

Acuerdos

Revista de derecho económico internacional

El Centro de Asesoría
Legal en Asuntos
OMC - ACWL.
**La contribución de
Colombia a su creación**

Treinta años de la
reestructuración
del sector portuario
colombiano;
**eslabón clave en
el comercio exterior
y la reactivación
de la economía**

**La valoración del conocimiento
como base de un desarrollo
sostenible y con equidad**



Tabla de contenido

- Editorial: María Ximena Lombana Villalba
Ministra de Comercio, Industria y Turismo - Pág. 4
- Editorial: Andrés Cárdenas Muñoz
Viceministro de Comercio Exterior - Pág. 7
- El Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC - ACWL.
La contribución de Colombia a su creación - Pág. 11
- Treinta años de la reestructuración del sector
portuario colombiano; eslabón clave en el comercio
exterior y la reactivación de la economía - Pág. 19
- Oficina de Asuntos Legales Internacionales:
Práctica de derecho internacional al servicio del país - Pág. 28
- La participación de Colombia en la Organización
Mundial del Comercio - Pág. 37
- Así concluyó la reciente Presidencia Pro Témporte de
Colombia en la Comunidad Andina - Pág. 52
- La migración comunitaria: experiencia europea,
evolución en la Comunidad Andina y el estatuto
migratorio andino en el contexto del Covid-19 - Pág. 58
- El derecho internacional, precursor intelectual
de la modernidad - Pág. 68
- Conceptos OALI - Pág. 71
- Noticias de actualidad - Pág. 141

CRÉDITOS

María Ximena Lombana Villalba

Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Andrés Cárdenas Muñoz

Viceministro de Comercio Exterior

Mauricio Andrés Salcedo Maldonado

Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Néstor Santiago Arévalo Barrero

María Elisa Abril Barreto

Sara Lucía Dangón Novoa

Valentina Botello León

Julián Eduardo Becerra Sánchez

Comité Editorial

María Elisa Abril Barreto

Coordinadora de Comité Editorial

Fernando Rivera – Hernán Panesso

Grupo Comunicaciones

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Diseño y Diagramación

La Revista "Acuerdos" es un espacio de divulgación académica y de los conceptos legales más importantes emitidos por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, durante los últimos 12 meses. Los conceptos aquí publicados por la Oficina deben ser analizados a la luz del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el contexto de las circunstancias específicas que dieron lugar a las consultas, y sus respuestas. De otra parte, los Artículos de orden académico publicados en esta revista reflejan de manera exclusiva la opinión académica de sus autores que fueron invitados a escribir en esta edición por su reconocimiento y experiencia en el ámbito internacional. En este sentido los textos de los artículos NO REFLEJAN LA VISIÓN, LAS POSICIONES Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y ACADÉMICOS del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales ni de sus abogados.

Publicación Digital

2021 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Todos los derechos reservados

Calle 28 No. 13 A – 15 PBX: (+57) 601 6067676

www.mincit.gov.co

Bogotá, Colombia

La valoración del conocimiento como base de un desarrollo sostenible y con equidad

María Ximena Lombana
Ministra de Comercio, Industria y Turismo



Sin perjuicio del respeto a la protección de derechos de propiedad intelectual, Colombia apoya liberación temporal de las patentes de vacunas contra el Covid-19 y sus insumos.

Contar con la infraestructura necesaria para atender las apremiantes necesidades en salud de los colombianos constituye una preocupación permanente de todos los estamentos del gobierno nacional. De esta manera, garantizar el derecho a la vida y la salud es una tarea que impacta positivamente diferentes sectores, entre ellos el comercio, la industria y el turismo.

La crisis producida por el Covid-19, entre cuyas consecuencias se cuenta la escasez de contenedores, afectó el aparato productivo con una contracción de la demanda y de la oferta de productos y servicios de los empresarios. Las empresas reportaron una disminución de la demanda del 69,1%, situación que ha generado dificultades de abastecimiento de insumos para siete de cada diez empresarios y restricciones de acceso al financiamiento en el 28,3 % de las empresas¹.

