2015); Convenio entre la República de Colombia la Confederación Suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones (entrada en vigencia el 6 de octubre de 2009) [TBI Colombia-Suiza]; Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones (entrada en vigencia el 30 de diciembre de 2010) [TBI Colombia-Perú]; Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China (entrada en vigencia el 3 de julio de 2012) [TBI Colombia-China]; Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India (entrada en vigencia el 3 de julio de 2012) [Colombia-India]; Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (entrada en vigor el 1 de mayo de 2016) [Acuerdo de la Alianza del Pacífico]; y Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Costa Rica (entrada en vigor el 1 de agosto de 2016) [TLC Colombia-Costa Rica]; Acuerdo bilateral para la protección y promoción de inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia (entrada en vigor el 10 de octubre de 2014) [TBI Colombia – Reino Unido]; y Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea y la República de Colombia (entrada en vigor el 15 de julio de 2016) [TLC Colombia – Corea]. Los Tratados de Libre Comercio con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio ("AELC") y con la Unión Europea no establecen mecanismos de solución de controversias para controversias entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión. Por esta razón, y para efectos de este artículo, estos dos acuerdos no serán considerados como All.

⁷ Los All suscritos pero que aún no han entrados en vigencia

con Canadá, contienen cláusulas de elección de foro. Estas cláusulas establecen una serie de foros jurisdiccionales ante los cuales el inversionista puede presentar una reclamación relacionada con la violación de las disposiciones del respectivo All.

Las cláusulas de elección de foro obligan al inversionista a elegir un foro ante el cual presentar su reclamación. Una vez hecha esta elección, el inversionista no podrá elegir otro de los foros previstos en el All para presentar otra reclamación relacionada con los mismos hechos. Los tribunales arbitrales han determinado que el inversionista elige válidamente un foro con la presentación de la notificación de arbitraje y la decisión del inversionista es final e irrevocable⁸. En el evento en que un tribunal arbitral constituido bajo un All, el cual contenga una cláusula de elección de foro, verifique que el inversionista ha presentado previamente una reclamación ante otro foro para resolver la misma controversia, el tribunal deberá determinar que carece de jurisdicción para conocer de la controversia⁹.

Ahora bien, en el caso de los All colombianos, Colombia no ha seguido de manera estricta un modelo de cláusulas de elección de foro que haya sido reproducido en todos sus All. Sin embargo, es posible concluir que Colombia usualmente pacta como foros competentes para conocer de controversias en materia de inversiones los siguientes: (i) un tribunal arbitral constituido

son el Tratados de Libre Comercio con Israel, (suscrito el 30 de septiembre de 2013) y el Tratado de Libre Comercio con Panamá (suscrito el 20 de septiembre de 2013). Véase http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLagreements_s.asp. Este artículo solamente analizará los All colombianos que se encuentran vigentes, los cuales han sido identificados en la nota al pie anterior.

⁸ Scott K. Gudgeon, "Arbitration Provisions in U.S. Bilateral Investment Treaties," in *International Investment Disputes: Avoidance & Settlement*, ed. Seymour J. Rubin and Richard W. Nelson (St. Paul, Minnesota: West Group, 1985), 51.

⁹ Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 320.

conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otro Estados (el “Convenio CIADI”) (cuando el Estado demandado es parte del Convenio CIADI y el inversionista es nacional de otro Estado parte de este acuerdo); (ii) un tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (en el evento en que o bien la parte demandada o la parte de la que es nacional el inversionista contendiente, pero no ambas, sea parte del Convenio CIADI); (iii) un tribunal arbitral constituido conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI; y (iv) arbitraje ad hoc cuando las partes así lo acuerden. Adicionalmente, en algunos All, Colombia reconoce expresamente las cortes del Estado receptor de la inversión como un foro alternativo para presentar una reclamación¹⁰.

Adicionalmente, un estudio del lenguaje de las cláusulas de elección de foro permite concluir que los All celebrados por Colombia contienen dos tipos de cláusula de elección de foro. El primer tipo de cláusula de elección de foro limita expresamente el derecho del inversionista de someter a arbitraje una controversia cuando el inversionista ha sometido previamente la misma violación a cualquier otro “procedimiento de solución de controversias vinculante”. Los All colombianos vigentes que contienen este tipo de “cláusulas de elección de foro de amplio alcance” son el TLC Colombia-Chile¹¹, el TLC Colombia-Estados Unidos¹², el TLC Colombia-México¹³, el TLC Colombia-Costa Rica¹⁴ y el Acuerdo de la Alianza del Pacífico¹⁵. Un ejemplo

que ilustra este tipo de cláusula es el artículo 19.18.4 del Acuerdo de la Alianza del Pacífico:

“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad con esta Sección, si el demandante (...) [ha] sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante”. (cursivas fuera del texto original)

En virtud de este tipo de cláusulas, el inversionista no podrá iniciar un procedimiento arbitral bajo el All cuando éste haya iniciado previamente un litigio relacionado con la misma controversia ante cualquier corte competente del Estado receptor de la inversión o cualquier otro tribunal arbitral, incluyendo aquellos establecidos conforme a otros All potencialmente aplicables. En otras palabras, el inicio de un procedimiento ante cualquier foro de solución de controversias tiene la vocación de activar la cláusula de elección de foro y el inversionista no podrá someter la misma disputa a un tribunal arbitral constituido bajo el respectivo All.

El segundo tipo de cláusulas de elección de foro, y el que usualmente Colombia pacta en sus All, tiene un alcance más reducido que el tipo de cláusula de elección de foro de amplio alcance. En efecto, este segundo tipo de cláusulas, las cuales llamaremos “cláusulas de elección de foro de alcance reducido” limitan el derecho del inversionista de someter una controversia a arbitraje de inversión solamente en los casos en que el inversionista ha presentado una solicitud de arbitraje en cualquiera de los foros jurisdiccionales expresamente identificados en el respectivo All. Es decir, estas cláusulas de elección de foro no regulan los casos en que el inversionista ha iniciado procedimientos litigiosos ante cualquier foro jurisdiccional que no haya sido identificado expresamente en el All, tales como tribunales arbitrales constituidos bajo otros All.

10 Véase TBI Colombia-España, (entrada en vigor el 22 de septiembre de 2007), art. 10.3; TBI Colombia-India (entrada en vigor el 2 de julio de 2012), art. 9.3; y TBI Colombia-Singapur (entrada en vigor 17 de julio de 2013), art. 13.5.

11 TLC Colombia-Chile, art. 9.18.4.

12 TLC Colombia-Estados Unidos, art. 10.17.4(b).

13 TLC Colombia-México, art. 17-17, párrafos 4 y 5.

14 TLC Colombia-Costa Rica, art. 12.19, párrafos 6 y 7.

15 Acuerdo de la Alianza del Pacífico, art. 19.18.4.



Un gran número de los AIJ colombianos que se encuentran vigentes contienen cláusulas de elección de foro de alcance reducido¹⁶. El artículo 8.18.4 del TLC entre Colombia y Corea es un claro ejemplo de las cláusulas de elección de foro de alcance reducido:

“Una vez que el inversionista ha sometido la controversia ya sea a un tribunal competente o a un tribunal administrativo de la Parte en cuyo territorio la inversión ha sido admitida o a cualquiera de los mecanismos de arbitraje establecidos en el párrafo 1, la elección del procedimiento será definitiva y el inversionista no podrá someter la misma controversia a un foro diferente”. (Cursivas fuera del texto original)

En virtud de las cláusulas de elección de foro de alcance reducido, el inversionista no podrá iniciar un procedimiento arbitral bajo el AIJ cuando éste haya iniciado previamente un litigio relacionado con la misma controversia ante cualesquiera de los foros jurisdiccionales previstos en el AIJ, el cual no necesariamente incluye como un foro alternativo tribunales arbitrales constituidos conforme a otros AIJ.

Por ejemplo, un inversionista coreano no podrá demandar al Estado colombiano ante un tribunal arbitral CIADI y ante un tribunal conformado de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, ambos establecidos conforme al TLC Colombia-Corea, alegando que una medida del Estado colombiano viola el estándar de trato justo y equitativo establecida en el TLC Colombia-Corea. Tanto el arbitraje conforme al Convenio CIADI, como el arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI, están previstos como foros alternativos para presentar una reclamación relacionada con la violación del TLC Colombia-Corea.

Por el contrario, en el evento en que la inversión del inversionista de nacionalidad coreana esté

¹⁶ TBI Colombia-Japón, art. 29.9; TBI Colombia-Singapur, art. 13.8; TLC Colombia-Triángulo del Norte, art. 12.22.2; TBI Colombia-China, art. 9.7; TBI Colombia-España, art. 10.8; TBI Colombia-Perú, art. 12.6; TBI Colombia-India, art. 9.4; TBI Colombia-Suiza, art. 11.4; TBI Colombia-Reino Unido, art. IX.9; y TLC Colombia-Corea, art. 8.18.4.

cubierta por el TLC Colombia-Estados Unidos, éste tendría el derecho de iniciar un procedimiento arbitral conforme al TLC Colombia-Estados Unidos alegando que la medida adoptada por el Estado colombiano viola el estándar del trato justo y equitativo establecido en este Acuerdo. Posteriormente, este mismo inversionista podría someter la misma disputa ante un tribunal arbitral constituido conforme al TLC Colombia-Corea, pero ahora alegando que la misma medida viola el estándar de trato justo y equitativo en el TLC Colombia-Corea. El inicio de un procedimiento arbitral bajo el TLC Colombia-Estados Unidos no supone una activación de la cláusula de elección de foro del TLC Colombia-Corea y, por ende, el inversionista tiene el derecho de iniciar procedimientos arbitrales en ambos foros. Esta cláusula no establece como un requisito para someter una controversia a arbitraje que el inversionista no haya sometido previamente la misma controversia ante *cualquier procedimiento de solución de controversias vinculantes*, como lo es el arbitraje de inversiones bajo el TLC Colombia-Estados Unidos.

Por las anteriores consideraciones, en los All con cláusulas de elección de foro de alcance reducido el problema del inicio de procedimientos paralelos en materia de arbitraje de inversiones es sustancialmente mayor que en el caso de los All con cláusulas de elección de foro amplias. En todo caso, las cláusulas de elección de foro tienen como objetivo limitar el derecho de los inversionistas para iniciar procedimientos paralelos en materia de arbitraje de inversión relacionados con los mismos hechos.

b). Cláusulas de renuncia en los All celebrados por Colombia

Las cláusulas de renuncia buscan prevenir la duplicidad de procedimientos jurisdiccionales, bien sea ante cortes del Estado receptor o tribunales arbitrales internacionales, en relación con la misma medida. Colombia no ha sido consistente en

incorporar cláusulas de renuncia en todos sus All. Los All que cuentan con cláusula de renuncia son el TBI Colombia-Japón¹⁷, TLC Colombia-Chile¹⁸, TLC Colombia-Triángulo del Norte¹⁹, TLC Colombia-Canadá²⁰, TLC Colombia-Estados Unidos²¹, TLC Colombia-Costa Rica²², el Acuerdo de la Alianza del Pacífico²³ y el TBI Colombia-Singapur²⁴.

Las cláusulas de renuncia pactadas por Colombia, como la prevista en el TLC Colombia-Estados Unidos, requieren que tanto el inversionista como el vehículo de inversión incorporado en el Estado receptor presenten una renuncia “de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación del [TLC Colombia-Estados Unidos]”²⁵. Asimismo, la cláusula de renuncia del TLC Colombia-Estados Unidos establece que “ninguna reclamación puede someterse arbitraje” a menos que el inversionista y su vehículo de inversión presenten una renuncia en los términos indicados en el Acuerdo²⁶.

Las cláusulas de renuncia han sido interpretadas en repetidas ocasiones como una condición precedente para presentar una reclamación ante un tribunal arbitral constituido conforme a un

17 TBI Colombia-Japón, art. 29.5.

18 TLC Colombia-Chile, art. 9.8.2.

19 TLC Colombia-Triángulo del Norte, art. 12.18.7.

20 TLC Colombia-Canadá, art. 821.2.

21 TLC Colombia-Estados Unidos, art. 10.18.2.

22 TLC Colombia-Costa Rica, art. 12.19.3.

23 Alianza del Pacífico, art. 10.18.2.

24 TBI Colombia-Singapur, art. 13.4.

25 TLC Colombia-Estados Unidos, art. 10.18.2.

26 Ibíd.

All²⁷. Sin embargo, los tribunales arbitrales no han sido consistentes en definir cuál es el momento en que se debe cumplir con el requisito formal de presentar una renuncia. El tribunal arbitral en *Waste Management c. México* determinó que la renuncia debe presentarse con la notificación de arbitraje²⁸, tal como dispone el Artículo 1121 de Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”). No obstante, el tribunal arbitral en *Thunderbird c. México* consideró que no presentar la renuncia con la notificación de arbitraje “no es suficiente para invalidar la presentación de una controversia ante un tribunal arbitral cuando este incumplimiento es remediado en una etapa posterior del procedimiento”²⁹. El tribunal consideró suficiente que el demandante presentara la renuncia con el escrito de demanda. Sin importar el momento en que deba presentarse la renuncia, es correcto concluir que la renuncia es un requisito del consentimiento a arbitraje del Estado receptor de la inversión y, de no presentarse, el tribunal carece de jurisdicción.

Adicionalmente, las cláusulas de renuncia tienen un alcance amplio y comprenden cualquier procedimiento de solución de controversia relacionado con la misma medida que el inversionista alega es violatoria del All. La decisión del tribunal arbitral en *Renco c. Perú* es un caso hito que explica el alcance de las renunciaciones presentadas por los inversionistas bajo la cláusula

de renuncia del TLC Estados Unidos-Perú, la cual tiene una redacción muy similar a las cláusulas de renuncia incorporadas por Colombia en sus All.

El tribunal en *Renco c. Perú* explicó que las cláusulas de renuncia son un mecanismo mediante el cual el Estado receptor de la inversión condiciona su oferta de someter a arbitraje las controversias relacionadas con el All aplicable³⁰. El incumplimiento de los requisitos formales y materiales previstos en la cláusula de renuncia deja sin efecto el consentimiento del Estado receptor para someter una disputa a arbitraje. En este sentido, la renuncia presentada por el inversionista debe cumplir con los requisitos establecidos en la cláusula de renuncia para que el tribunal arbitral tenga jurisdicción sobre la controversia.

En relación con el requisito material de la cláusula de renuncia, el tribunal en *Renco c. Perú* estableció que éste consiste en la obligación del inversionista de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos de solución de controversias en otros foros³¹. En relación con los requisitos formales, el tribunal determinó que la renuncia del inversionista debe presentarse de manera escrita y debe ser “clara, expresa y categórica”³². Asimismo, el tribunal determinó que cualquier intento de sustraer de la renuncia un procedimiento litigioso relacionado con la medida demandada no es consistente con la cláusula de renuncia³³. En el caso en cuestión, el tribunal encontró que la renuncia del inversionista no cumplía con los requisitos formales de la cláusula de renuncia porque el inversionista se reservó el derecho de iniciar procedimientos en otro foro,

27 The Renco Group Inc. c. República del Perú, CNUDMI, Caso UNCT/13/31, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 2016, 72 (Julio 15, 2016); Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 16-17 (Junio 2, 2000); Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá, UNCITRAL, Caso CPA No. 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 291 (Abril 2, 2015).

28 Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 18-19 (Junio 2, 2000).

29 International Thunderbird Gaming Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, CNUDMI, Laudo, 117 (Enero 26, 2006). Véase en el mismo sentido Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá, Laudo sobre Jurisdicción, 89 y 91 (Junio 24, 1998).

30 The Renco Group Inc. c. República del Perú, CNUDMI, Caso UNCT/13/31, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 2016, 72 (Julio 15, 2016).

31 The Renco Group Inc. c. República del Perú, CNUDMI, Caso UNCT/13/31, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 2016, 60 (Julio 15, 2016).

32 *Ibíd.*, 74.

33 *Ibíd.*, 81.



en relación con todas las pretensiones que el tribunal no considerara por falta de jurisdicción o por ser inadmisibles. El tribunal determinó que el incumplimiento de la cláusula de renuncia resultaba en un incumplimiento de los condicionamientos a los que estaba sujeto el consentimiento de Perú a arbitrar la respectiva controversia y, por ende, el tribunal no tenía jurisdicción para fallar sobre las pretensiones del inversionista³⁴.

Ahora bien, el caso *Detroit International Bridge Company c. Canadá* es otro ejemplo relevante de la violación de una cláusula de renuncia en un AI. En este caso, la renuncia del inversionista expresamente establecía que ésta no incluía una renuncia a continuar con un litigio ante una corte de los Estados Unidos, un estado distinto al Estado receptor de la inversión, Canadá. El tribunal concluyó que la renuncia no era válida porque el inversionista se reservó el derecho a continuar un litigio existente relacionado con las medidas que el inversionista había sometido a arbitraje bajo el AI³⁵.

En conclusión, en aquellos AI celebrados por Colombia que contienen cláusulas de renuncia, los inversionistas deben presentar una renuncia de cualquier derecho de iniciar o continuar arbitrajes de inversión como una condición para someter una disputa a arbitraje bajo el respectivo AI. Esta renuncia es amplia y comprende cualesquiera procedimientos litigiosos, incluyendo arbitrajes de inversión, bajo otros AI, que estén relacionados con la medida demandada.

IV. Analisis de la efectividad y limitaciones en los mecanismos adoptados por Colombia para prevenir procedimientos paralelos en arbitrajes de inversión

Esta sección analizará la efectividad de las cláusulas de elección de foro y las cláusulas de renuncia en los AI celebrados por Colombia, teniendo en cuenta la práctica de los tribunales arbitrales.

a). Cláusulas de elección de foro en los AI celebrados por Colombia

34 Ibid. 189.

35 *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL, Caso CPA No. 2012-25, Laudo sobre

Jurisdicción, 303 (Abril 2, 2015).

La aplicación de las cláusulas de elección de foro ha sido abordada por un gran número de tribunales arbitrales. Sin embargo, la práctica de los tribunales arbitrales demuestra que éstos han sido reacios a aplicar las cláusulas de elección de foro para impedirle a un inversionista iniciar procedimientos paralelos en distintos foros. En efecto, el caso de *Pantechniki c. Albania* es el único caso de conocimiento público en donde se ha dado aplicación a la cláusula de elección de foro.

Un estudio de las decisiones arbitrales permite concluir que la poca efectividad de las cláusulas de elección de foro se debe a que los tribunales han adoptado estándares altos y ambiguos para aplicar las cláusulas de elección de foro. La decisión del Tribunal en *Pan American c. Argentina* ejemplifica perfectamente el alto estándar que han fijado los tribunales para aplicar las cláusulas de elección de foro:

*"[Si] los tribunales asumen a la ligera que elecciones de foro han sido tomadas... en favor del sistema judicial del Estado receptor de la inversión [o en favor de cualquier otro foro, entonces] sería poca la utilidad de diseñar procedimientos arbitrales para controversias de inversión"*³⁶. (Traducción del autor)

El alto estándar en la aplicación de las cláusulas de elección de foro es evidente en el tipo de criterios que los tribunales han identificado como condiciones necesarias para la aplicación de estas cláusulas. En el contexto del arbitraje de inversión, el tribunal en *Pantechniki v. Albania* ha identificado acertadamente que la cuestión esencial relacionada con la aplicación de las cláusulas de elección de foro es determinar si la misma controversia ha sido sometida a un tribunal arbitral de inversión y a

cualquier otro foro de solución de controversias³⁷.

Las decisiones arbitrales demuestran que los tribunales arbitrales utilizan generalmente tres criterios para determinar la identidad de las controversias sometidas a distintos foros, a saber, identidad de partes, objeto y la causa de la acción³⁸. En este sentido, el tribunal en *Occidental c. Ecuador* expresamente determinó que los tres requisitos deben verificarse para que una controversia sometida a otro foro sea considerada de la misma naturaleza que la controversia ante el tribunal y, como consecuencia, proceda la aplicación de la cláusula de elección de foro³⁹.

En relación con la identidad de partes, el estándar adoptado por los tribunales arbitrales no tiene en cuenta la realidad de la industria y dificulta la aplicación de la cláusula de elección de foro. Los tribunales arbitrales han determinado en repetidas ocasiones que las acciones legales instauradas por empresas afiliadas, las cuales son controladas por el inversionista, no son atribuibles al inversionista, toda vez que las empresas afiliadas tienen una personalidad jurídica "independiente y distinta" de la del inversionista⁴⁰. El siguiente ejemplo ayuda a

37 *Pantechniki S.A.A Contractos and Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 61 (Julio 30, 2009); Schreuer, C. (2004). *Travelling the BIT Route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*. The journal of world investment & trade: law, economics, politics, 5, (2), 231, 239.

38 Véase e.g., *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 88 (Diciembre 8, 2003); *Toto Costruzioni Generali S.P.A. c. República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 80 (Julio 17, 2003).

39 *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo, 52 (Julio 1, 2004); *Victor Prey Casado c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 483 (Mayo 8, 2008).

40 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 98 (Enero 14, 2004); *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción,

36 *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre las Excepciones Preliminares (Julio 27, 2006); y *Pan American Continental SRL v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, 155 (Julio 27, 2006).



ilustrar la dificultad de satisfacer este estándar en la práctica. Una empresa constituida en México, controlada por un inversionista estadounidense, demanda una medida adoptada por el gobierno colombiano alegando la violación del estándar de trato justo y equitativo bajo el TLC Colombia-México. Posteriormente, el inversionista estadounidense demanda la misma medida por la violación del mismo estándar de trato justo y equitativo, esta vez, bajo el TLC Estados Unidos-Colombia. En este caso, y bajo el estándar aplicado por los tribunales, las partes en las controversias arbitrales en el foro del TLC Colombia-México y el TLC Colombia-Estados Unidos no son las mismas, no obstante, ambas empresas están bajo el mismo control.

Así las cosas, el estándar de identidad de partes, dificulta la aplicación de las cláusulas de elección de foro. Los intentos de los Estados demandados por persuadir a los tribunales arbitrales de reformular el estándar de identidad de partes de tal manera que tenga en cuenta la realidad económica de la estructura societaria de las empresas en cuestión,

no ha sido acogida por los tribunales arbitrales⁴¹.

En relación con la identidad de causas legales de la acción, no existe un estándar claro para determinar cuándo existe una identidad de causas entre dos arbitrajes de inversión iniciados bajo distintos AI. En efecto, en la mayoría de los casos los tribunales se han enfrentado a procedimientos paralelos iniciados ante cortes nacionales y arbitrajes internacionales. En estos casos, los tribunales han diferenciado las pretensiones contractuales de las pretensiones fundadas en tratados internacionales para concluir que las causas legales de las acciones no son las mismas y, por ende, no procede la aplicación de las cláusulas de elección de foro⁴².

41 Charanne and Construction Investments c. Reino de España, Caso SCC No. 062/2012, Laudo Final, 406-408 (Enero 21, 2016). En este caso el tribunal determinó que el hecho que dos empresas formaran parte del mismo grupo económico no era suficiente para establecer una identidad de parte. Por el contrario, el demandado debe presentar evidencia que permita concluir que el inversionista ejercía un grado de control sobre la empresa afiliada hasta el punto de convertirla en una mera "empresa intermediaria".

42 Véase, por ejemplo, CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 80 (Septiembre 8, 2009); Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República

80 (Septiembre 8, 2009); Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 331 (Junio 25, 2001).

El Comité de Anulación *Ad hoc* en el caso *Vivendi c. Argentina* concluyó que la cláusula de elección de foro en un contrato, solamente se activaría en el evento en que la base esencial de la pretensión ante el tribunal sea el incumplimiento del contrato y no un tratado internacional que establece un estándar de conducta independiente⁴³. El tribunal en *Occidental c. Ecuador* consideró que el estándar desarrollado por el Comité de Anulación en el caso *Vivendi c. Argentina* también era relevante para determinar la aplicación de una cláusula de elección de foro, en este caso, prevista en un AI. El tribunal concluyó que la cláusula de elección de foro del AI no se había activado “en la medida en que la naturaleza de la controversia sometida a arbitraje era principalmente, aunque no exclusivamente, basada en un tratado, la jurisdicción del tribunal fue correctamente invocada”⁴⁴.

Por lo anterior, no existe una regla clara y consistente para determinar cuándo dos procedimientos de solución de controversia basados en tratados internacionales distintos se basan en la misma causa de acción. Adicionalmente, una aplicación analógica del estándar de la “base esencial de la acción” para diferenciar pretensiones contractuales de pretensiones bajo tratados internacionales es poco útil cuando las pretensiones en ambos procesos tienen su fundamento en distintos AI. Adicionalmente, las decisiones arbitrales que han aplicado el estándar de *Vivendi c. Argentina* no han precisado de manera consistente cuándo una pretensión está basada de manera “esencial” o “fundamental” en un tratado internacional.

Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 97 (Enero 14, 2004).

43 Compañía de Aguas de Aconguija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 95-96, 98 y 113 (Julio 3, 2002).

44 Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo, 57 (Julio 1, 2004).

En este contexto, lo más cercano a una regla clara para identificar la identidad en las causas de las acciones sería evaluar la superposición material de las normas en la que se fundan las pretensiones, independientemente de la naturaleza del instrumento que las contenga. En el plano del derecho internacional existe un precedente para esta aproximación. El tribunal arbitral, constituido conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“UNCLOS”), en el caso *Southern Bluefin Tuna* determinó que la controversia sometida a su consideración era la misma controversia sometida a un tribunal constituido conforme a la Convención para la Conservación del Atún Rojo del Sur (“CCSBT”). El tribunal llegó a esta conclusión al encontrar una superposición sustancial entre las disposiciones de los tratados internacionales en las que se fundaban los dos procedimientos, independientemente de que las disposiciones se encontrarán en tratados internacionales diferentes⁴⁵. El tribunal concluyó que no tenía jurisdicción porque el CCSBT no le permitía al demandante presentar una reclamación ante un tribunal UNCLOS.

Si bien la evaluación de la superposición material de las causas de la acción parecería inclinar la balanza a favor de la aplicación de las cláusulas de elección de foro, la realidad es que su alcance es limitado. Es común que los estándares de protección de inversión tengan un distinto alcance de un tratado a otro. Por esta razón, es muy probable que un análisis de la superposición material de estándares de protección en distintos AI celebrados por Colombia arroje como resultado que no existe una identidad de causas de acción en procedimientos arbitrales paralelos.

Por ejemplo, la cláusula de expropiación en el TLC Colombia-México es sustancialmente distinta a la

45 Caso del Atún de Aleta Azul (Australia c. Nueva Zelanda/Japón), Laudo de Jurisdicción y Admisibilidad (Tribunal Arbitral de la CNUDM 2000), Reports of International Arbitral Awards, vol. XXIII [54].



cláusula del Acuerdo de la Alianza del Pacífico. La cláusula del TLC Colombia-México no contienen criterios que permiten limitar el alcance del concepto de expropiación indirecta, como tampoco excluye expresamente de la definición de expropiación medidas no discriminatorias adoptadas para la consecución de un fin legítimo⁴⁶, mientras que la cláusula de expropiación del Acuerdo de la Alianza del Pacífico sí dispone todo lo anterior⁴⁷. En este caso, el alcance de estas cláusulas está sujeto, en últimas, a la interpretación que realice un tribunal arbitral. Por ende, la determinación de si un arbitraje bajo el TLC Colombia-México tiene la misma causa de acción que un arbitraje bajo el Acuerdo de la Alianza del Pacífico es una materia que puede ser objeto de disputa entre las partes en un arbitraje.

46 TLC Colombia-México, art. 17-08.

47 Acuerdo de la Alianza del Pacífico, art. 10.12 y Anexo 10.12.

En relación con el último criterio, la identidad de objeto se determina evaluando el objeto de la pretensión solicitada en uno y otro foro. Si bien este criterio no ha sido aplicado por todos los tribunales arbitrales que se han ocupado de la cláusula de elección de foro, algunos tribunales lo han utilizado para diferenciar procedimientos nacionales de arbitrajes internacionales en materia de inversión. El tribunal en *Genin c. Estonia* decidió no aplicar la cláusula de elección de foro basándose en parte, aunque no expresamente, en la diferencia del objeto de los procedimientos paralelos. El tribunal determinó que el objeto de las pretensiones ante las autoridades nacionales era revocar la decisión del Banco de Estonia y restaurar la vigencia de una licencia, mientras que el objeto de las pretensiones en el arbitraje AII era reclamar una compensación por los daños sufridos con ocasión del incumplimiento del AII⁴⁸. El criterio

48 Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c.

de identidad de objeto es posiblemente el único que podría verificarse fácilmente en el caso de procedimientos paralelos ante tribunales arbitrales de inversión.

El Estado colombiano podría argumentar con éxito que el objeto de las pretensiones presentadas en dos arbitrajes de inversión bajo All distintos son el mismo: ambas pretensiones están encaminados a la compensación de perjuicios derivados del incumplimiento de un All. No obstante, y tal como se explicó anteriormente, la identidad de objeto no es suficiente para que un inversionista no pueda someter una controversia a arbitraje en virtud de la cláusula de elección de foro.

Teniendo en cuenta el alto estándar de identidad de partes, objeto y causa de la acción, el árbitro único en *Pantechniki c. Albania* adoptó un estándar distinto que, si bien resultó en el único caso en que se aplicó la cláusula de elección de foro⁴⁹, no ha sido aplicado ampliamente por otros por tribunales arbitrales⁵⁰. En cualquier caso, el estándar adoptado por *Pantechniki c. Albania* es ambiguo. En virtud de este estándar el tribunal debe analizar si las pretensiones comparten la misma “base fundamental”, lo cual implica, entre otras cosas, determinar si el objeto de las pretensiones y el derecho invocado en uno y otro foro es el mismo⁵¹. Es decir, es un estándar con criterios que son bastante ambiguos para permitir identificar cuándo aplica la cláusula de elección de

foro y, en este sentido, poco añade al estándar de identidad de partes, objeto y causa de la acción.

Las anteriores consideraciones demuestran que el estándar adoptado por los tribunales arbitrales para aplicar la cláusula de elección de foro es considerablemente alto, toda vez que en el arbitraje de inversión no es fácil demostrar que procedimientos paralelos tienen las mismas partes, objeto y causa de la acción. En este sentido, las cláusulas de elección de foro incorporadas en la gran mayoría de All celebrados por Colombia están sujetas a un alto estándar para prevenir procedimientos paralelos relacionados con los mismos hechos.

b). Cláusulas de renuncia en los All celebrados por Colombia

Las cláusulas de renuncia son más fáciles de aplicar que las cláusulas de elección de foro para prevenir procedimientos paralelos relacionados con la misma medida. A diferencia de las cláusulas de elección de foro, las cláusulas de renuncia se enfocan en la medida o el acto del Estado del que se deriva la controversia y no en las pretensiones que se derivan de esta medida⁵². Por ejemplo, si bien la revocación arbitraria de una licencia de explotación de hidrocarburos puede dar origen a distintas pretensiones o reclamaciones bajo un All y bajo las leyes nacionales, todas estas pretensiones están relacionadas con la misma medida, independientemente de la causa legal de la pretensión o acción.

En términos generales, una renuncia se extiende a todos los procedimientos relacionados con la misma medida. El tribunal en el caso *Detroit International Bridge Company c. Canadá* aclaró que reclamaciones bajo un All y leyes nacionales pueden tener origen en la misma medida,

República de Estonia, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 331 (Junio 25, 2001); Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay, Caso CIADI No. ARB/98/5, Decisión sobre Jurisdicción, 30 (Agosto 8, 2000).

49 *Pantechniki S.A.A Contractos and Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 61-67 (Julio 30, 2009).

50 *Khan Resources v. Mongolia*, UNCITRAL, Laudo de Jurisdicción, 389 a 392 (Julio 2012).

51 *Pantechniki S.A.A Contractos and Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 67 (Julio 30, 2009).

52 *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, UNCITRAL, Caso CPA No. 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 303 (Abril 2, 2015).

independientemente de la causa legal de la reclamación. A manera de ejemplo, el tribunal explicó que la denegación discriminatoria de una licencia puede dar origen a distintas reclamaciones jurídicas tanto bajo el TLCAN como bajo las leyes domésticas y ambos procedimientos se refieren a la misma medida⁵³. No obstante, el tribunal explicó que el hecho que múltiples actos discriminatorios hagan parte de un plan común no convierte a este grupo de actos en una *misma medida*. Por ende, si el Estado discrimina a un inversionista mediante la denegación de una licencia, la imposición de un impuesto especial y subsidios a un competidor, estas medidas son distintas e independientes y, en consecuencia, no es necesario que sean presentadas en un mismo foro⁵⁴. La decisión del tribunal en *Detroit International Bridge Company c. Canadá* confirma que cuando el inversionista presenta un renuncia conforme a la cláusula de renuncia de un All, éste no puede iniciar o continuar una reclamación ante otro foro relacionada con la misma medida.

Adicionalmente, el tribunal en *Renco c. Perú* determinó que la renuncia de un inversionista conforme a la cláusula de renuncia se extiende a litigios iniciados con anterioridad a la presentación de la notificación del arbitraje, a litigios iniciados durante el arbitraje e incluso litigios iniciados después de la decisión del tribunal⁵⁵. En este sentido, es claro que la cláusula de renuncia le impide al inversionista iniciar un procedimiento paralelo e igualmente le obliga a terminar aquellos procedimientos paralelos existentes, independientemente de cuándo inició este procedimiento.

Por último, las consecuencias del incumplimiento de la cláusula de renuncia son lo suficientemente drásticas para que el inversionista cumpla con ésta. La consecuencia inmediata de incumplir una

cláusula de renuncia es que el tribunal carece de jurisdicción para decidir sobre las pretensiones del inversionista. El caso de *Renco c. Perú* ilustra la rigurosidad con la que algunos tribunales han aplicado las cláusulas de renuncia, al desestimar las pretensiones del inversionista y no otorgar un período de cura para remediar un incumplimiento con la cláusula de renuncia⁵⁶.

Por las consideraciones anteriores, las cláusulas de renuncia son un mecanismo eficaz para impedir que inversionistas inicien arbitrajes de inversiones paralelos bajo distintos All. Sin embargo, el hecho que un gran número de All celebrados por Colombia no contengan esta cláusula⁵⁷ es un obstáculo para que ésta sea considerada como una solución aplicable en todos los casos de procedimientos paralelos. Por esta razón, la siguiente sección analizará una serie de teorías adicionales que pueden ser invocadas por el Estado colombiano para prevenir arbitrajes de inversión paralelos relacionados con los mismos hechos.

Principios generales del Derecho Internacional Público que limitan el inicio de procedimientos paralelos en el arbitraje de inversión

En el derecho internacional público los principios de abuso del derecho y el principio de estoppel pueden ser invocados en el marco de un procedimiento arbitral para limitar el derecho del inversionista de someter una controversia a arbitraje de conformidad con un All. Estos principios previenen el inicio de procedimientos paralelos bajo All distintos.

56 The Renco Group Inc. c. República del Perú, CNUDMI, Caso UNCT/13/31, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 2016, 160 (Julio 15, 2016).

57 Véase TLC México-Colombia; TBI Colombia-China; TBI Colombia-España; TBI Colombia-Perú; TBI Colombia-India; TBI Colombia-Suiza; TBI Colombia-Reino Unido; y TLC Corea-Colombia.