En medio de este panorama, el gobierno nacional adelanta diferentes líneas de acción para el corto y mediano plazo, con el propósito de ofrecer a los ciudadanos acceso oportuno a un sistema que prevenga de manera eficiente la propagación de virus y otras enfermedades. Con este fin no solo se adelantan gestiones encaminadas a la compra y aplicación masiva de vacunas o al desarrollo de ciencia, tecnología e innovación, también el gobierno promueve acciones en el marco de la Organización Mundial de Comercio con el propósito de lograr un acuerdo sobre disposiciones temporales relativas a la propiedad intelectual, que apoyen una pronta solución a la pandemia.

El país ha adquirido aproximadamente 70 millones de dosis de vacunas con las cuales espera inmunizar a 40,5 millones de personas².



¹ CONPES 4023: POLÍTICA PARA LA REACTIVACIÓN, LA REPOTENCIACIÓN Y EL CRECIMIENTO SOSTENIBLE E INCLUYENTE: NUEVO COMPROMISO POR EL FUTURO DE COLOMBIA, 11 de febrero de 2021, página 89 en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4023.pdf>

² Ministerio de Salud y Protección Social, Vacunación contra Covid-19, <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Vacunacion/Paginas/Vacunacion-Covid-19.aspx>

Paralelamente se adelantan ingentes esfuerzos para planear y construir la infraestructura necesaria para la producción de biológicos y de otros insumos. Al respecto, el pasado jueves 16 de diciembre Colombia suscribió un memorando de entendimiento con Vaxthera, empresa del Grupo Sura, y la canadiense Providence Therapeutics, que da inicio a una primera fase en la producción de vacunas en el país. Este memorando se suma a los diferentes acercamientos que en materia de cooperación adelanta el Ministerio de Salud y Protección Social con autoridades de India y China.

Tal como lo ha señalado la Comisión de Sabios del año 2019, un sistema robusto de Ciencia, Tecnología e Innovación puede producir nuevo conocimiento y promover el uso del mejor conocimiento generado en cualquier parte del mundo, recurriendo a los principios fundamentales de la actividad científica y a la infraestructura tecnológica hoy disponible y la que emergerá en los siguientes 25 años, para aprovechar las oportunidades existentes o resolver problemas y necesidades apremiantes³

En el marco de la Organización Mundial de Comercio, India y Sudáfrica presentaron una propuesta denominada “Exención de determinadas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC para la prevención, contención y tratamiento de la Covid-19” con nomenclatura IP/C/W/669, la cual fue circulada por la Secretaría de la OMC el día 2 de octubre de 2020.

Al respecto, en diferentes oportunidades la República de Colombia manifestó su interés en aprovechar el Consejo de los ADPIC como un espacio para la coordinación y discusión constructiva entre los Miembros de la OMC, considerando de gran importancia la interacción entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y la salud pública.

En el marco de este debate se hizo un llamado a prestar especial atención al fortalecimiento de producción y abastecimiento de vacunas, insumos y medicamentos, entendiendo que las acciones se deben dirigir a mejorar las debilidades de las cadenas de producción y suministro.

Así mismo, invitó a discutir las alternativas para satisfacer globalmente incrementos súbitos de la demanda de medicamentos, vacunas u

otros bienes necesarios para atender una emergencia a partir de la transferencia de información, conocimiento y de tecnologías, con el propósito de asegurar que todas las poblaciones atiendan sus necesidades.

Ha señalado que el conocimiento y las tecnologías necesarias para mitigar una emergencia deben ser asequibles para todos los países, especialmente en tiempos de calma, que es cuando deben prepararse para las crisis. Resaltó la necesidad no solo de responder a la crisis que enfrentamos, también asegurar la sostenibilidad de un sistema que permita la innovación para atender crisis futuras.