53 Ibid. 303.

54 Ibid. 304.

55 Ibid. 82.

a). Principios de abuso del derecho

El principio de abuso del derecho es una aplicación del principio de buena fe en ejercicio de los derechos⁵⁸, que también ha sido reconocida como un principio general del derecho⁵⁹. En el marco del derecho internacional público la doctrina del abuso del derecho comprende aquellas circunstancias donde el ejercicio de un derecho por parte de un Estado impide el ejercicio de un derecho de otro Estado o viola las obligaciones que el Estado ha contraído en instrumentos internacionales y, por ende, el ejercicio del derecho no es justo y equitativo entre las partes⁶⁰. En virtud de esta doctrina cuando un derecho se ejerce de manera abusiva, la posibilidad de ejercer el derecho está prohibida o limitada⁶¹.

El siguiente ejemplo ilustra la forma como se podría invocar el principio de abuso del derecho ante un tribunal arbitral. Un inversionista mexicano presenta una notificación de arbitraje bajo el TLC Colombia-México y, posteriormente, presenta una notificación de arbitraje bajo el Acuerdo de la Alianza del Pacífico relacionada con los mismos hechos. En el marco del segundo proceso, el Estado puede alegar que el inicio de un procedimiento arbitral en ejercicio del derecho contenido en el artículo 10.16 del Acuerdo de Alianza del Pacífico, el cual le permite al inversionista someter una controversia a arbitraje, supone una activación de la cláusula de elección de foro prevista en el párrafo 5 del artículo 17-17 del TLC Colombia-

México. En este sentido, el ejercicio del derecho contenido en el artículo 10.16 del Acuerdo de Alianza del Pacífico debería ser considerado un abuso del derecho de someter una controversia a arbitraje y, por ende, el tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones.

b). Estoppel

El principio de *estoppel* es una manifestación del principio de buena fe, propio del derecho anglosajón, que ha sido reconocido en el derecho internacional como un principio general de derecho y como principio de derecho internacional consuetudinario⁶². En materia de arbitraje de inversión la relevancia y aplicación de este principio ha sido reconocida en repetidas ocasiones⁶³. En virtud de este principio, una parte no puede actuar de manera inconsistente con declaraciones o conductas previas en las que otra parte haya confiado, porque ello supondría un detrimento para esta otra parte⁶⁴.

Los elementos esenciales del principio de *estoppel* son tres: (i) existencia de una declaración clara e inequívoca, (ii) que la declaración sea voluntaria, incondicionada y autorizada, y (iii) que una parte confíe en esta declaración de buena fe, en el sentido que tal confianza se traduce en un detrimento para esta parte o en un beneficio para aquella que realiza la declaración en caso que no se cumpla con la declaración⁶⁵. La Corte Internacional de

58 Cheng, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 121.

59 Shany, Y. *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 257.

60 Informe del Órgano de Apelación, EU-Camarones, párr. 158. Véase también Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Gasolina, párr. 22.

61 Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, p. 122.

62 Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 643-644.

63 *Amco Asia Corp. v. República de Indonesia*, Laudo sobre Jurisdicción (1983) 23 I.L.M. 351 pág. 381; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 106-111 (Junio 26, 2000).

64 *Canfor Corporation v. United States of America*, *Tembec Inc. et. al. c. United States of America y Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Orden de Consolidación del Tribunal 168 (Septiembre 7, 2005).

65 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Camerún c. Nigeria) (Merits)* [1998] CIJ [303]

Justicia ha confirmado que la declaración puede ser expresa o tácita⁶⁶ y una conducta también puede hacer las veces de una declaración⁶⁷.

El ejemplo del inversionista mexicano que inicia procedimientos paralelos bajo el TLC Colombia-México y el Acuerdo de la Alianza del Pacífico permite explicar la forma como el Estado colombiano podría invocar el principio de *estoppel*. El Estado colombiano podría alegar ante el tribunal de la Alianza del Pacífico que la presentación de una notificación de arbitraje bajo el TLC Colombia-México es una conducta que evidencia una declaración expresa, inequívoca, voluntaria, autorizada y clara en el sentido que el inversionista no someterá la misma controversia a un tribunal arbitral bajo el Acuerdo de la Alianza del Pacífico, toda vez que con la presentación de la notificación el inversionista sabía que se activaban tanto la cláusula de elección de foro del TLC México-Colombia⁶⁸, como la cláusula de elección de foro del Acuerdo de la Alianza del Pacífico⁶⁹. Estas cláusulas limitaban el derecho del inversionista de someter la misma disputa al mecanismo de solución de controversias inversionistas-Estado del Acuerdo de la Alianza del Pacífico.

Adicionalmente, el Estado colombiano puede alegar que, en virtud del principio de *pacta sunt*

servanda, ha confiado de buena fe en que el inversionista observaría las limitaciones impuestas en las cláusulas de elección de foro y, por ende, la presentación de procedimientos paralelos supone un detrimento patrimonial para el Estado en la forma de costos de defensa de múltiples casos y una eventual condena patrimonial con cargo al erario. Así, en este caso se verifican todas las condiciones para que aplique el *estoppel*.

Por estas razones, el tribunal arbitral no puede permitir que el inversionista actúe en contravía de su anterior declaración porque el Estado colombiano confió en ella de buena fe. Así, el tribunal no tiene más alternativa que determinar que no tiene jurisdicción para conocer las pretensiones del inversionista.

Los planteamientos anteriores demuestran que los principios del derecho internacional público abordados en esta sección son herramientas útiles para prevenir procedimientos paralelos relacionados con los mismos hechos bajo los distintos All celebrados por Colombia.

Conclusiones

En su estrategia de internacionalización, el Estado colombiano ha celebrado un número considerable de All. En virtud de estos acuerdos, los inversionistas tienen acceso a tribunales arbitrales internacionales para alegar un eventual incumplimiento de los estándares de protección previstos en estos acuerdos. En este contexto, existe un riesgo de inicio de procedimientos paralelos cuando las inversiones están cubiertas por más de un All.

En esta nueva realidad internacional, el Estado colombiano se enfrenta a procedimientos paralelos de inversión bajo distinto All que pueden resultar en decisiones contradictorias. Este artículo ha identificado los mecanismos adoptados por el Estado colombiano para prevenir procedimientos paralelos y analizado los requisitos que se deben

<http://www.icj-cij.org> el 12 de mayo de 2010; Land, Island and Maritime Frontier Dispute (Salvador c. Honduras) (Merits) [1990] CIJ [118] <http://www.icj-cij.org> el 1 de junio de 2010. Informe del Grupo Especial, Argentina-Derechos antidumping sobre los pollos de Brasil, párr. 13.

66 Temple of Preah Vihear (Cambodia c. Tailandia) (Merits) [1962] CIJ [143-144] <http://www.icj-cij.org> el 1 de junio de 2010; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos) (Merits) [1984] CIJ [413] <http://www.icj-cij.org> el 1 de junio de 2010.

67 North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania c. Dinamarca/República Federal de Alemania c. Holanda) (Merits) [1969] CIJ [26] <http://www.icj-cij.org> el 1 de junio de 2010.

68 TLC México-Colombia, art. 17-17.5.

69 Acuerdo de la Alianza del Pacífico, art. 10.18.4.



satisfacer para su aplicación en un caso concreto. Por una parte, la aplicación de las cláusulas de elección de foro está sujeta a la verificación que las acciones ante los dos foros se refieran a la misma materia, lo cual debe ser analizado caso por caso y no necesariamente cubija una situación en donde los hechos que dan origen a la controversia sean los mismos. Por otra parte, si bien las cláusulas de renuncia son más fáciles de aplicar para prevenir procedimientos paralelos, éstas no están presentes en todos los All celebrados por Colombia.

Por estas razones, este artículo ha identificado los principios de abuso del derecho y *estoppel* como principios del derecho internacional público que son relevantes para prevenir procedimientos arbitrales bajo distintos All relacionados con los mismos hechos. Si bien estos principios no tienen una aplicación universal, y la viabilidad de su aplicación debe ser determinada en cada caso, son alternativas que vale la pena explorar. Este artículo es una contribución en este sentido.



02

Conceptos

Concepto

Título:

Declaraciones Interpretativas Conjuntas

Fecha

4 de agosto de 2015

Problema Jurídico:

¿Cuál es el alcance de las declaraciones interpretativas conjuntas que versan sobre el contenido de las obligaciones que se derivan de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), APRI y Capítulos de Inversión en los TLC?

Regla:

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Concepto:

Concepto acerca del alcance de unas declaraciones que versan sobre el contenido de las obligaciones que se derivan de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), APRI y Capítulos de Inversión en los TLC.

1. ¿Quién tiene la competencia para firmar este tipo de declaraciones?

Las declaraciones interpretativas conjuntas se entienden como un acuerdo subsecuente para la interpretación de un tratado en los términos del artículo 31.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En este sentido, deberán ser suscritas por una persona o funcionario, que se considera representa al Estado¹, máxime si resulta ser el mismo funcionario que tenga plenos poderes para la firma original del instrumento internacional. Como la declaración tiende a surtir efectos en relación con un tratado, parece legítimo y lógico limitar esa posibilidad a las únicas autoridades que tienen competencia para obligar al Estado². Por lo tanto, es preferible que

dichas declaraciones sean firmadas por personas que tengan representación oficial del Estado, en este caso la Ministra o la Viceministra de Comercio Exterior en cumplimiento de sus funciones.

2. ¿Es necesario contar con autorización de Cancillería?

En opinión de ésta Oficina, no sería necesaria la autorización de la Cancillería para suscribir las declaraciones interpretativas conjuntas o un poder. Por lo tanto, no se requiere la solicitud de plenos poderes para que la Ministra o la Viceministra de Comercio Exterior suscriban dicho instrumento, en el entendido que los plenos poderes se requieren en la "negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado"³. Este como tal no es un tratado sino un entendimiento o acuerdo sobre la forma en que se interpreta un tratado, y este entendimiento se alcanza por la autoridad que representa al Estado en estas materias como es el caso del Ministro o Ministra de Comercio, Industria y Turismo. Esto es algo parecido a lo que sucede en el marco de las comisiones administradoras de los tratados

1 Texto de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63º periodo de sesiones (2011) El literal 2.4.2 (Representación a efectos de la formulación de declaraciones interpretativas).

2 Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados.

3 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 1969. 2.Términos empleados.



comerciales donde comparece la autoridad del estado competente en cada tema, quien se encarga de suscribir las actas o instrumentos resultantes de dichas comisiones.

3. De ser afirmativo lo anterior, ¿qué trámite se debe adelantar con Cancillería?

Como se mencionó anteriormente, no se requiere realizar ningún trámite ante la Cancillería, no obstante, sugerimos, si les parece conveniente, adelantar una reunión con la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de esclarecer cualquier duda en la suscripción de las declaraciones interpretativas conjuntas.

Conclusión

En conclusión, quisiéramos reiterar que las declaraciones interpretativas conjuntas, deberán interpretarse conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena 1969 (Regla general de interpretación), es decir, de buena fe, conforme al sentido corriente que se atribuyan a sus términos y con miras a “inferir de ellos la intención de su autor, a la luz del tratado a

que se refiere”⁴. Adicionalmente, el nombre o la redacción de la declaración son un indicativo del efecto legal deseado⁵.

Así mismo, las declaraciones interpretativas en principio se limitan a precisar el sentido y alcance, no revisar las disposiciones del tratado⁶. Cabe destacar que las declaraciones interpretativas no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado, sino aclarar el alcance de un término o significado de ciertas disposiciones o de todo el tratado, por lo tanto, en principio no generan compromisos adicionales a las Partes signatarias.

Por último queremos llamar la atención frente a la eventual redacción del instrumento que se vaya a utilizar, el cual agradecemos siga los lineamientos ante planteados y reiteramos nuestra disponibilidad para colaborar en su revisión.

4 Guía de la práctica sobre las Reservas a los Tratados 1.3.1 Método de determinación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas.

5 Guía jurídica de instrumentos internacional y acuerdos interadministrativos, Ministerio de Relaciones Exteriores y Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales.

6 Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados.

Concepto

Título:	Adhesión Convención de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado
Fecha	19 de junio de 2015
Problema Jurídico:	¿Es aconsejable la adhesión de Colombia a la "Convención de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado"?
Regla:	Convención de Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado; Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.
Concepto:	

La Convención es un tratado internacional al que se pueden vincular los miembros de la ONU, el cual incorpora por disposición expresa la aplicación del "Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado" (en adelante el Reglamento). De esta forma, la Convención en virtud de su artículo 2 convierte en obligatorio el Reglamento, documento que en principio es de naturaleza contractual.

La aplicación del Reglamento por parte de la Convención se da en dos circunstancias:

1. Aplicación bilateral o multilateral: Cuando los Estados de las Partes no formularon reservas respecto a la aplicación del Reglamento.
2. Oferta unilateral de aplicación: Cuando el demandado formuló reservas a la aplicación del Reglamento, el Estado del inversionista sí, pero el inversionista acepta la su aplicación.

En el escenario que Colombia se vinculara a la Convención y eventualmente se le aplicara el Reglamento pueden, existir entre otras, las siguientes situaciones inconvenientes respecto a controversias inversionista Estado:

- a. Protección diplomática disfrazada por parte no contendiente. Pueden presentar escritos de interpretación del Acuerdo o cuestiones que sean objeto del litigio.
- b. Abuso de transparencia. El inversionista puede utilizar los medios de comunicación para presionar al Estado para que no pueda defenderse adecuadamente y generar la revelación de su estrategia de defensa.
- c. Se podrían presentar escritos de terceros en apoyo al inversionista, que alargarían el arbitraje sacrificando su eficiencia y reduciendo la posibilidad para las partes de llegar a un acuerdo satisfactorio.

En ninguno de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) hay disposiciones sobre transparencia porque el Estado colombiano ha sido cauteloso al respecto.

Conclusiones:

Por las razones mencionadas, no se aconseja suscribir la Convención por cuanto habría que formular sendas reservas a la aplicación del Reglamento.

Concepto

Título:	Entidad competente para interpretar acuerdos comerciales ratificados por Colombia
Fecha	
Problema Jurídico:	7 de octubre 2015
	Se solicita informar cuál es la entidad dentro del Estado colombiano, responsable de la interpretar los Acuerdos Comerciales ratificados y vigentes por Colombia.
	Decreto 210 de 2003 Artículo 10, funciones de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales.
Regla:	

Concepto:

En atención a la solicitud sobre cuál es la entidad pública competente y responsable para interpretar acuerdos comerciales ratificados por Colombia, se presentan las siguientes apreciaciones:

De acuerdo al Decreto 210 de 2003 Artículo 10, el cual señala las funciones de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, en adelante OALI, el numeral 2° establece lo siguiente:

"2. Coordinar con la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, la elaboración de proyectos e interpretación de los tratados internacionales relacionados con el comercio internacional, la industria y el turismo." (Subrayado fuera de texto).

Conclusión:

Por lo anterior, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales –OALI– en coordinación con la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores son los entes competentes para llevar a cabo la interpretación de los Acuerdo Comerciales suscritos por Colombia en relación con el comercio, la industria y el turismo.



Concepto

Título:

Procedimiento de Contratación Pública en Colombia en virtud de Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

Fecha

6 de mayo de 2015

Problema Jurídico:

En virtud del Título VI sobre Contratación Pública del Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros por otra y legislación nacional, ¿Cómo se estipula que la entidad estatal deba conceder trato nacional a los oferentes, bienes y servicios provenientes de la Unión Europea cuando se cumplen los requisitos de origen?

Regla:

- Convención de Viena- "Observancia, aplicación e interpretación de los tratados". Artículo 26
- Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, Título VI Contratación Pública. Artículo 175
- Ley 816 de 2003, Artículo 1° Parágrafo y Artículo 2°
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 2680 julio 17 de 2009

Concepto:

De conformidad con su solicitud de información dirigida a la Directora General de la Agencia Colombia Compra Eficiente del 6 de marzo de 2015, en la que consulta sobre la consularización o apostillaje de documentos privados. De acuerdo con lo anterior, sea lo primero indicar:

Descripción del asunto

Se presenta un oferente a un procedimiento de contratación pública en Colombia, en el que es aplicable el Acuerdo Comercial vigente con la Unión Europea- UE en adelante. El oferente es de la UE pero suministra información relativa a que los bienes que está ofreciendo son originarios de China, sin embargo aclara que en Francia existe una representación legal de la marca de los

bienes ofrecidos, reiterando que tales bienes son de fabricación china. La entidad que adelanta el procedimiento de contratación desea conocer con base en este ejemplo:

1. ¿A quién se le otorga el porcentaje de aplicabilidad determinado en la Ley 816 de 2003? ¿A China o a la Unión Europea?
2. ¿Cuál es el origen de los bienes?
3. ¿Cómo se determina el origen?

Análisis del asunto

Sea lo primero indicar que las disposiciones de los acuerdos comerciales deben entenderse

“de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Una de las más importantes de esas “normas usuales” tal vez sea el concepto de “buena fe”, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita por nuestro país y que dispone: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.* El cumplimiento de buena fe de las cláusulas de todos los tratados, particularmente y según éste caso las contenidas en los capítulos de contratación pública, es obligación de todas las entidades estatales en Colombia que adelanten procedimientos de contratación pública.

En el sentido del artículo Supra el parágrafo del Artículo 1° de la Ley 816 de 2003, dispone:

1. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales

a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.”

Colombia negoció un acuerdo comercial con los países de la Unión Europea. Dentro del referido acuerdo se negoció la disciplina de Contratación Pública. En el capítulo del acuerdo que regula esa materia se acordó como principio general el de Trato Nacional. El acuerdo se encuentra en aplicación y, en este sentido, a los bienes y a los servicios originarios de la UE objeto de un procedimiento de contratación pública, se les debe conceder el tratamiento de nacionales, al que hace alusión la Ley 816 de 2003.