Finalmente, el 16 de diciembre de 2021, en sesión del Consejo de los ADPIC, la República de Colombia señaló que sin perjuicio del respeto a la protección de los derechos de propiedad intelectual y a las intervenciones realizadas y que se realicen en esta materia, el país expresa su apoyo a la liberación temporal de las patentes de las vacunas contra el Covid-19 y sus insumos. También resaltó la importancia para el país de contar con un waiver para las patentes de las vacunas como parte de un conjunto de herramientas que incluyan la ampliación y descentralización de los centros de fabricación de biológicos por todo el país, y un sistema de transferencia de tecnología que nos permita enfrentar de manera efectiva esta pandemia y las próximas crisis.

Seguramente las discusiones que actualmente se adelantan en el marco de la Organización Mundial de Comercio rendirán sus frutos y, esperamos que la suma de las acciones descritas, tal como lo señaló la Misión de Sabios del 2019, haga posible la construcción de una sociedad donde el conocimiento sea mejor valorado y se convierta en la base de un desarrollo humano, sostenible y con equidad.

María Ximena Lombana
Ministra de Comercio,
Industria y Turismo

3 Colombia hacia una sociedad del conocimiento: reflexiones y propuestas Volumen I. Capítulo de Ciencias de la Vida y la Salud, página 255, Autores Juan Manuel Anaya, Nubia Muñoz, Isabelle Magnin (Francia), Rodolfo Llinás, Jorge Reynolds. © Vicepresidencia de la República de Colombia, © Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación

Hacia la internacionalización de la economía colombiana

Andrés Cárdenas Muñoz

Viceministro de Comercio Exterior



Durante los últimos 30 años, y aún con las coyunturas económicas que el país ha tenido que afrontar, desde la crisis económica de 1999 hasta la emergencia sanitaria causada por la pandemia de Covid-19, las exportaciones han aumentado, nominalmente, a una tasa promedio anual del 5%.

Esto es resultado de varios factores. Por un lado, del trabajo articulado del sector Comercio, Industria y Turismo y del sector privado para consolidar a Colombia como un país exportador. Por otro, de la construcción de políticas de Estado dirigidas a promover el aprovechamiento de los Tratados de Libre Comercio y de Promoción Comercial; la atracción de inversión extranjera directa de eficiencia que permita la adopción de nuevas tecnologías, el crecimiento económico y la inserción en cadenas globales de valor; y la facilitación del comercio, todo lo cual nos permitirá avanzar en el largo camino hacia el desarrollo sostenido.

La diversificación de la canasta exportadora, cada vez más consolidada

Durante los últimos 30 años el país ha avanzado en la diversificación de su canasta exportadora. Avanzamos en este frente incluso durante la pandemia por el Covid-19. Un indicador es que la participación de ventas de productos no minero-energéticos en las exportaciones del país ya alcanzó, a septiembre del 2021, el 45,7% del total de exportaciones.

De hecho, los Acuerdos Comerciales vigentes en Colombia han jugado un papel clave en esta tarea de diversificación e internacionalización. En efecto, el 55% del incremento de las exportaciones no mineras se justifica en la exportación de nuevos productos, que son aquellos que no se exportaban un año antes de la entrada en vigor de cada Acuerdo Comercial.

Esta relación no es coincidencia, sino el resultado de la evaluación de los intereses económicos y estratégicos de Colombia en el mundo, acordando prerrogativas comerciales para nuestros productos y ganando espacio en mercados competitivos. Primero, cabe destacar los esfuerzos de internacionalización, impulsados por el Gobierno Nacional y que han impulsado a las empresas en las regiones a insertarse en mercados internacionales y fortalecer su talante competitivo ante el mundo.

También encontramos resultados en el número de empresas exportadoras de Colombia. Desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo siempre hemos entendido que la diversificación de la canasta exportadora no solo debe observarse desde la balanza comercial o con relación a algunos productos específicos, sino

también a partir del número de empresas dedicadas a exportar, las cuales en estos 30 años han crecido 6% en promedio.

La internacionalización de la economía como mecanismo para dar un salto tecnológico

La internacionalización es un medio para que el país adopte y adapte tecnologías para una mayor prosperidad de sus habitantes, que redunde en la atracción de inversión extranjera, la tecnificación de procesos productivos y en la estandarización de mecanismos para que las empresas alcancen mayor eficiencia y calidad.

Precisamente, para preparar a las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y emprendedores hacia la internacionalización y las exportaciones, contamos con programas como Fábricas de Productividad, Fábricas de Internacionalización, Calidad para Exportar Bancóldex Más Global. A través de ellos hemos trasladado valor a más de 6.000 empresas y se ha generado un aumento de entre el 35 y el 38% de la productividad de cerca de 3.500 empresas.

Pero además, avanzamos en la implementación de la estrategia de regionalización de la Misión de Internacionalización. Ya arrancamos en Santander, Norte de Santander, Bolívar, Magdalena y Atlántico y seguiremos con más regiones, con lo que buscamos implementar las recomendaciones de la Misión desde las regiones, partiendo del respeto a su autonomía y a los esfuerzos que hacen en la materia, así como profundizar los planes de internacionalización departamentales, fomentando el trabajo Nación-región en temas sectoriales y transversales.

Con todas estas iniciativas también impulsamos la exportación de servicios basados en el conocimiento y aprovechando oportunidades ofrecidas por la tecnología, buscamos también que mipymes colombianas vendan bienes o servicios a multinacionales en Colombia. Por todo esto, y como lo mencioné, en estas 3 décadas, en términos nominales, las exportaciones de Colombia han aumentado a una tasa promedio del 5% y hemos logrado la diversificación de la canasta exportadora con ganadores como el agro y la agroindustria. Seguimos en ese objetivo, apostando por empresas y productos más productivos y competitivos.

Andrés Cárdenas Muñoz
Viceministro de Comercio Exterior

Autores



Nicolás Palau

Abogado con Maestrías en Derecho de la Universidad de los Andes y en Desarrollo Económico de la Universidad Erasmus de Rotterdam en los Países Bajos. Ha sido asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Presidencia de la República. Fue Director de Inversión Extranjera, servicios y Propiedad Intelectual en el Ministerio de Comercio y hoy es el Representante Permanente Adjunto de la Misión de Colombia ante la Organización Mundial del Comercio -OMC-. Profesor en las facultades de Derecho de la Universidad de los Andes, del Rosario y del Externado



Lorena Rivera

Profesional en Relaciones Internacionales en la Universidad Externado, especializada en economía de la Universidad Javeriana, con maestría en Economía Política del London School of Economics. Actualmente es Asesora Comercial en la Misión Permanente de Colombia ante la OMC. Ha estado vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo durante 10 años, en los cuales también se ha desempeñado en el despacho del Viceministerio de comercio exterior, en la Dirección de Integración Económica y en el equipo negociador.



Carolina Herrera

Abogada de la Universidad Externado, con un LL.M en European and International Trade and Investment Law de la Universidad Católica de Lyon y un LL.M en Transnational Legal Practice de la St. Johns University of New York School of Law. Actualmente Gerente Regional de Acceso a Mercados y Política Comercial del Departamento de Comercio Internacional del Gobierno del Reino Unido para la Región Latinoamericana y el Caribe.



Sandra Charris

Abogada, con Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales contemporáneos; fue Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales entre octubre 2016 y agosto 2019. Fue funcionaria internacional del servicio jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En la actualidad se desempeña como Asesora de la Oficina Comercial en Bruselas, MinCIT, Misión de Colombia ante la Unión Europea.