Igualmente, el literal a) del Artículo 150 del Decreto 1510 de 2013 estipula que la entidad estatal debe conceder trato nacional a los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga acuerdos comerciales, en los términos establecidos en tales acuerdos



comerciales. Según la solicitud, nos encontramos dentro del marco previsto en éste Artículo, es decir, frente a un caso en que se aplica el Acuerdo Comercial con la UE.

En este sentido, el Título VI del Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, dispone en el Artículo 175 Principios Generales:

1. *Con respecto a cualquier medida cubierta por la contratación pública:*
 - a) *La parte UE, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de los Países Andinos signatarios, y a los proveedores de los Países Andinos signatarios que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.*
 - b) *Cada país Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la parte UE, y a los proveedores de la parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.*

De los textos citados se infiere que la concesión del Trato Nacional pactada en este Acuerdo se debe otorgar de forma inmediata e incondicional a las mercancías, servicios y proveedores de los Estados Miembros de la Unión Europea, por parte de los Países Andinos signatarios y viceversa (UE-Colombia y Perú).

Ahora bien, con el fin de absolver las preguntas formuladas por el solicitante, a continuación las listamos así:

1. ¿A quién se le otorga el porcentaje de aplicabilidad determinado en la Ley 816 de 2003? ¿A China o a la Unión Europea?

De acuerdo con el ejemplo ilustrado en la solicitud, el trato nacional y sus correspondientes beneficios estipulados en el Artículo 2° de la Ley 816 de 2003, relativo a un puntaje entre el 10% y 20% para estimular la industria nacional, debe concederse según las disposiciones citadas y los términos de referencia del respectivo procedimiento, a los proveedores, a los bienes y a los servicios originarios de la UE a quienes les corresponde recibir el mismo tratamiento que se otorgue a nuestros nacionales. Este porcentaje no es aplicable a los productos de China por cuanto no existe Acuerdo Comercial con ese país, en este momento.

Es preciso tener en cuenta que las disposiciones Supra sobre trato nacional deben entenderse en armonía con la obligación del mismo Artículo 175 numeral 6 del Acuerdo con la UE relativa a las Reglas de Origen:

“6. Para los efectos de la contratación pública cubierta, ninguna Parte aplicará a las mercancías o servicios importados de o suministrados por otra Parte reglas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en ese mismo momento en el curso de transacciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de las mismas mercancías y servicios procedentes de la misma Parte”¹.

En efecto, la disposición citada aclara que las normas de origen aplicables en los procedimientos de contratación pública entre Colombia y la UE, son las reglas de origen no preferenciales, es decir, las reglas que se aplican al comercio normal, por lo tanto, las obligaciones en materia de contratación pública, en lo referente a las normas de origen, se cumplen al margen de las disciplinas de acceso preferencial al mercado de la otra Parte,

¹ “Para efectos de revisar esta información, consulte el numeral 6 del artículo 175 del Título VI del Capítulo de Contratación Pública del TLC con la UE en el siguiente link: <http://www.tlc.gov.co/descargar.php?id=64795>



previstas en los acuerdos comerciales, es decir, en un procedimiento de contratación pública en Colombia en el que deba determinarse el origen del bien o servicio, no se tendrá en cuenta las reglas que se acuerdan en el capítulo de origen o de servicios del Acuerdo, respectivamente.

Según lo anterior, en los procedimientos de contratación pública, es necesario determinar el origen de las mercancías que se va a adquirir, para evitar una triangulación a través de la cual se otorguen ventajas que no corresponde que se apliquen a las mercancías provenientes de países distintos al socio respectivo, como podría ocurrir en este caso.

En este sentido, dentro de un procedimiento de contratación pública en Colombia se debe garantizar que las mercancías ofrecidas por la Parte UE sean originarias de la UE para que puedan acceder a las ventajas correspondientes en Colombia. Esta claridad por cuanto es frecuente que los productos elaborados en un país incluyan insumos provenientes de otros países. Su importancia se explica también porque las prácticas de los gobiernos en materia de normas y criterios para determinar el origen, pueden variar considerablemente de nuestras prácticas y legislación.

Para efectos de ilustrar lo que se entiende por bienes nacionales de Colombia, nos guiamos por lo estipulado en el Artículo 1° del Decreto 2680 de julio 17 de 2009, que aclara lo que se considera bienes nacionales:

"ARTÍCULO 1°. BIENES NACIONALES PARA EFECTOS DEL REGISTRO DE PRODUCTORES DE BIENES NACIONALES. Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto" 2.

Para más claridad, los bienes totalmente obtenidos son los productos de los reinos mineral, vegetal y animal obtenidos mediante actividades como la caza y pesca, extraídos, recolectados, cosechados, nacidos y criados en territorio nacional que no sean provenientes ni elaborados totalmente en terceros país o países no miembros de un acuerdo y que exista una contribución en la elaboración del bien en países del acuerdo.

Así mismo, los bienes elaborados con materiales nacionales son aquellos productos que son

2 ... "Para efectos de revisar la información de qué Se entiende como bienes nacionales, consulte el artículo 1° del Decreto 2680 de 2009 en el siguiente link: <http://www.mincit.gov.co/descargar.php?id=23965>

elaborados enteramente en el territorio nacional a partir exclusivamente de materiales nacionales.

También se entienden como bienes nacionales los bienes que sufran una transformación sustancial, es decir aquellos productos que no siendo totalmente obtenidos ni elaborados con materiales nacionales, han sufrido una transformación sustancial cuando cumplen alguno de los siguientes factores: 1°) bienes cuyo valor agregado nacional sea igual o superior al 40%, y 2°) cuando sufren un proceso productivo sustancial.

Así, los productos que se ofrezcan en el marco de un procedimiento de contratación pública en Colombia provenientes de UE deberán cumplir con el origen de la UE, para poder gozar de los beneficios otorgados a los productos nacionales. Así mismo, en los casos en que no logre cumplirse con esta demostración, no se deberán otorgar los beneficios que se otorguen al producto nacional colombiano.

En armonía con lo anterior, debe quedar claro que en este momento no existe acuerdo comercial con China y que el hecho de que se tenga una filial en Francia de la cual, al parecer, provienen los bienes, no significa que los bienes o productos tengan el origen de la UE. Como quiera que en la solicitud se aclara que los bienes ofrecidos por el interesado son fabricados en China, a tales productos no les es aplicable los porcentajes de que trata el artículo 2° de la Ley 816 de 2003, como quiera que se están ofertando por un proveedor de un país con el que existe acuerdo comercial vigente.

Con relación a la pregunta 2. ¿Quién es el originario de los bienes?

Entendemos que el sentido de la pregunta es el referido al de qué país son originarios los bienes?, y cómo quiera que para analizar esta pregunta se requieren mayores insumos, no es posible que proporcionemos respuesta a la misma en razón a que deberíamos conocer detalles de los bienes y del proceso productivo para, al menos, establecer si en

este caso los bienes elaborados en China fueron objeto de un grado de transformación sustancial en la UE, para que fueran considerados como originarios de la UE. Tampoco podemos inferir, de la afirmación plasmada en la solicitud, que los bienes ofertados, al ser fabricados en China no sean originarios de la UE.

Frente a la pregunta 3. ¿Cómo se determina el origen?

El origen de los bienes y servicios se usa, entre otras razones, acceder a las ventajas que otorgan la condicional de nacional del bien o servicio, en el caso de las compras del Estado. Así mismo, el origen se determina con base en las normas y criterios de origen establecidos en la legislación interna de cada país.

Con la determinación del origen se busca eliminar la triangulación comercial en el contexto de las operaciones de comercio, garantizando la nacionalidad u origen de las mercancías y estimulando la integración productiva entre los socios miembros de un acuerdo comercial, entre otros aspectos.

En Colombia la determinación del origen de un bien nacional se hace a través de las reglas de origen, cumpliendo un procedimiento de inscripción en el registro de productores nacionales y tal condición se demuestra con el certificado de producción nacional, que expide este Ministerio. Sin embargo, la forma de determinación de un bien originario de la UE, obedece a lo que la legislación interna de la UE establezca en esta materia. En Colombia, en el caso que nos ocupa, lo que debemos verificar dentro del procedimiento de contratación pública respectivo, es que el bien sea de origen de la UE, independientemente de la forma como se determine ese origen.

Ahora bien, el requisito o soporte con el cual se demuestre el origen nacional de un bien, dentro de una compra pública pueden estipularlo las

entidades contratantes en los términos de referencia, bien sea a través del documento correspondiente que acredite dicha condición en la UE, o a través del soporte que la Entidad estime que es aceptable para demostrar el origen, como por ejemplo a través de una auto certificación o también podría ser una declaración bajo la gravedad del juramento emitida por el representante legal de la empresa que produce los bienes.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que en este caso, que aunque las mercancías ofrecidas como de la UE no cumplan la condición de originarias de la UE, no implica que el no cumplimiento del origen de la UE las haga descartables. Por el contrario, estas mercancías podrán adquirirse normalmente, sólo que no accederán a ningún beneficio relacionado con los puntajes previstos en la Ley 816 de 2003 y el tratamiento que recibirán tales mercancías será similar a los productos provenientes de cualquier otro país con el que no exista Acuerdo Comercial.

La condición de que el producto sea originario, es imprescindible para acceder al beneficio, en este caso, del trato nacional en Colombia y por ende al merecimiento de la puntuación establecida para los nacionales que cumplan este requisito.

Conclusión:

A las mercancías importadas de la UE, se les aplicará el régimen de origen en curso para transacciones comerciales normales, lo que en este caso se traduce en que el oferente debe demostrar dentro del procedimiento de contratación pública, que las mercancías son originarias de la UE, para que accedan al otorgamiento de trato nacional y consecuentemente a los beneficios que puedan derivarse de esa calidad, según lo previsto en la Ley 816 de 2003.

La presente respuesta se otorga con el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Concepto

Título: Trato Nacional en materia de compras públicas en Colombia

Fecha: 27 de mayo de 2015

Problema Jurídico: 1. ¿Se aplican los tratados como el TLC para reconocer trato nacional a todos los productos de determinado origen, ó los tratados establecen grupos y tipos de productos para los cuales aplica el trato nacional y para cuales no?

2. Con relación al origen de los productos, se puede importar un producto a Colombia desde Estados Unidos por ejemplo, pero el producto ser manufacturado en la China. Cómo no se solicita certificado de origen, realmente una entidad puede estar otorgando trato nacional por reciprocidad con Estados Unidos a un producto Chino. Entonces, cómo se certifica en origen de los productos para efectos de las compras estatales?

Regla: 1. Convención de Viena- "Observancia, aplicación e interpretación de los tratados". Artículo 26;

2. Ley 816 de 2003, Artículo 1° Parágrafo;

3. Decreto 1510 de 2013;

4. Decreto 2680 julio 17 de 2009

Concepto:

Sea lo primero indicar que las disposiciones de los acuerdos comerciales deben entenderse "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Una de las más importantes de esas "normas usuales" tal vez sea el concepto de "buena fe", establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita por nuestro país y que dispone: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". El cumplimiento de buena fe de las cláusulas de todos los tratados, particularmente y según éste caso las contenidas en los capítulos de contratación pública, es obligación de todas las entidades estatales en Colombia que adelanten procedimientos de contratación pública.

En el sentido del artículo Supra el parágrafo el Artículo 1° de la Ley 816 de 2003, dispone:

1. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento"

En los capítulos de Contratación Pública de los acuerdos suscritos por Colombia, generalmente se pactan unos principios generales y, dentro de ellos, el Principio de Trato Nacional. Una vez en aplicación el acuerdo correspondiente, todas las entidades colombianas incluidas en ese capítulo deben reconocer a los proveedores de la otra parte un tratamiento acorde con el referido principio.

1. Aplican los tratados como el TLC para reconocer trato nacional a todos los productos de determinado origen, ó los tratados establecen grupos y tipos de productos para los cuales aplica el trato nacional y para cuales no?

Para dar respuesta a la pregunta sobre si aplican los tratados, como el TLC, para reconocer trato nacional a todos los productos de determinado origen, o si se establecen grupos y tipos de productos para los cuales aplica el trato nacional, debemos indicarle que el literal a) del Artículo 150 del Decreto 1510 de 2013, estipula que la entidad estatal debe conceder trato nacional a todos los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga acuerdos, en los términos de cobertura y alcance establecidos en los mismos.

Dicho trato debe extenderse a todos los productos, que acrediten el origen de la otra Parte, con las excepciones que se establecen en el respectivo acuerdo, con cada socio comercial.

En este sentido, antes de iniciar un procedimiento de contratación cubierto por un acuerdo, las entidades contratantes deben verificar varios aspectos, en el orden indicado a continuación: (i) cuáles son los acuerdos aplicables al procedimiento, (ii) si son entidades cubiertas por esos acuerdos, (iii) si el monto de la compra está dentro de la cobertura de tales acuerdos, (iv) si el objeto de la compra

son bienes cubiertos por el acuerdo, y (v) si es aplicable alguna de las excepciones contenidas en el capítulo de contratación de los socios comerciales que pueden aplicar en el procedimiento de compra. Efectuado el análisis anterior, y una vez determinado que en la compra que va a efectuar aplican uno o varios acuerdos comerciales, debe indicar en los términos de referencia la forma como se demostrará el origen de tales bienes.

De acuerdo con lo anterior, el trato nacional previsto en los acuerdos vigentes debe otorgarse de forma inmediata e incondicional a las mercancías, servicios y proveedores de los países con los que se hayan suscrito dichos acuerdos, previa demostración del origen del bien o servicio.

En segundo lugar, con relación al origen de los productos, y para absolver la pregunta relativa a la determinación del origen de los productos, debemos precisar que las normas de origen aplicables en estos casos son las reglas de origen no preferenciales, es decir, las reglas que se aplican al comercio normal de las mercancías.

2. Con relación al origen de los productos, Yo puedo importar un producto a Colombia desde Estados Unidos por ejemplo, pero el producto ser manufacturado en la China. Cómo no se solicita certificado de origen, realmente una entidad puede estar otorgando trato nacional por reciprocidad con Estados Unidos a un producto Chino. Entonces, como se certifica en origen de los productos para efectos de las compras estatales?

Frente a la pregunta sobre cómo se acredita si un producto es nacional para las compras efectuadas por entidades estatales colombianas la forma de determinación de un bien originario de un país socio comercial, obedece a lo que la legislación interna de ese socio comercial establezca en esta materia.



Ahora bien, el requisito o soporte con el cual se demuestre el origen nacional de un bien, dentro de una compra pública pueden estipularlo las entidades contratantes en los términos de referencia, bien sea a través del documento correspondiente que acredite dicha condición en el país de donde provienen los bienes, o a través del soporte que la Entidad estime que es aceptable para demostrar el origen, como por ejemplo a través de una Auto certificación o también podría ser una declaración bajo la gravedad del juramento, emitida por el representante legal de la empresa que produce los bienes.

Para ilustrar, en Colombia la determinación del origen de un bien nacional se hace a través de las reglas de origen, cumpliendo un procedimiento de inscripción en el registro de productores nacionales y tal condición se demuestra con el certificado de producción nacional, que expide este Ministerio. En efecto, el Artículo 1° del Decreto 2680 de julio 17 de 2009, aclara lo que se considera bienes nacionales:

"ARTÍCULO 1º. BIENES NACIONALES PARA EFECTOS DEL REGISTRO DE PRODUCTORES DE BIENES NACIONALES. Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto" ¹.

Para más claridad, los bienes totalmente obtenidos son los productos de los reinos mineral, vegetal y animal obtenidos mediante actividades como la caza y pesca, extraídos, recolectados, cosechados, nacidos y criados en territorio nacional que no sean provenientes ni elaborados totalmente en terceros

país o países no miembros de un acuerdo y que exista una contribución en la elaboración del bien en países del acuerdo.

Así mismo, los bienes elaborados con materiales nacionales son aquellos productos que son elaborados enteramente en el territorio nacional a partir exclusivamente de materiales nacionales.

También se entienden como bienes nacionales los bienes que sufran una transformación sustancial, es decir aquellos productos que no siendo totalmente obtenidos ni elaborados con materiales nacionales, han sufrido una transformación sustancial cuando cumplen alguno de los siguientes factores: 1°) bienes cuyo valor agregado nacional sea igual o superior al 40%, y 2°) cuando sufren un proceso productivo sustancial.



¹ ... "Para efectos de revisar la información de qué Se entiende como bienes nacionales, consulte el artículo 1° del Decreto 2680 de 2009 en el siguiente link: <http://www.mincit.gov.co/descargar.php?id=23965>

Concepto

- Título:** Interpretación de los textos de las normas de origen en los acuerdos comerciales
3 de noviembre de 2015
- Fecha:** ¿Qué entidad es competente para realizar interpretación de los textos de las
- Problema Jurídico:** normas de origen de los Acuerdos Comerciales Internacionales?
Artículo 10 del Decreto 210 de 2003.

Regla:

Concepto:

Concepto sobre la interpretación de los textos de las normas de origen de los Acuerdos Comerciales Internacionales, exclusivamente cuando sean requeridos por la Coordinación del Servicio de Origen o la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, al respecto esta Oficina manifiesta lo siguiente:

El artículo 10 del Decreto 210 de 2003 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se dictan otras disposiciones”, establece las funciones de esta Oficina de la manera siguiente:

W “[...] 2. Coordinar con la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, la elaboración de proyectos e interpretación de los tratados internacionales relacionados con el comercio internacional, la industria y el turismo.

3. Conceptuar en coordinación con otros organismos competentes, sobre la vigencia e incorporación al derecho interno, de los compromisos asumidos dentro de los procesos de integración económica en los que Colombia sea parte y sobre la incidencia de dichos compromisos en las operaciones de comercio exterior y en los temas del desarrollo industrial y turístico. (...)” (Subrayado fuera de texto). //

El aparte de la disposición transcrita, enuncia la obligación en cabeza de esta dependencia, para

absolver inquietudes, incluso en coordinación con otros organismos, sobre la vigencia e incorporación al derecho interno, de los compromisos asumidos por Colombia en los procesos de Integración económica, dentro de los cuales se encuentran los Acuerdos Comerciales Internacionales tanto regionales como bilaterales. Los Acuerdos pueden contener normas en materia de acceso, medidas de defensa comercial, normas de origen, etc.