Mauricio Salcedo

Esposo y padre de tres hijos. Abogado de la Universidad de los Andes con especialización en Derecho Económico de la Universidad del Externado, Magister en Derecho Internacional de Georgetown University, con estudios avanzados en derecho del comercio internacional y de la OMC de Georgetown, del Instituto de Estudios de la OMC en Ginebra-Suiza y de la Academia de Oficiales de Negocios del Ministerio de Comercio de China. Candidato a Doctor en Derecho Internacional del Graduate Institute- Ginebra, Suiza. Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia desde 2019.



Kian Posada-Kasegari

Jurista y Economista de la Universidad de Concordia en Montreal-Canada, Maestría en Derecho Público Económico de la Universidad de Paris Sorbona-Panteón, y Evaluación de Políticas Públicas, Sciences Po, Paris-Francia. Actualmente es oficial del departamento económico y estadísticas de la OMC.



Sara Lucía Dangón

Asociada de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP y profesora asistente de la Universidad Javeriana. Contratista de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, fue asociada en la firma Posse, Herrera & Ruiz e investigadora de la Universidad de los Andes. Es abogada y Magister en derecho internacional público de la Universidad de los Andes.



Abdul Fatat

Economista de la Universidad Externado con Magister en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia. Se ha desempeñado como Asesor en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, en Fiducoldex, en el Departamento Nacional de Planeación y en Colciencias. Actualmente es Director de Integración Económica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia desde junio de 2017, a cargo de las relaciones comerciales del país con América Latina y El Caribe.



Luz Marina Monroy

Economista de la Universidad de los Andes, especializada en economía internacional. Trabajó en Fedesarrollo, en el Departamento Nacional de Planeación, en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en donde estuvo a cargo de las negociaciones de acceso a mercados, y en la Secretaría General de la Comunidad Andina como Secretaria General (a.i) y Directora General de Comercio.



Carolina Bonilla

Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública de Colombia, Especialista en Proyectos de Desarrollo de la ESAP y Máster en Comercio Internacional del Instituto Europeo de Postgrados y la Escuela de Negocios de la Universidad de San Pablo de España. Actualmente es Asesora de la Dirección de Integración Económica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.



Gonzalo Tello

Vicepresidente de la Comisión de Derecho Internacional de la Sociedad Peruana de Derecho. Miembro de la Association of Young International Criminal Lawyers. Con formación académica en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Comunitario.



Edgar Iván Ramírez Ángel

Abogado, ex Jefe de las Oficinas Asesoras Jurídicas de los Ministerios de Comercio Exterior y de Relaciones Exteriores y ex Coordinador de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.



El Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC - ACWL

La contribución de Colombia a su creación

*Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia
Misión Permanente de Colombia ante la OMC.¹*

¹ Este artículo fue preparado por la Misión Permanente de Colombia ante la OMC (en particular por Nicolás Palau -Representante Permanente Adjunto-, Lorena Rivera -Consejera Comercial- y Andrea Buitrago -Investigadora-); con la valiosa ayuda de la OALI.

I. Introducción y resumen

La génesis del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (en adelante “Centro” o “ACWL” por las siglas en inglés de su nombre, a saber, *Advisory Centre on World Trade Organization Law*) es un aporte fundamental de Colombia al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional del Comercio. En particular, la audacia y persistencia de una funcionaria colombiana, de nombre Claudia Orozco, en el proceso de imaginación, diseño y creación del ACWL son un modelo a seguir para las nuevas generaciones de funcionarios colombianos, pues aún a pesar del peso relativamente pequeño de Colombia en la geopolítica mundial, las buenas ideas y el tesón para llevarlas a cabo logran producir cambios que afectan positivamente a todos los países.

Este escrito tiene como propósito explorar la génesis del Centro. En particular, registrar los principales aportes y contribuciones específicas de Colombia a su desarrollo y puesta en marcha.