Lo anterior significa que las inquietudes que se formulen sobre las materias incorporadas en los referidos Acuerdos, deben ser absueltas por esta Oficina, sin importar de donde provengan o quien las formule, ya sea una persona natural o jurídica, incluida su naturaleza de pública o privada.

Sobre el particular es preciso recordar que toda persona o autoridad tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución. Esto en virtud del Artículo 23 de la Constitución Nacional, el cual regula el derecho de petición y cuyo desarrollo está contenido en la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” y la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

Ahora bien, entendemos que su Oficina adelanta un gran número de procedimientos en la verificación de origen; sin embargo, la OALI, en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales no puede abstenerse de dar oportuna respuesta a las consultas presentadas por autoridades públicas, o personas naturales o jurídicas que soliciten concepto sobre asuntos de su competencia.

En consecuencia, le sugerimos respetuosamente coordinar al interior de la DIAN las solicitudes que se envíen a esta Oficina. Esto en atención a la necesidad de evitar los perjuicios a los que alude en su comunicación relativos a los procedimientos que se lleven a cabo por la Coordinación del Servicio de Origen o la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera.

En los anteriores términos damos respuesta a su requerimiento, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Conclusión

En virtud del artículo 10 del Decreto 210 de 2003, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales es competente para la elaboración de proyectos e interpretación de los tratados internacionales relacionados con el comercio internacional, la industria y el turismo, de conformidad con las peticiones o derechos de petición provenientes de personas naturales, jurídicas u otras entidades estatales.



Concepto

Título: Facturación por tercer país

Fecha: 9 de enero de 2015

Problema Jurídico: ¿Cuál es la información con la que deben diligenciarse los certificados de origen de las mercancías cuando, en el marco de un acuerdo comercial, la factura la emite un operador de un tercer país distinto al del Acuerdo?

Regla: Norma analizada, enunciarla

Concepto:

Dando alcance a su solicitud con el fin de poder contar con un concepto final de la OALI, sobre la factura que debe aparecer consignada en el certificado de origen y el valor de la mercancía, cuando la factura la emite un operador de un tercer país distinto al del Acuerdo, a continuación le presentamos la siguiente opinión :

De la lectura de algunos Acuerdos que contemplan la situación en la cual una mercancía que cumpla con las disposiciones en materia de origen de ese Acuerdo, pueda mantener su carácter de originaria, aun cuando sean facturadas por operadores comerciales de un País no parte, se observó que en todos, al productor o exportador del País de origen que diligencia el respectivo certificado, debe indicar en el área del formulario relativa a "observaciones" que la mercancía objeto de declaración, será facturada desde un tercer país, identificando el nombre, denominación o razón social y domicilio del tercer operador, quien en definitiva es el que factura la operación en destino.

Ahora bien, luego de realizar un estudio juicioso sobre una muestra representativa de los Acuerdos, en nuestro criterio lo importante para efectos de origen, respecto a los certificados de origen, es quien elabora o diligencia el documento de origen y no lo es valor de la mercancía, (a menos que el criterio para determinar el origen sea el del "valor de contenido regional"). Igualmente, encontramos que, desde el punto de vista jurídico, no es posible

concluir cuál de las dos facturas debe aparecer allí o cual el valor. Al parecer puede ser la una o la otra o todas las facturas.

Las razones que pueden conducir a pensar que la información sobre la factura que debe aparecer en el certificado de origen sea la del tercer operador y no la del productor o exportador son tan válidas como las razones para creer que la factura que debe aparecer en el certificado de origen es la del productor y/o exportador, sujeto responsable de diligenciar y firmar el certificado de origen o el que solicita su emisión, en caso de ser expedido por una entidad certificadora.

Por otra parte, no se puede perder de vista que las razones que originan la consulta sobre cuál de las dos facturas es la que debe aparecer en el certificado de origen (situaciones expuestas por el peticionario) obedecen a razones distintas al objeto y fin que cumple el certificado de origen dentro de la operación de comercio exterior. El certificado de origen es el documento soporte que un importador debe presentar para que pueda solicitar el trato arancelario preferencial y debe ser completado, fechado y firmado por el productor o exportador de una mercancía en el territorio de una de las Partes.

Ahora bien, las preocupaciones que tiene la DIAN, como el particular que solicita a la DIAN la emisión del certificado de origen, consignando la factura

emitida por el tercer operador en el certificado de origen, en nuestro criterio corresponden a situaciones descritas y reguladas en marcos normativos diferentes al regulado por los capítulos de origen de los TLC. Luego no se encuentra razonable relacionar el valor de la mercancía consignado en un certificado de origen con materias ajustables a la legislación en materia cambiaria a medidas antidumping o compensatorios y/o al valor en aduana para efectos de liquidación y pago de tributos aduaneros.

Conclusiones:

Por las razones expuestas se puede concluir que, si en un certificado de origen se encuentra relacionada únicamente la factura del tercer operador y consignado el valor que corresponde a esta factura y en el área del formulario relativo a "observaciones" se consigna que la mercancía objeto de su declaración será facturada desde un tercer País de la manera que se indique en: i) el instructivo de diligenciamiento, ii) en el cuerpo del formulario, iii) en el texto del Capítulo de Origen



del respectivo Acuerdo, ese certificado de origen será válido a la luz del respectivo Acuerdo.

Si, por el contrario, el certificado de origen se encuentra diligenciado con la información que corresponde a la factura emitida por el productor y/o exportador de la mercancía sobre la cual se solicita el tratamiento arancelario preferencial y en el área del formulario relativa a "observaciones" se indica que la mercancía objeto de su declaración será facturada desde un tercer país, identificando el nombre, denominación o razón social y domicilio del tercer operador, quien en definitiva es el que factura la operación en destino, este certificado se considera válido a la luz del respectivo Acuerdo.

Concepto

- Título:** Aplicación supletoria de instrumentos ALADI en materia de Origen en el marco de Acuerdos de Alcance Parcial
- Fecha:** 10 de marzo de 2016
- Problema Jurídico:** ¿Puede la Resolución 252 de la ALADI ser aplicada como complemento al Acuerdo de Alcance Parcial entre Colombia y Panamá No.29?
- Regla:** Resolución 252 de la ALADI; Acuerdo de Alcance Parcial entre Colombia y Panamá No.29, Anexo I;

Concepto:

Se aclara si la Resolución 252 de la ALADI puede ser aplicable como complemento al Acuerdo de Alcance Parcial entre Colombia y Panamá No.29.

Lo anterior, teniendo en cuenta la decisión de la Dirección Seccional de Bogotá (DIAN) que negó la expedición de un certificado de origen por cuanto la factura que se presentó para la emisión del certificado supera el término de 60 días. Al respecto, nos permitimos manifestar lo siguiente:

En el Acuerdo de Alcance Parcial entre Colombia y Panamá la Partes establecieron que la determinación de origen de las mercancías y los correspondientes procedimientos de certificación y verificación se ajustarán a lo dispuesto en el reglamento contenido en el Anexo I del Acuerdo.

Dicho Anexo establece claramente que, para que las mercancías se beneficien del tratamiento preferencial, además de cumplir con el requisito de expedición directa¹ se deberá presentar un certificado de origen acordado por las partes en donde acrediten el cumplimiento de los requisitos de origen de conformidad con lo dispuesto en el.

También señala que el Certificado de origen consta de una declaración expedida por el exportador

de la mercancía y la certificada en todos los casos por una entidad oficial habilitada por cada una de las Partes del Acuerdo. Y también indica que los certificados de origen emitidos tendrán una validez de 180 días contados a partir de la fecha de su expedición.

En el reglamento no se encuentra regulado el término de vigencia de una factura comercial. Sin embargo deberá tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto para determinar si la mercancía objeto de intercambio comercial es una mercancía nueva y cumple con el requisito de despacho directo dispuesta en el artículo 8, para lo cual se tendrá en cuenta, entre otros, la fecha de expedición de la factura.

Ahora bien, el Artículo decimoséptimo de la Resolución 252 del 4 de agosto de 1999 es claro en señalar que lo que la Resolución regula es aplicable con carácter general a los Acuerdos de Alcance Regional que se celebren a partir de la vigencia de esta Resolución, esto es, los Acuerdos celebrados con fecha posterior al 4 de agosto de 1999.

Respecto a los Acuerdos de Alcance Parcial, esta Resolución 252 únicamente se podrá aplicar de manera supletoria en aquellos Acuerdos que no se adopten normas de origen, salvo decisión en

¹ [1] Artículo 8° Capítulo I Anexo I Reglamento sobre Origen de las Mercancías.



contrario de las Partes, es decir, que en el mismo Acuerdo de Alcance Parcial se diga que a pesar de no adoptar normas de origen también las partes indiquen que no quieren que se aplique la Resolución.

Conclusiones

Luego de analizar tanto el Acuerdo de Alcance Parcial entre Colombia y Panamá ACE No. 29 como el concepto ALADI Subse-LC 010, podemos concluir que:

i) Las Partes en el AAP No. 29 adoptaron normas específicas de origen en el Anexo I del Acuerdo;

ii) Las Partes no señalaron expresamente que, en caso de existir un vacío en las disposiciones en materia de origen, se aplicaría de manera supletoria la Resolución 252 de la ALADI.

Por lo anterior coincidimos con el concepto de la ALADI al afirmar que la Resolución 252 sólo aplica a los Acuerdos de alcance regional que se suscriben con posterioridad a esta Resolución y a los Acuerdos de alcance parcial que expresamente así lo indiquen.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo.

Concepto

Título: Certificación de origen expedida por el exportador

Fecha: 28 de agosto de 2015

Problema Jurídico: 1. De conformidad con lo previsto en el Capítulo 21 “Solución de Controversias” del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, ¿Cuál es la dependencia competente para resolver las consultas o controversias suscitadas por una de las Partes con respecto de la interpretación del Acuerdo?

2. ¿Cuál es el procedimiento que se debe surtir para formular consultas para la interpretación del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América en Colombia?

3. ¿Cuál es el procedimiento a seguir en el marco del citado Acuerdo, para desvirtuar la validez de una certificación de origen, a efectos de desconocer el origen estadounidense de mercancías nacionalizadas en Colombia?

4. Si en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, la existencia del citado pronunciamiento de su Despacho sería suficiente por sí mismo para desconocer la certificación de origen estadounidense de las mercancías importadas por el investigado, expedida por el exportador ubicado en un tercer país, o si por el contrario es necesario agotar los procedimientos previstos en los capítulos 3° y 4° del Acuerdo por parte de la dependencia competente de la DIAN, en este caso la Coordinación de Servicio de Origen de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera.

Regla: Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - Estados Unidos: Artículo 4.15.2, artículo 4.17, 4.18; capítulos 20 y 21.

Concepto:

1. De conformidad con lo previsto en el Capítulo 21 “Solución de Controversias” del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, ¿Cuál es la dependencia competente para resolver las consultas o controversias suscitadas por una de las Partes con respecto de la interpretación del Acuerdo?

La respuesta a esta pregunta implica distinguir entre una consulta y una controversia propiamente tal, en este caso, tratándose de la interpretación del Acuerdo.

En primera instancia, conforme al Capítulo 20 del APC, ¹ la Comisión de Libre Comercio del

¹ Capítulo de Administración del Acuerdo y Fortalecimiento de Capacidades Comerciales

mismo tiene el deber de "... buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Acuerdo..."², lo mismo que tiene la facultad de "...emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Acuerdo..."³

Vale decir que la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes del nivel Ministerial de cada Parte, es el máximo órgano de administración del Acuerdo y, en ese talante, su función general es la propender por el buen funcionamiento del Acuerdo. De hecho, en tratándose de la administración de los procedimientos de solución de controversias del Capítulo 21, el Acuerdo le asigna ciertas facultades y funciones a la Comisión con el fin de facilitar el desarrollo de tales procedimientos⁴.

En segundo lugar, caso distinto es el de las controversias propiamente las del Capítulo 21, en el cual prevé que "...Salvo que en este Acuerdo se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán a la prevención o la solución de las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o aplicación de este Acuerdo..."(Subrayamos) En este caso la Comisión de Libre Comercio interviene en la etapa de Consultas, sin perjuicio de que sea un panel arbitral el competente para dirimir la controversia en forma definitiva.

2 Ibidem, Art. 20.1.2.c

3 Ibidem, Art. 20.1.3.c

4 Ibidem, Artículo 20.3: Administración de los Procedimientos de Solución de Controversias

1. Cada Parte deberá:

(a) designar una oficina para proveer apoyo administrativo a los paneles establecidos bajo el Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias) y ejecutar tales otras funciones como determine la Comisión; y

(b) notificar a la Comisión el domicilio de su oficina designada.

2. Cada Parte será responsable de la operación y costos de su oficina designada

De acuerdo con lo anterior, es claro que, amén de que la Comisión de Libre Comercio tenga inicialmente el deber de resolver las controversias surgidas entre las partes por interpretación del Acuerdo, las partes pueden acudir al mecanismo formal de solución de controversias del Acuerdo y solicitar el establecimiento de un panel para que considere el asunto⁵ y se pronuncie mediante los informes correspondientes⁶, conforme a los cuales se habrá de solucionar la controversia⁷.

2. ¿Cuál es el procedimiento que se debe surtir para formular consultas para la interpretación del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América en Colombia?

De acuerdo con la respuesta a la pregunta anterior, el procedimiento se establece en los artículos 21.4 Consultas y 21.5 Intervención de la Comisión, ambos del APC.

3. ¿Cuál es el procedimiento a seguir en el marco del citado Acuerdo, para desvirtuar la validez de una certificación de origen, a efectos de desconocer el origen estadounidense de mercancías nacionalizadas en Colombia?

En estos casos, en la Sección B del APC se establecen los Procedimientos de Origen. En particular, el Art. 4.18 Ibidem contiene las reglas que deben aplicar las autoridades de las Partes a los efectos de verificar el origen de las mercancías sobre las cuales se ha solicitado el tratamiento arancelario preferencial del Art. 4.15.

Del Art. 4.18 se destaca que la Parte importadora

5 Ibidem, Art. 21.6 Solicitud de un Panel

6 Ibidem, Arts. 21.13 y 14

7 Ibidem, Arts. 21.15 a 19

cuenta con varios arbitrios a tales efectos así:

Artículo 4.18: Verificación

1. Para propósitos de determinar si una mercancía importada a su territorio proveniente del territorio de otra Parte es una mercancía originaria, la Parte importadora podrá conducir una verificación, mediante:

- (a) solicitudes escritas de información al importador, exportador o productor;
- (b) cuestionarios escritos dirigidos al importador, exportador o productor;
- (c) visitas a las instalaciones de un exportador o productor en el territorio de la otra Parte, con el propósito de examinar los registros a los que se refiere el Artículo 4.17 o inspeccionar las instalaciones utilizadas en la producción de la mercancía, de acuerdo con cualquiera de las directrices que desarrollen las Partes de conformidad con el Artículo 4.21.2; o
- d) otros procedimientos que la Parte importadora y la Parte exportadora puedan acordar.

Sin perjuicio de que el Art. 4.19 Obligaciones Respecto a las Importaciones, en forma general, faculta a la Parte importadora a negar el trato arancelario preferencial a una mercancía si el importador no cumple con cualquiera de los requisitos de ese Capítulo, el mismo Art. 4.18.2 faculta a la Parte importadora a denegar el tratamiento arancelario preferencial, particularmente, cuando:

“...(a) el exportador, productor o importador no responda a una solicitud escrita de información o cuestionario, dentro de un plazo razonable, que se establezca en la legislación de la Parte importadora;

(b) después de recibir la notificación escrita de la visita de verificación que la Parte importadora y la Parte exportadora hayan acordado, el exportador o el productor no otorgue su consentimiento por escrito para la realización de la misma dentro de un plazo razonable, que se establezca en la legislación de la Parte importadora; o

(c) la Parte encuentre un patrón de conducta que indique que un importador, exportador o productor ha presentado declaraciones o certificaciones falsas o infundadas en el sentido de que una mercancía importada a su territorio es originaria...”

4. Si en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, la existencia del citado pronunciamiento de su Despacho sería suficiente por sí mismo para desconocer la certificación de origen estadounidense de las mercancías importadas por el investigado, expedida por el exportador ubicado en un tercer país, o si por el contrario es necesario agotar los procedimientos previstos en los capítulos 3° y 4° del Acuerdo por parte de la dependencia competente de la DIAN, en este caso la Coordinación de Servicio de Origen de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera.

De acuerdo con las consideraciones previas, el citado pronunciamiento de esta Oficina no sería suficiente por sí mismo para desconocer la certificación de origen mencionada. Lo procedente es agotar los procedimientos previsto a tales efectos en las disposiciones del APC, particularmente, las del Artículo 4.18 Verificación del APC.

Concepto

Título: Participación de la Superintendencia de Industria y Comercio en el comité Triple A

Fecha: 30 de noviembre de 2015

Problema Jurídico: Pertinencia de la citación que se hiciera al Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor, y no al Delegado para la Competencia, a la sesión del Comité de Prácticas Comerciales.

Regla: Decreto 2550 de 2010, Decreto 1750 de 2015

Concepto:

El marco de funcionamiento del Comité de Prácticas Comerciales, se circunscribe en el último tiempo a los Decretos 2550 de 2010, y su derogatorio, el Decreto 1750 de 2015¹. Justamente, este último está vigente desde el mes de septiembre de 2015.