Bajo este objetivo, la Sección II abordará los antecedentes bajo los cuales surgió la figura del ACWL. La Sección III analizará en detalle los puntos propuestos por Colombia, el diseño inicial de su estructura, evolución e implementación. La Sección IV examinará la postura de varios miembros de la OMC frente a la propuesta de creación del Centro, así como algunas propuestas alternativas. La Sección V hará un repaso general del éxito de la idea, de hasta dónde ha llegado hoy el Centro en su aniversario número 20. Finalmente, la Sección VI concluirá con unas breves reflexiones.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, así como la Misión Permanente de Colombia ante la Organización Mundial del Comercio (en adelante “OMC”), esperan que este escrito sea de utilidad para el Centro y sus Miembros, así como para incentivar a las nuevas generaciones de funcionarios del Gobierno colombiano y de otros países en desarrollo con una narración acerca de la dimensión de los aportes que pueden realizar con su trabajo, ideas y empeño.

II. Contexto de la creación del ACWL

La entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech, por medio del cual se creó la OMC

como organismo internacional en 1995, trajo consigo la consolidación de un sistema multilateral de comercio basado en reglas, fortalecido por el establecimiento de un nuevo y robusto mecanismo de solución de controversias².

La legitimidad de un sistema multilateral de solución de controversias se basa en dos elementos fundamentales, a saber, i) la existencia de reglas y procedimientos claros para la participación de los miembros; y ii) el adecuado conocimiento y la efectiva aplicación de dichas reglas y procedimientos por todos los miembros, sin importar el tamaño de su economía o participación en el comercio mundial. Bajo estos postulados fue, en principio, concebida la OMC, así como su mecanismo de solución de controversias.

En efecto, respecto al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante “GATT”), antecesor de la OMC, el Acuerdo de Marrakech derivó en importantes avances para equilibrar la participación de los miembros en materia de solución de controversias. A partir de la experiencia acumulada en el funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias del GATT, el nuevo Acuerdo prometía un esquema más robusto y reglado.

Por un lado, se implementó un esquema de dos instancias, basado en estrictas reglas de procedimiento y plazos definidos, que acotaba la vulnerabilidad del sistema a los deseos de sus miembros más poderosos.³ Por otro lado, se eliminó la figura del consenso positivo para la adopción de decisiones por parte del Órgano de Solución de Diferencias (en adelante “OSD”) encargado de resolver las diferencias entre los miembros. Bajo esta figura, la adopción de decisiones (e incluso la remisión de una diferencia a un grupo especial) estaba sujeta a que ninguna parte contratante del Acuerdo se opusiera a la decisión⁴. Bastaba con que un país, incluyendo el demandado, se opusiera a la adopción de una decisión para bloquearla e impedir su adopción. Así las cosas, el nuevo conjunto

de Acuerdos pretendía mejorar la eficacia del mecanismo de la solución de controversias haciéndolo obligatorio, con dos instancias y un mecanismo de retaliación en caso de incumplimiento en la implementación de un fallo.

Sin embargo, la realidad reveló desde el comienzo que la mayor eficacia del mecanismo no era suficiente para superar las inequidades a las que se enfrentaban los países en desarrollo⁵. En particular, cuando debían responder a una demanda carecían de las herramientas y conocimientos técnicos necesarios para hacerlo en igualdad de condiciones⁶ y, frente a derechos vulnerados por otros socios comerciales, preferían no hacerlo ante el tamaño del desafío práctico al que se enfrentaban. A esto se agrega el hecho de que un número significativo de países en desarrollo fue progresivamente adhiriéndose a la OMC, muchas veces sin o con muy poca experiencia previa en el GATT y sus reglas. De ahí que el segundo elemento de la legitimidad del sistema de comercio multilateral mencionado, relacionado con la aplicabilidad real de sus mecanismos, haya sido cuestionado.