El Decreto 2550 de 2010, establecía en su artículo 99, que el Comité de Prácticas comerciales, estaba integrado, entre otros, por el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor y Metrología de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Director de Comercio Exterior **quienes participarán en las deliberaciones con voz pero sin voto**.

Lo anterior implicaba que los mencionados servidores públicos tenían un papel de acompañamiento pero no tenían poder decisorio al momento de adoptar las determinaciones a que hubiera lugar dentro de las actuaciones administrativas relativas a la ocurrencia de conductas constitutivas de dumping².

Ahora bien, tras la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2015, ya referido, la conformación y participación de los integrantes del Comité de Prácticas Comerciales, varió, siendo definida su integración en los términos del artículo 87, que en lo que alude a los superintendentes, señala: • **El Superintendente de Industria y Comercio, o el Superintendente Delegado respectivo, de acuerdo con el asunto a tratar.**

Por supuesto que la disposición aludida, advierte que en el caso de esta nueva integración los participantes y miembros del comité, **tienen voz y voto**, con excepción del Director de Comercio Exterior del Ministerio, a quien expresamente la disposición le advierte que cuenta exclusivamente con voz, mas carece de la posibilidad de decisión.



investigación es preciso considerar los artículos de esta sección.

¹ Por el cual se regula la aplicación de derechos antidumping.

² Decreto 2550 de 2010, Artículo 5°. Dumping. Se considera que un producto es objeto de dumping es decir, que se importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse hacia Colombia es menor que el precio comparable de un producto similar destinado al consumo en el país investigado. Para efectos de la determinación del dumping en una

En suma, se presentan algunas circunstancias claramente diferenciables, en vigencia de una y otra disposición:

Decreto 2550 de 2010	Decreto 1750 de 2015
Integra el Comité el Superintendente Delegado para la protección del Consumidor	Integra el Comité, El Superintendente de Industria y Comercio, o el Superintendente Delegado respectivo, de acuerdo con el asunto a tratar.
El superintendente delegado tiene voz pero no voto	El superintendente que deba atender la sesión del comité según su competencia, tendrá voz pero además voto.

En el marco de los procesos administrativos, como el conocido por el Comité de Prácticas Comerciales, y en otros tantos de similares condiciones y características, el tránsito normativo es una eventualidad que es previsible, y que debe atenderse con arreglo a las reglas propias de cada proceso, y a las reglas generales de aplicabilidad de las disposiciones procesales en el tiempo.

Ya en el marco de la ley 153 de 1887, su artículo 40 precisaba:

“...Artículo 40. Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación...”

En el caso de la transición del procedimiento establecido por el Decreto 2550 de 2010 al Decreto 1750 de 2015, caso que especifica-

mente nos atañe, esta última disposición trae una expresa cláusula de procedimiento en su artículo final, según cuyo inciso definitivo “Las investigaciones que se encuentren en curso con *determinación preliminar, a la entrada en vigencia del presente decreto, continuarán rigiéndose por la norma anterior hasta su culminación*”.

Esa disposición es constitucionalmente sustentada, en la medida en que se garantiza al sujeto pasivo del proceso que las reglas que se le aplicarán serán las establecidas por el procedimiento aplicable al momento de iniciar la actuación y en todo caso las que le cobijan al ocurrirse las conductas.

La anterior es garantía del principio de legalidad del proceso, que en términos de la constitución política vigente, en el artículo 29 superior, establece: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

Aspecto sustancial se extrae además de la disposición constitucional, parcialmente transcrita, y es el referente al aspecto competencia, que en el caso objeto de examen se puede traducir en que, la participación del Superintendente de Industria y Comercio o de su delegado, variará de acuerdo con el procedimiento que se esté surtiendo, y su participación deliberatoria y/o decisoria de sus en cada caso es determinante para efectos de la legitimidad o no de las recomendaciones y decisiones que a dicho comité corresponden.

En este punto, consideramos que aquellas investigaciones que hayan sido iniciadas en vigencia del Decreto 2550 de 2010, y que actualmente estén siendo conocidas por el comité de prácticas comerciales, y en las que se haya adoptado una determinación preliminar, deben sujetarse al procedimiento trazado por el decreto en mención. Ello por supuesto hace que, en el marco de dichos procesos, la citación que se haga al **Superintendente Delegado para la Protección**

del **Consumidor**, se deba hacer **con voz pero sin voto**, pues no es legítimo que este funcionario vote en el marco de un proceso que no le confiere sino exclusivamente el atributo de voz, no el de voto.

Además, esta Oficina ha señalado que es preciso destacar que los decretos 2550 de 2010 y 1750 de 2015 son las normas procedimentales previstas por el Acuerdo Antidumping de la OMC, en adelante el AAD, a los efectos de que los países miembros de ese organismo apliquen dicha normativa multilateral de Defensa Comercial. Al respecto, en sus disposiciones finales, el AAD manda a los países miembros:

"...18.4 Cada Miembro adoptará todas las medidas necesarias, de carácter general o particular, para asegurarse de que, a más tardar en la fecha en que el Acuerdo sobre la OMC entre en vigor para él, sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo según se apliquen al Miembro de que se trate..."

Conclusión

En conclusión, la participación del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor para los casos de investigaciones antidumping iniciadas en vigencia del Decreto 2550 de 2010, y en las que se haya proferido con Determinación Preliminar, se limitará al ejercicio del **derecho a voz pero sin voto**, según lo previsto en el artículo 99 del Decreto 2550 del 2010.

Contrario sensu, la citación al Superintendente de Industria y Comercio, o a su delegado, según el asunto de que se trate, será para el ejercicio del derecho a voz y a voto, en aquellos casos en que se adelanten las investigaciones antidumping iniciadas a partir de la fecha de entrada en vigor del referido Decreto 1750 de septiembre 1° de 2015.



Concepto

- Título:** Derecho de Petición sobre el Decreto 247 del 13 de febrero de 2015
- Fecha:** 19 de marzo de 2015
- Problema Jurídico:** ¿El Decreto 247 modificará los compromisos contraídos por las partes en el APC Colombia – Estados Unidos, particularmente en lo relativo a la aplicación de los tratamientos arancelarios?
- Regla:**
- Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América.
 - Decreto 0247 de 2015
 - Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados
 - Decreto 730 de 2012

Concepto:

Concepto en relación con la entrada en vigencia del Decreto 0247 del 13 de Febrero de 2015, frente a los compromisos contraídos por Colombia en el Acuerdo de Promoción Comercial vigente entre ésta y Estados Unidos de América, APC.

La consulta

“...Si la entrada en vigencia del Decreto 247 del 13 de febrero de 2015, modifica la aplicación de tratamientos arancelarios especiales negociados en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América...”

Sobre el particular, se considera que la entrada en vigencia del Decreto 247 no modificará los compromisos contraídos por las partes en el APC Colombia – Estados Unidos, particularmente en lo relativo a la aplicación de los tratamientos arancelarios preferenciales estipulados entre dichas partes.

Los tratamientos arancelarios continuarán otorgándose según las mercancías importadas sean

originarias de países con los que Colombia tenga vigentes acuerdos comerciales o no. Esto es, para el caso de Estados Unidos, el tratamiento arancelario preferencial se seguirá otorgando de acuerdo con lo estipulado en el APC, reglamentado por el Decreto 730 de 2012, mientras las mercancías originarias de países con los que Colombia no tenga acuerdo comercial vigente seguirán sometidas al pago del arancel NMF (nación más favorecida) vigente al momento de su nacionalización.

El Compromiso de no modificar las desgravaciones pactadas

En el APC se estipuló que sobre los compromisos relativos al trato arancelario preferencial ninguna de las dos partes haría modificaciones posteriores que impidieran dicha liberalización. Esto es, las modificaciones del Decreto 247 no podrían tener por objeto modificar lo estipulado en el APC entre ambos Estados.

En el Capítulo 2 del APC “Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado”, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al comercio de mercancías, se lee:

“...Sección B: Eliminación Arancelaria

Artículo 2.3: Eliminación Arancelaria

1. Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, ninguna Parte podrá incrementar ningún arancel aduanero existente, o adoptar ningún arancel aduanero nuevo, sobre una mercancía originaria.

2. Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, cada Parte eliminará progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias, de conformidad con su Lista de Desgravación del Anexo 2.3...”

De lo anterior, es claro que, no obstante tratarse de las mismas mercancías, el trato arancelario preferencial estipulado en la norma citada es diferente del previsto para el ámbito de aplicación del Decreto 247 citado.

Por lo tanto, los tratamientos arancelarios continuarán otorgándose según las mercancías importadas sean originarias de países con los que Colombia tenga vigentes acuerdos comerciales o no. Esto es, para el caso de Estados Unidos, el tratamiento arancelario preferencial se seguirá otorgando de acuerdo con lo estipulado en el APC, reglamentado por el Decreto 730 de 2012, mientras las mercancías originarias de países con los que Colombia no tenga acuerdo comercial vigente seguirán sometidas al pago del arancel NMF vigente al momento de su nacionalización.

“Conviene recordar que Colombia, como sujeto del Derecho Internacional, suscriptor del Tratado en mención, está obligado a observar la regla “Pacta sunt servanda”, consagrada en la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, la Convención, por virtud de la cual “...Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe...”

Adicionalmente, en caso de que existieran dudas acerca de la norma aplicable, entre el APC y el Decreto 247, desde la perspectiva del Derecho Internacional, se acudiría al Artículo 31 de la Convención, que establece que:

“...31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin...” (Se resalta)

Por ello, las disposiciones del APC, en materia de comercio de mercancías, se deben interpretar y aplicar teniendo en cuenta que su objetivo es establecer una zona de libre comercio, con normas de trato arancelario preferencial para las mercancías originarias de cada una de ellas, zona con normas diferentes de las que regulan el comercio con terceros países con los que Colombia no tiene acuerdos comerciales vigentes.

• Trámites de Registros y Licencias de Importación

Sin perjuicio del reconocimiento de la preferencia arancelaria en la forma prevista en las aclaraciones y precisiones anteriores, es importante tener en cuenta que los registros y licencias de importación, que se soliciten para estos productos, deberán diligenciarse con el texto actualizado de la subpartida correspondiente, de conformidad con el Decreto 247 de 2015.

Conclusión:

Se concluye que los tratamientos arancelarios continuarán otorgándose según las mercancías importadas sean originarias de países con los que Colombia tenga vigentes acuerdos comerciales o no y para el caso de Estados Unidos, el tratamiento arancelario preferencial se base de acuerdo a lo estipulado en el APC, reglamentado por el Decreto 730 de 2012,

Concepto

Título: Importación vehículos Convenio de Complementación del Sector Automotor

Fecha: 25 de mayo de 2015

Problema Jurídico: Aplicación del Convenio de Complementación del Sector Automotor relacionado con la consideración de importación de vehículos nuevos bajo el régimen de libre importación y vehículos considerados como saldos que necesitan del trámite de licencia previa.

Regla: Convenio de Complementación en el Sector Automotor, decreto 925 de 2013 *"Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con las solicitudes de registro y licencia de importación"*

Concepto:

Atendiendo solicitud de la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN mediante Oficio No.1002008221 000617 del 7 de mayo de 2015, en la cual plantea algunos interrogantes sobre la aplicación del convenio automotor, en lo relativo a la importación de vehículos nuevos, del año modelo en que se realiza la importación o siguientes, al respecto nos permitimos manifestar:

El Convenio de Complementación en el Sector Automotor entró en vigencia el 1 de enero de 2000 y fue originalmente suscrito por las Repúblicas de Colombia, Ecuador y Venezuela, sin embargo la República Bolivariana de Venezuela notificó el 27 de noviembre de 2009 la denuncia del Convenio, y un año después dicha denuncia surtió efectos. De tal manera que este Convenio se encuentra vigente entre la República de Colombia y la República del Ecuador, sus disposiciones son aplicables en los territorios de los dos Países Participantes y forma parte del Ordenamiento Jurídico Andino ¹, lo cual significa

que su aplicación es inmediata, tiene un efecto directo y automático, es decir, entra a formar parte de su sistema jurídico interno².

El Artículo 6 del Convenio autoriza únicamente la importación de vehículos nuevos, del año modelo a aquel en que se realiza la importación o al año siguiente. Esta obligación es general e implica la obligación para los Países Participantes, de autorizar únicamente la importación de vehículos nuevos, bajo esa condición.

b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;

c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;

d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina;

e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina."

2 Proceso 149-IP-2011, interpretación prejudicial de 10 de mayo de 2012, marca "PRADAXA" (denominativa)

"...El ordenamiento jurídico comunitario andino, por regla general y en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los Países Miembros. En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el ordenamiento jurídico comunitario andino vigente."

¹ Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

"Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;



De otra parte, el decreto 925 de 2013 “Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con las solicitudes de registro y licencia de importación” se expide con el ánimo de actualizar los regímenes de licencia previa y libre importación y para facilitar el comercio, en el Artículo 15 definió como saldos, aquellas mercancías nuevas que al momento de la presentación de la solicitud de registro o licencia de importación cuenten con 2 o más años de fabricación. Esta definición se considera relevante por cuanto en el artículo 14 estableció que los saldos, estarían sometidos al régimen de licencia previa.³

Ahora bien, el párrafo uno del Artículo 15 del decreto 925, tiene como propósito dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 6° del Convenio de Complementación del Sector Automotor, cuando señala que:

“Párrafo 1°. Tratándose de vehículos clasificados por la subpartida 8701.20 y las

partidas 87.02, 87.03, 87.04, 87.05, 87.06 Y 87.11 del Arancel de Aduanas, constituyen saldo los vehículos nuevos que cumplan por lo menos una de las siguientes condiciones:

- *Que tengan 2 o más años de fabricación al momento en el que se presente la solicitud de registro o licencia de importación.*
- *Que el año modelo sea anterior al año en que se radica dicha solicitud.*

Lo anterior no se aplicará a los vehículos clasificados en las subpartidas 8703.10 y 8704.10 del Arancel de Aduanas a los cuales les aplicará el concepto de saldo conforme lo señala el inciso primero del presente artículo.”

Nótese que en la disposición transcrita, la condición para considerar un vehículo como saldo, es compatible o concordante precisamente con lo que señal el artículo 6 de la norma andina, la cual obliga a los Países Participantes a autorizar la importación de vehículos nuevos, **del año modelo en que se realiza la importación o siguiente.**

El decreto 925 tiene en cuenta para considerar como saldo, un vehículo que al momento en el que **se radica la solicitud** de registro o licencia de importación, sea de un año modelo de fabricación anterior a esa fecha. Por lo tanto,

3 Artículo 14° del Decreto 925 de 2013. “Importaciones sometidas al régimen de licencia previa. El régimen de licencia previa aplica para:

a) La importación de los productos clasificados por las subpartidas arancelarias para las cuales el Gobierno Nacional ha establecido este régimen, relacionadas en el Anexo 1 del presente Decreto.

b) La importación de saldos. (...)”

se entiende de la lectura del Parágrafo 1° del artículo 15 del decreto 925 que, se autoriza la importación de un vehículo nuevo bajo el régimen de libre importación, únicamente si el vehículo es del **año modelo en que se realiza la importación o del año siguiente**. Lo anterior significa que los vehículos clasificados en el arancel de aduanas bajo la subpartida 87.01.20 y las partidas 87.02, 87.03, 87.04, 87.05, 87.06, 87.11, cuyo año modelo sea anterior al **año en el que se radica la solicitud de licencia**, serán considerados saldos, y por lo tanto para su importación, se deberá adelantar el trámite de "Licencia previa".

⁴ En cambio aquellos vehículos nuevos cuya solicitud de registro de importación se radique en el mismo año del modelo de los vehículos o un año posterior al mismo, su importación será tramitada bajo el régimen de libre importación.

Respecto a la cuestión relacionada con la viabilidad de la importación temporal para exportación en el mismo estado de vehículos cuyo año modelo es anterior al año en el que se realiza la importación, es preciso señalar que, el Convenio de Complementación del Sector Automotor no tiene en cuenta los regímenes o modalidades sobre los cuales se podrá realizar una importación en Colombia, entre otros, el de importación temporal de mercancías para reexportación en el mismo estado. Las condiciones y requisitos para que una mercancía se importe temporalmente al territorio aduanero nacional, las fija el Decreto 2685 de 1999 y las normas que lo adicionen, modifiquen y complementen, de cuya interpretación le compete a la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), luego esa determinación, para lo cual este despacho no tiene facultades, es independiente a la aplicación del Convenio de Complementación del Sector Automotor, que será aplicable cuando

un vehículos importado bajo la modalidad de importación temporal, en vez de ser reexportado, para finalizar ese régimen, el importador opta por someterlo a la modalidad de importación ordinaria, (dejarlo definitivamente en Colombia), caso en el cual es procedente atender lo señalado en el Artículo 6 del Convenio aludido, que implica adelantar el trámite de licencia previa.

Por último y en lo referente a si es permitido nacionalizar vehículos cuyo año modelo es igual o superior (uno o más años) al año en que se realiza la importación y cuyo registro de importación fue previamente aprobado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la respuesta es NO para los vehículos **cuyo año modelo es superior a uno o más años** al año en que se realiza su importación. Los Países Participantes sólo podrán autorizar la importación de vehículos nuevos **del año modelo en que se realiza la importación o el siguiente**. Esto quiere decir, que si un registro de importación fue aprobado en el año 2014, el vehículo nuevo a importar debe ser del año **modelo 2014 o del año siguiente 2015**, guardando lo establecido tanto en el Convenio de Complementación del Sector Automotor como en el artículo 15 del Decreto 925 de 2013.

Conclusión

En todos los casos, se debe entender que la autorización de importación de vehículos nuevos bajo el Convenio de Complementación del Sector Automotor, así como el Decreto 925 de 2013, se deben de tratar de vehículos del año en que se realiza la importación o del año siguiente. Por lo tanto, los vehículos clasificados en el arancel de aduanas bajo la subpartida 87.01.20 y las partidas 87.02, 87.03, 87.04, 87.05, 87.06, 87.11, cuyo año modelo sea anterior al año en el que se radica la solicitud de licencia, serán considerados saldos, y por lo tanto para su importación, se deberá adelantar el trámite de licencia previa.

⁴ Hay que tener en cuenta que el trámite de registro o licencia debe hacerse con una antelación no menos de seis meses, teniendo en cuenta que las licencias o registros de importación tendrán una vigencia de seis (6) meses contados a partir de la fecha de aprobación. (artículo 6 del decreto 925).

Concepto

- Título:** Convenio de Cooperación suscrito con una sociedad de responsabilidad limitada de otro Estado y el Ministerio de Comercio, industria y Turismo
- Fecha:** 19 de junio de 2015
- Problema Jurídico:** Se solicita concepto sobre el carácter jurídico y alcance de un Convenio de Cooperación entre una sociedad comercial de un Estado Extranjero y una entidad pública del Estado colombiano.
- Regla:** Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Artículo 2. Términos Empleados (Tratado, plenos Poderes), Artículo 12. Consentimiento en obligarse por un Tratado manifestado mediante la firma, Artículo 13. Consentimiento en obligarse por un Tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un Tratado.

Concepto:

Para dar respuesta a la solicitud, se somete a consideración el concepto de esta Oficina sobre el proyecto de Convenio de Cooperación, el Convenio GIZ, por celebrarse entre la Agencia Alemana de Cooperación Internacional, la Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, en adelante GIZ, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, el Ministerio.

Analizado el contenido y alcance del Convenio GIZ, se considera que éste no sería un instrumento internacional. Se estaría más bien frente a un Convenio de Cooperación suscrito entre un órgano público con capacidad para contratar, el MinCIT, y una sociedad de responsabilidad limitada extranjera, la GIZ, ambas sin capacidad para representar ni comprometer la responsabilidad internacional de dichos estados. En consecuencia, su régimen aplicable no sería el del Derecho Internacional sino, en principio, el del Derecho Administrativo colombiano o el del reglamento de dicha entidad, en las circunstancias en que se explicará.

Lo anterior, conforme a los análisis y conclusiones que se presentan a continuación:

Descripción Resumida del Convenio GIZ

De la lectura del texto del proyecto de Convenio GIZ se destacan varios elementos, en particular.

- En cuanto a su denominación

El proyecto Convenio GIZ se denominará "Convenio de Cooperación" y se suscribirá para el proyecto común titulado "Formación de Ejecutivos" "Global Business Exchange Programme" (GloBus) En su preámbulo se explica que la GIZ fomenta diálogo entre PYMEs colombianas y alemanas para hacerlas competitivas en su comercio, a través de la transmisión de conocimiento sobre el mercado alemán.

- En cuanto a sus suscriptores

En el encabezado se identifica al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de Colombia, como el "socio del acuerdo" y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, como la "GIZ".

- En cuanto a su contenido y obligaciones

El proyecto tiene cuatro acápites, a saber, un 1. Preámbulo, una 2. Estructura del Programa, unas 3. Convenciones entre el socio del acuerdo/GIZ y la 4. Programación del GloBus.

En el acápite 1 se describe la naturaleza, objetivos y funcionamiento del GloBus en materia de Competitividad y el papel de la GIZ en su ejecución.

En el 2, se detallan los objetivos del GloBus, su población objetivo (PYMEs), su duración, condiciones de participación, actividades y financiamiento.

En el 3, se describen, en forma abstracta o casi indeterminada, lo que se entenderían como compromisos de las partes, particularmente, en términos de una promoción adecuada a cargo del socio del acuerdo, consistente en identificar las empresas atractivas para el proyecto. De una parte, el acápite de "Contribuciones de la GIZ" contiene un listado de actividades de "promoción", "organización", "asesoría", etc, que se entiende estarían a cargo de la GIZ con ocasión del Convenio GIZ. De otra parte, y en forma similar, el acápite de "Convenciones entre el socio del acuerdo y la GIZ" contiene un listado de actividades de "apoyo" y "participación". Tomamos nota de que en dicho acápite, o en uno subsiguiente, no se verifican cláusulas que evidencien el carácter vinculante y/o coercible de dichas actividades como prestaciones a cargo de una parte y en favor de la otra, o un acápite de solución de diferencias.

Por último, en el 4, se describen las distintas etapas en las que se desarrollará el GloBus, con fechas precisas, actores identificados y metodologías enunciadas.

Naturaleza Jurídica del Convenio GIZ

De acuerdo con el análisis de la descripción



anterior sobre el Convenio GIZ, se estima que se trata de un Convenio de Cooperación no regido por el Derecho Internacional.

Como se dijo, es un Convenio con una sociedad de responsabilidad limitada ubicada en otro Estado, esto es, no se trata de una persona legitimada para la suscripción de un tratado de conformidad con las disposiciones sobre capacidad jurídica para la celebración de tratados, en la forma prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De acuerdo con la Convención:

"...2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

...c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado (Subrayado y negritas aparte)

Dicho Convenio no reúne las demás características de un instrumento vinculante para un Estado,

como un Tratado o un Acuerdo de Procedimiento Simplificado, en el sentido de dicha Convención, el cual seguiría siendo un Tratado no obstante no requerir de ratificación (sólo firma o canje de notas, Arts. 12 y 13 de la Convención)

Adicionalmente, y en particular por la carencia del elemento subjetivo calificado citado, éste tampoco configuraría un instrumento internacional no vinculante para un Estado, como podría serlo un Memorando de Entendimiento o una Declaración Unilateral, no obstante contener algunas cláusulas más o menos parecidas a las de estos instrumentos.

El proyecto analizado no contiene las estipulaciones propias de un Tratado, como obligaciones formales y exigibles, cláusulas de solución de diferencias, entrada en vigor, enmiendas o denuncias, entre otras. El proyecto actual de Convenio GIZ nacería carente de los efectos jurídicos vinculantes predicables respecto de cualquier acto jurídico convencional en el ámbito internacional, llámese Tratado, Acuerdo, Convención, Pacto, Carta, etc, de los que se tienen como fuente formal de obligaciones del Derecho Internacional, como lo establece el Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Por lo anterior, y sin perjuicio de que la Oficina Jurídica de este Ministerio verifique el cumplimiento de sus requisitos como contrato o convenio de este tipo, se considera que el régimen aplicable a este Convenio se ubicaría, en principio, en las normas pertinentes del Derecho Administrativo colombiano. Conviene destacar que desde la Ley 80 de 1993, en su Art. 14. Parágrafo, se preveía que, para cumplir con su objeto contractual, las entidades pudieran celebrar, entre otros, contratos de cooperación, ayuda o asistencia en los que se prescindiera del uso de cláusulas o estipulaciones excepcionales.

De hecho, en la actualidad, en cuanto a la reglamentación aplicable en materia de contratación con organismos internacionales, se

prevé la posibilidad de someter dicho contrato a los reglamentos de la entidad colombiana o de la extranjera¹, dependiendo de la mayor participación porcentual de las partes en los fondos de financiación del Convenio.

Facultades de sus Suscriptores

Como se anticipó, en cualquiera de los dos casos, es claro que su suscripción no está a cargo del Presidente de la República ni de la Ministra de Relaciones Exteriores. Es decir, no es un acuerdo entre "Estados". Se trata de un acuerdo cuyos suscriptores no son, o no detentan plenos poderes de, los jefes de Estado de dichas partes.

Este acuerdo no lo celebrarán las personas con la capacidad jurídica para suscribir tratados, de acuerdo con el Art.7 de la Convención de Viena. De acuerdo con la Convención, Art.7 Plenos Poderes, para la manifestación del consentimiento para obligarse un Estado, se requiere de plenos poderes o cuando de la práctica se deduce que los otros Estados reconocen a esa persona como representante sin necesidad de plenos poderes. Así mismo, en dicho Artículo se considera que no requieren plenos poderes, para representar y obligar a su Estado, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, lo mismo que algunos jefes de misiones diplomáticas o representantes ante conferencias

1 En el reciente decreto único reglamentario 1082 de mayo de 2015, por el que se compiló los decretos reglamentarios sobre contratación estatal, se reprodujo el texto del Art. 20 de la Ley 1150 de 2007 y, se estableció que "...Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título..."

internacionales, casos que tampoco serían predicables respecto de los suscriptores de este proyecto de Convenio.

Al preverse su firma por parte de la Ministra de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, y por la sociedad de responsabilidad limitada del otro Estado, el mencionado instrumento queda excluido de la órbita del Derecho Internacional, particularmente de la Convención de Viena. Este es un requisito esencial para manifestar el consentimiento de un Estado para la celebración de un Tratado en Derecho Internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, Conviene recordar que, por virtud del Decreto 210 de 2003, la Ministra de Comercio, Industria y Turismo sí podría celebrar dicho convenio de cooperación.

El mencionado Decreto enuncia, entre las facultades del despacho del Ministro:

“...2. Formular la política y los planes de acción del sector administrativo y ejercer las funciones de dirección, coordinación y control en las materias de su competencia...”

... 4. Ejercer la coordinación necesaria para mejorar el clima para la inversión tanto nacional como extranjera en el país y para incrementar la competitividad de los bienes y servicios colombianos...

... 11. Suscribir en nombre de la Nación y de conformidad con el Estatuto General de Contratación y la Ley Orgánica de Presupuesto, los contratos relativos a asuntos propios del Ministerio, previa delegación del Presidente de la República, cuando esta se requiera.”

En todo caso, se tiene que no siendo un Tratado ni un Memorando de Entendimiento, por ejemplo, el Convenio GIZ no estaría sujeto a las formalidades que exige nuestra Constitución Política para verificarse la prestación del consentimiento en obligarse, para el caso, el trámite de su ratificación

(Art. 14 de la Convención) con aprobación del Congreso y acompañado del control previo de su constitucionalidad por la Corte Constitucional (Art. 241, Núm.10, C.N)

De acuerdo con lo anterior, el régimen jurídico aplicable es el del Derecho Administrativo, o normas similares y pertinentes de Colombia en las circunstancias previstas. Esto comoquiera que se trata de acuerdos o compromisos contraídos por sus representantes en ejercicio de las facultades inherentes a su cargo, conforme a la norma orgánica/estatutaria de la entidad respectiva. De ahí que el efecto vinculante y la eventual responsabilidad sería predicable respecto de la entidad administrativa, como gestora de los fines constitucional y legalmente previstos para ésta y no del Estado propiamente tal.

Conclusión

Conforme a lo anterior, en el caso del Convenio GIZ analizado se concluye que, por virtud de su celebración no se estaría frente un instrumento celebrado por el Estado colombiano como sujeto del Derecho Internacional. En tal sentido, dicho Convenio no estaría gobernado por las disposiciones del Derecho Internacional. Es decir, no sería un Tratado, ni un Memorando de Entendimiento.

Se estaría, entonces, frente a un Convenio de Cooperación suscrito con una sociedad de responsabilidad limitada de otro Estado. Su régimen aplicable sería el del Derecho Administrativo colombiano o el de la otra parte, según proceda.

Por lo tanto, la señora Ministra de Comercio, Industria y Turismo tiene capacidad para suscribir el acuerdo. Su vigencia no está sujeta a los trámites de los instrumentos de Derecho Internacional, sino a la que se señale en el propio instrumento en el marco del derecho interno administrativo de las Partes.

Concepto

- Título:** Certificación de conformidad en laboratorios acreditados bajo el Subsistema Nacional de Calidad.
- Fecha:** 30 de marzo de 2015
- Problema Jurídico:** 1. Compatibilidad de la certificación dispuesta en el artículo 2.2.1.7.9.5 del Decreto 1595 de 2015 frente al Acuerdo OTC de la OMC.
- Regla:** Decreto 1595 de 2015: Artículo 2.2.1.7.9.5

Concepto:

Sobre la oportunidad de uso de laboratorios que tiene el certificador de acuerdo con el Artículo 2.2.1.7.9.5 del Decreto 1595 de 2015, en adelante la medida, esta Oficina se permite pronunciarse de la siguiente manera:

Es necesario analizar la medida contenida en la norma antes citada y según la cual los ensayos requeridos para la expedición de certificados de conformidad de reglamentos técnicos se realizarán en Colombia, a menos que no exista en el país un laboratorio acreditado para la realización de dichos ensayos, caso en el cual tales ensayos se podrán realizar en laboratorios evaluados previamente por los organismos de certificación de producto o los de inspección, todo lo anterior en el marco de la regla general que indica que los laboratorios estarán acreditados por organismos de acreditación que hagan parte de los acuerdos de reconocimiento multilateral suscritos por el organismo nacional de acreditación.

El análisis se hará respecto de los compromisos comerciales internacionales suscritos por Colombia en materia de reglamentos técnicos y sus disposiciones sobre evaluación de la conformidad, en particular el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Por lo tanto, es necesario analizar si dicha medida es compatible con las siguientes disposiciones:

I. Los procedimientos de evaluación de la conformidad en el marco del Acuerdo OTC

El objetivo del Acuerdo OTC es que las normas, reglamentos técnicos y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio o sean discriminatorios. No obstante, reconoce el derecho a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de establecer medidas para alcanzar objetivos normativos legítimos, tales como la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales, la preservación de los vegetales o la protección del medio ambiente, y que no debe impedírseles que adopten las medidas necesarias para garantizar esos niveles de protección¹.

Específicamente, sobre los procedimientos de evaluación de la conformidad, el Acuerdo OTC contiene reglas en materia de trato no discriminatorio en su aplicación a proveedores de productos similares de cualquier país, prohibición de que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, obligación de gestionar tales procedimientos con rapidez, transparencia y eficiencia en el procedimiento, confidencialidad de la información relativa a los productos, equidad en el costo y existencia

¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm
Fecha 22 de marzo de 2016.

de procedimientos para examinar los reclamos relativos a su funcionamiento. Los procedimientos de evaluación de la conformidad también deben tomar en consideración las orientaciones o recomendaciones de instituciones internacionales relacionadas con actividades de normalización.

Sin perjuicio de lo anterior, el Acuerdo OTC también dispone que los Miembros de la OMC se asegurarán de que, cada vez que sea posible, se acepten los resultados de los procedimientos de evaluación de la conformidad de los demás Miembros, aun cuando esos procedimientos difieran de los suyos, siempre que tengan el convencimiento de que se trata de procedimientos que ofrecen un grado de conformidad con los reglamentos técnicos o normas pertinentes equivalente al de sus propios procedimientos.

En consecuencia, el procedimiento para la evaluación de la conformidad, debe estar acorde con las anteriores disposiciones, pues, de lo contrario, podría ser discriminatorio o constituirse como un obstáculo innecesario al comercio.

II. Examen de la medida frente a la prohibición de discriminar prevista en el Acuerdo OTC

La medida citada arriba dispone lo siguiente:

ART. 2.2.1.7.9.5. —Realización de ensayos en laboratorios. Los ensayos requeridos para la expedición de los certificados de conformidad de reglamentos técnicos se realizarán en laboratorios acreditados por organismos de acreditación que hagan parte de los acuerdos de reconocimiento multilateral suscritos por el organismo nacional de acreditación.

Cuando no exista en Colombia laboratorio acreditado para la realización de los ensayos requeridos para el cumplimiento del reglamento técnico aplicable, tales ensayos se podrán realizar en laboratorios evaluados previamente



por los organismos de certificación de producto o los de inspección, según sea el caso, bajo la Norma NTC-ISO/IEC 17025.

El organismo de certificación de producto o el de inspección, según corresponda, solo podrá utilizar estos laboratorios para los efectos previstos en este capítulo hasta que se acredite el primer laboratorio en Colombia o hasta un año después de que dicho laboratorio haya sido definido por el organismo de certificación o de inspección. (subrayado fuera de texto).

Dicha medida debe entenderse en el contexto del artículo 2.2.1.7.9.2 del mencionado Decreto 1595 de 2015, según el cual los productores nacionales así como los importadores de productos sujetos a reglamentos técnicos deberán obtener el correspondiente certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación nacional o extranjero acreditado ante el organismo nacional de acreditación. No obstante, cuando el organismo de certificación extranjero debe estar reconocido en el marco de acuerdos de reconocimiento multilateral de los que haga parte el organismo nacional de acreditación, y el país emisor debe aceptar los certificados colombianos para productos nacionales. Si el organismo de certificación extranjero está reconocido en el marco de acuerdos de reconocimiento multilateral del que no es parte el organismo nacional de acreditación sus certificados de conformidad podrán ser reconocidos previa evaluación por organismos de certificación acreditados en Colombia.

De lo anterior se desprende que los certificados de conformidad pueden ser expedidos por organismos de certificación nacionales o extranjeros. En el caso de estos últimos se requiere que estén reconocidos por el organismo nacional de acreditación y que haya reciprocidad para los certificados colombianos. Si no están reconocidos por el organismo nacional de acreditación, sus certificados deben ser reconocidos por organismos de certificación acreditados en Colombia. Cualquiera que sea el organismo de certificación que expide el certificado de conformidad, los ensayos requeridos para emitir dichos certificados de conformidad deben realizarse en Colombia, a menos que no exista en el país un laboratorio acreditado para la realización de dichos ensayos, caso en el cual tales ensayos se podrán realizar en laboratorios evaluados previamente por los organismos de certificación.

Sobre el concepto emitido por su Vicepresidencia Jurídica, el cual señala que hay varios criterios para interpretar una disposición legal (...) *“entre ellos el sistemático, el cual toma en cuenta el*

contexto de la ley para ilustrar cada una de sus partes, de tal suerte que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, la norma debe interpretarse en su conjunto, es decir, no solo por su texto literal, sino también en el contexto en el que se halla.