Como se verá, si bien algunas disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante “ESD”) pretendían desde un comienzo fortalecer la participación de los países en desarrollo en el sistema de solución de controversias -como la disponibilidad de expertos legales en la Secretaría de la Organización para acompañar los procesos de los países en desarrollo establecida en su artículo 27⁷ -, mostraron ser inoperantes e insuficientes. Factores como la ausencia de entrenamiento técnico, recursos económicos limitados,

⁵ Shaffer, G. (2003, Marzo). *How to make the WTO Dispute Settlement System work for Developing Countries: Some Proactive Developing Country Strategies*. ICTSD Resources Paper, pp. 1-65.

⁶ Qureshi, A. H. (2003). *Participation of Developing Countries in the WTO Dispute Settlement System*. *Journal of African Law*, 47(No.2), 174-198.

⁷ DSU Article 27.2, “While the Secretariat assists Members in respect of dispute settlement at their request, there may also be a need to provide additional legal advice and assistance in respect of dispute settlement to developing country Members. To this end, the Secretariat shall make available a qualified legal expert from the WTO technical cooperation services to any developing country Member which so requests. This expert shall assist the developing country Member in a manner ensuring the continued impartiality of the Secretariat”. *Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994)*

² Shaffer, G. (2006, July). *The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country adaptation*. *World Trade Review*, 1-21.

³ Borgh, K. V. (1999). *The Review of the WTO Understanding on Dispute Settlement: Some reflections on the Current Debate*. *American University International Law Review* (4), 1223-1243.

⁴ Junior, R. D. (2009). *An Advisory on WTO Law for Mercosur Members: Bridging Disparities Through Collective Action*. Disponible en: http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/roberto_disennajr_articlessp.pdf

falta de profesionales expertos, ausencia de garantías de imparcialidad, complejidad y tecnicismo de los asuntos en disputa, entre otros, limitaban el aprovechamiento efectivo del sistema por parte de los miembros no desarrollados⁸.

¿Qué dice el ESD sobre la participación efectiva de los Miembros y por qué resultó insuficiente?

A fin de enfrentar las limitaciones en materia de representación y defensa de los derechos de los países en desarrollo, el ESD incluyó dentro de las responsabilidades de la Secretaría de la OMC el artículo 27.2. Esta disposición otorga la posibilidad a los países en desarrollo de solicitar a la Secretaría de la OMC asesoría jurídica y asistencia técnica adicional en el marco del mecanismo de solución de controversias. Para esto, la Secretaría de la OMC debe poner a disposición del miembro solicitante un experto jurídico que brinde asistencia técnica de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría⁹.

La asistencia técnica proporcionada por la Secretaría bajo el mandato del artículo 27.2 del ESD, aunque en principio útil, presentó desde el comienzo grandes retos en tanto: i) el número de expertos técnicos a disposición resultaba insuficiente para la demanda existente¹⁰; y ii) la asesoría jurídica se limitaría principalmente al funcionamiento del marco legal de la OMC y no se dirigiría a los argumentos específicos sustanciales en disputa, en aras de mantener la imparcialidad que se espera de la Secretaría, lo cual la hacía naturalmente limitada¹¹.

Además, los proyectos y esfuerzos implementados en materia de creación de capacidad y asistencia técnica para los países en desarrollo se quedaron cortos¹². En particular, los países en desarrollo con frecuencia indicaban que se trataba de programas dirigidos a fomentar el cumplimiento de las reglas incluidas en los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, en materia de participación en el sistema de solución de controversias, los países en desarrollo realmente requerían de

herramientas de interpretación que les permitieran explorar presuntas afectaciones e incumplimientos de las normas de la OMC por parte de otros miembros¹³, así como alternativas de solución de acuerdo con sus intereses.

Un ejemplo relevante que evidenció en la práctica estas necesidades fue el caso DS27 Comunidades Europeas – Régimen de importación, venta y distribución de bananos¹⁴, comúnmente denominado “Bananas Case”. En la década de los 90, Estados Unidos, país que no tiene producción propia de bananos, pero es sede de importantes compañías exportadoras de este producto, junto con Ecuador, Honduras, México y Guatemala