En ese orden de ideas, de conformidad con el conjunto de reglas citado arriba, los procedimientos de evaluación de la conformidad se adelantan por organismos de certificación. Dichos organismos de certificación se basan en ensayos que pueden realizarse en Colombia o en el exterior. En uno y otro caso hay reglas que permiten la utilización de organismos de certificación y de ensayos extranjeros. La norma no distingue entre organismos de certificación y laboratorios nacionales o extranjeros. Por lo tanto, puede afirmarse que no hay discriminación en el trato.

De otra parte, de conformidad con los principios de derecho internacional público, las restricciones a la libertad del Estado para actuar no se pueden presumir². Es decir, al no haber una norma internacional que prohíba acudir a un organismo de certificación o a un laboratorio colombiano para la expedición de los certificados de conformidad de Reglamentos Técnicos, permitir que se utilicen dichos organismos o laboratorios colombianos no viola ningún compromiso internacional.

III. Conclusión

Por lo anterior, respecto de la oportunidad de uso de laboratorios que tiene el certificador, la medida establece claramente los requisitos, los cuales deben ser acatados por organismos de certificación nacionales y extranjeros en las mismas condiciones y no constituye una medida discriminatoria o crea un obstáculo innecesario al comercio.

2 S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 10

Concepto

Título:	Naturaleza jurídica de la Declaración sobre el derecho de los pueblos y las personas a la solidaridad internacional
Fecha:	
Problema Jurídico:	10 de diciembre de 2015
Regla:	Se solicita concepto sobre el carácter jurídico y alcance del proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos y las personas a la solidaridad internacional, y determinación de la pertinencia de que Colombia apoye la iniciativa, a partir de las implicaciones que tendría para el Estado la adopción de este instrumento. Resolución 2005/55, Resolución 26/6, Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, Acuerdo de Cartagena, Constitución Política de Colombia, Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos, Acuerdo de Marrakech.

Concepto:

Al respecto y en virtud de las competencias de esta Oficina establecidas en el Decreto 210 de 2003, remitimos el siguiente análisis:

Antecedentes

El proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos y las personas a la solidaridad internacional, en adelante el Proyecto, fue elaborado por mandato de la Comisión de Derechos Humanos la cual a través de la resolución 2005/55 nombró a la experta independiente en junio de 2011, Virginia Dandan para la elaboración y compilación de comentarios del mismo.

El objetivo del proyecto, consiste en el desarrollo de directrices, criterios, normas y principios cuyo fin es la promoción y protección de los derechos humanos y una amplia gama de cuestiones en la configuración del derecho a la solidaridad internacional entre ellas: (...) la promoción de un orden económico internacional basado en la participación significativa y en condiciones de igualdad en los procesos de toma de decisiones.

Dicho proyecto fue acogido por los Estados

Miembros, adicionalmente, se aprobó la resolución 26/6 la cual estableció las consultas regionales a fin de recabar aportaciones de los Estados Miembros, las organizaciones internacionales y la sociedad civil al Proyecto.

De acuerdo a lo anterior, el Proyecto está en consulta para el Grupo de Estados de América latina y el Caribe. Por lo tanto, esta dependencia se pronunciará de acuerdo con sus competencias en temas de comercio internacional y la relación con los derechos humanos y en especial la solidaridad internacional.

Naturaleza jurídica del proyecto

Teniendo en consideración las Definiciones de términos fundamentales de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, declaración se define de la siguiente manera:

“Declaraciones: El término «declaración» se aplica a varios instrumentos internacionales. Sin embargo, las declaraciones no siempre son legalmente vinculantes. A menudo se elige este término deliberadamente para indicar que las partes no tienen la intención de crear

obligaciones vinculantes, sino que simplemente quieren declarar ciertas intenciones. No obstante, las declaraciones pueden también ser tratados en el sentido genérico, con el objetivo de ser vinculantes en el derecho internacional. Por lo tanto, en cada caso en particular es necesario aclarar si las partes pretenden crear obligaciones vinculantes. Determinar la intención de las partes es a menudo una tarea difícil. Ciertos instrumentos denominados «declaraciones» no fueron pensados originalmente para tener un poder vinculante, pero sus disposiciones pueden haber reflejado el derecho internacional consuetudinario o haber adquirido carácter vinculante como derecho consuetudinario en una etapa posterior; tal fue el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Las declaraciones que aspiran a tener efectos vinculantes se pueden clasificar de la siguiente manera:

(a) Una declaración puede ser un tratado en el sentido propio. Un ejemplo significativo es la Declaración Conjunta entre el Reino Unido y China sobre la cuestión de Hong Kong de 1984.

(b) Una declaración interpretativa es un instrumento que figura como anexo a un tratado con el objetivo de interpretar o explicar las disposiciones de éste último.

(c) La declaración también puede ser un acuerdo informal con respecto a un asunto de importancia menor.

(d) Una serie de declaraciones unilaterales puede constituir acuerdos vinculantes. Sirvan de ejemplo las declaraciones previstas en la cláusula facultativa del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que crea vínculos jurídicos entre los declarantes, aunque no se dirigen directamente el uno al otro. Otro ejemplo es la Declaración unilateral sobre el Canal de Suez y las disposiciones para su

funcionamiento, emitida por Egipto en 1957, que se consideró como un compromiso de carácter internacional.¹ (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, el presente Proyecto es una declaración cuyas disposiciones no son de carácter vinculante, ni generan compromisos a los Estados signatarios frente al derecho internacional. Así mismo, no encaja dentro de los literales que señalan cuando una declaración tiene efectos vinculantes.

Por lo tanto, la intención de los Estados en suscribir dicho instrumento es tener buenas intenciones frente al tema de derechos humanos y la solidaridad internacional. No obstante, las disposiciones ahí contenidas se encuentran desarrolladas en varios tratados internacionales que si son de carácter vinculante para los Estados como la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y que hacen parte del bloque de constitucionalidad².

Disposiciones Proyecto relacionadas con el comercio internacional

El proyecto tiene ciertas disposiciones que requieren análisis de acuerdo a nuestras competencias como se señalan a continuación:

1 Consultado en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#declarations>.

2 Los tratados y convenios internacionales que tienen que ver con derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, Sentencia C-067/03 M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Artículo	Observación
Artículo 2 La solidaridad internacional se basará en los principios siguientes: g) La responsabilidad de los Estados ante sus pueblos con respecto a la aplicación de su política exterior y sus acuerdos y asociaciones bilaterales, regionales e internacionales;	Colombia cumple, un ejemplo es en el Acuerdo de Cartagena donde las partes en el preámbulo señalan: LOS GOBIERNOS de Bolivia, Colombia, el Ecuador, el Perú y Venezuela, FUNDADOS en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia; (...)
Artículo 4 1. La solidaridad internacional será un nuevo principio primordial en el que se basa el derecho internacional contemporáneo, respondiendo a la necesidad de un cambio transformador que abarque los objetivos de equidad, igualdad de resultados, sostenibilidad, seguridad, justicia social y empoderamiento, aplicable a todos los países, desarrollados y en desarrollo por igual.	La Constitución Nacional establece el principio de la solidaridad a través del Artículo 95 el cual dispone: <i>ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.</i> <i>2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;</i> Asimismo, la Corte Constitucional reconoce el principio de la solidaridad, tal como lo señala la Sentencia No. T-116/93 M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA: <i>“En cuanto a la solidaridad, este es un principio que aspira a realizar el valor justicia, que tiene su fundamento en la dignidad humana”.</i>
Artículo 9 1. En la elaboración y aplicación de los acuerdos internacionales y normas conexas, los Estados se asegurarán de que los procedimientos y los resultados sean plenamente compatibles con sus obligaciones en materia de derechos humanos en las cuestiones relativas a, entre otras cosas, el <u>comercio internacional, la inversión, las finanzas, la fiscalidad, el cambio climático, la protección ambiental, la asistencia y el socorro humanitarios, la cooperación para el desarrollo y la seguridad.</u>	El Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos en el preámbulo reafirma la disposición del Artículo 9 del Proyecto: <i>IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental;</i> De esta forma, las Partes reafirman que sus compromisos comerciales estén acordes con la protección de los derechos humanos y la promoción del desarrollo sostenible.

Artículo	Observación
Artículo 12 El derecho a la solidaridad internacional impondrá a los Estados obligaciones negativas particulares, requeridas por los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, con inclusión de: a) No adoptar acuerdos de libre comercio o tratados de inversión que menoscaben los medios de vida u otros derechos de las personas;	El Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio establece que: <i>Las Partes en el presente Acuerdo,</i> <i>Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico, (...)</i>

Conclusión

Dado el carácter de soft law del Proyecto, pero que realiza una gran labor orientada al reconocimiento de buenas prácticas por los Estados con respecto a temas de derechos humanos, podemos concluir que es una declaración cuyas disposiciones no son vinculantes para las partes, ni generan compromisos en el derecho internacional. No obstante, pudimos observar que los Artículos

relacionados con comercio no van en contra de nuestros compromisos adoptados con distintos socios comerciales.

Finalmente, el Estado Colombiano podría suscribir dicha declaración al estar acorde con los compromisos comerciales internacionales, sin perjuicio del análisis de otros Ministerios frente a los temas de su competencia.



03

Actualidad

Actualidad

Unión Europea- Medidas antidumping sobre el biodiesel procedente de la Argentina DS473 Reporte Sobre el informe del Grupo Especial y el Órgano de Apelación

Problema Jurídico: Argentina impugna algunas medidas adoptadas por la Unión Europea (UE) que establecen derechos antidumping sobre el biodiesel procedente de Argentina. Colombia, ejerciendo su derecho bajo el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), participa como tercero en la controversia.

Notas:

Argentina aduce que las medidas de la Unión Europea son contrarias a los artículos 1, 2.1, 2.2, 2.2.1.1, 2.2.2, 2.4, 3.1, 3.2, 3.4, 3.5, 6.2, 6.4, 6.5, 6.5.1, 9.3, 18 y 18.4 del Acuerdo Anti-Dumping, el artículo VI del GATT de 1994 y el artículo XVI del Acuerdo de Marrakech.

El 19 de diciembre de 2013, Argentina presentó una solicitud de consultas con la Unión Europea para discutir algunas medidas en las que la Unión Europea establece derechos antidumping sobre el biodiesel procedente de Argentina. Después de no llegar a una solución satisfactoria durante las consultas, el 13 de marzo de 2014 Argentina solicitó el establecimiento de un Grupo Especial, cuyo informe final fue circulado el 29 de marzo de 2016. Ante el Grupo Especial, Argentina demandó el apartado 5 del artículo 2 del Reglamento (CE) N° 1225/2009 del Consejo de la Unión Europea (Reglamento de base), por ser incompatible “en sí mismo” con el artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping y el artículo VI:1 (b) (ii) del GATT de 1994. Adicionalmente, impugnó las medidas antidumping impuestas por la Unión Europea sobre las importaciones de biodiesel procedente de la Argentina, como resultado de una aplicación del Reglamento de base.

Con respecto a lo anterior, el Grupo Especial determinó que el Reglamento de base no era incompatible “en sí mismo” con los artículos 2.2

del Acuerdo Antidumping y VI:1 (b)(ii) del GATT de 1994. Sin embargo, encontró que algunas partes de la investigación llevada a cabo por la UE para imponer medidas antidumping al biodiesel proveniente de Argentina, eran incompatibles con algunos artículos del Acuerdo Antidumping. Por ende, sostuvo que la aplicación del Reglamento de base, en este caso, resultaba incompatible con las obligaciones de la UE bajo este último acuerdo.

El análisis del Grupo Especial comenzó con el estudio de algunas cuestiones preliminares planteadas por la UE, en las que adujo que la demanda de Argentina referente a los artículos 2.2 del Acuerdo Antidumping y VI: 1 del GATT estaba fuera de los términos de referencia, por no haberse incluido en la solicitud de consultas. Con respecto a esto, el Grupo Especial consideró que dichos artículos tienen una relación estrecha con el 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping, así como con las medidas y obligaciones debatidas en la controversia. Por lo tanto, estableció que es razonable entender que el reclamo de Argentina con respecto a los artículos 2.2 del Acuerdo Antidumping y VI: 1 del GATT surgió de lo discutido en las consultas, así no se hubiese mencionado allí explícitamente.

Ante el Grupo Especial Argentina alegó que, contrario a los artículos 2.2 y 2.2.1.1 del Acuerdo

Antidumping y VI.1 (b) (ii) del GATT de 1994, el Reglamento de base de la UE permite usar fuentes externas al país de origen de un producto para calcular el valor normal de sus costos de producción. Esto, cuando se determine que los registros de los productores y exportadores no lo reflejan. Sin embargo, el Grupo Especial estableció que aunque el artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping y el artículo VI.1 (b) (ii) del GATT exigen que los costos de producción reflejen las condiciones existentes en el país de origen, esto no obsta para que puedan usarse fuentes ajenas a dicho país para calcular su valor normal. Por ende, el Grupo Especial determinó que la medida en cuestión no es incompatible “en sí misma” con el artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping y el artículo VI.1 (b) (ii) del GATT. Ahora bien, la UE argumentó que debido a la fuerte regulación del mercado de biodiesel en Argentina, su costo normal de producción debía ser construido, pues las dinámicas del mercado interno, al no desarrollarse de forma natural, no lo reflejaban. Sin embargo, el Grupo Especial consideró que ésta no era una razón suficiente para aducir que los registros de los productores argentinos no reflejan el costo normal de producción de biodiesel en el país. Por ende, estableció que la actuación de la UE es incompatible con el artículo 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping. Adicionalmente, el Grupo Especial consideró que la UE actuó de forma incompatible con los artículos 2.2 del Acuerdo Antidumping y VI.1 (b) (ii) del GATT, en tanto el costo de producción construido no refleja aquel que prevalece en Argentina como país de origen del producto. Como consecuencia de lo anterior, el Grupo Especial estableció que la actuación de la UE también es incompatible con el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping.

Otras constataciones del Grupo Especial incluyeron i) que la investigación llevada a cabo por la UE para determinar las medidas antidumping aplicables a Argentina, no obedece a un examen objetivo de la información y por ende, es incompatible con los artículos 3.1 y 3.4 del Acuerdo Antidumping; ii) que Argentina no

demonstró una incompatibilidad con el artículo 3.5 del Acuerdo Antidumping, referente al análisis de no atribución hecho por la UE.

Posteriormente, tanto Argentina como la UE apelaron ciertas interpretaciones del Grupo Especial y el 6 de octubre de 2016 el reporte del Órgano de Apelación fue circulado. Éste mantuvo las constataciones del Grupo Especial e hizo énfasis en que dicho grupo había realizado una evaluación objetiva de la controversia. Esto, teniendo en cuenta que cuando la normatividad interna de un país es acusada de ser “en sí misma” incompatible con las obligaciones de la OMC, el Grupo Especial debe examinar dicha normatividad de forma detallada.

Posición de Colombia:

Ejerciendo su derecho como tercero, Colombia intervino en la controversia y expresó su opinión acerca de dos asuntos puntuales analizados por el Grupo Especial: su interpretación del artículo 2(5) del Reglamento base y su determinación con respecto al análisis de no atribución llevado a cabo por la UE.

Con respecto al primer punto, Colombia consideró que el Grupo Especial no realizó un análisis profundo del artículo 2(5) del Reglamento base, pues no estudió, por ejemplo, otras normas internas de la UE que podían servir como parte del contexto. Por ende, la opinión de Colombia fue que el análisis del Grupo Especial no fue realizado de acuerdo a la obligación que impone el artículo 11 del ESD, ésta es, realizar una evaluación objetiva de la controversia.

Por otra parte, Colombia consideró que, contrario a lo que determinó el Grupo Especial, la magnitud del margen de dumping, así como los otros elementos incluidos en el artículo 3.4 del Acuerdo Antidumping, podrían haber sido una causa determinante de los daños que aduce la UE.

Actualidad

Ley de Régimen Propio de Licores aprobada en el Congreso de la República

En el cuarto debate la Plenaria del Senado de la República aprobó el proyecto de ley de licores presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio Comercio, Industria y Turismo. En el último debate se introdujeron varios cambios en el articulado del proyecto de ley razón por la cual, pasará a conciliación con la Cámara de Representantes.

Fecha: 4 de octubre de 2016.

Síntesis de los objetivos de la Ley:

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución de 1991 *"la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental... Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación."* La Constitución de 1991 retomó el tema de los monopolios con fines rentísticos estableciendo que se deberían reglamentar por medio de una Ley de régimen propio, cuestión que se está cumpliendo por medio del proyecto de Ley aprobado.

El objetivo del proyecto aprobado en el Senado, es reformar ((i) incrementar el recaudo de los Departamentos proveniente del impuesto al consumo de licores, en el cual se modifica su base gravable y la tarifa, ii) establecer reglas claras para la introducción de licores a los departamentos. Se trata de reemplazar el impuesto al consumo actual con un impuesto mixto no discriminatorio compuesto por un gravamen sobre el contenido del alcohol y un impuesto ad valorem. El proyecto también contiene requisitos claros y objetivos para la autorización de introducción de bebidas

alcohólicas a los Departamentos, garantizando que tales autorizaciones se concedan de una forma abierta, justa y no discriminatoria.

En general el proyecto aprobado, proporciona directrices claras para el funcionamiento de los monopolios rentísticos que los Departamentos deben cumplir y de igual forma se armoniza las leyes nacionales con las normas internacionales.

El efecto inmediato se verá reflejado en mayores recursos para la salud, el deporte y la educación en los Departamentos y en la lucha contra el contrabando y la adulteración de bebidas alcohólicas.

De acuerdo con la Ley, los licores destilados tendrán que pagar un impuesto de \$220 por cada grado de alcohol, además de un impuesto ad valorem del 25%. Así mismo, se estableció que todos los licores tendrán que pagar un IVA del 5%. Por último, las bebidas alcohólicas fermentadas como los vinos, pagarán \$150 por grado y su gravamen ad valorem quedo definido en el 20%.

2016 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
consultasoali@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



**MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO**



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN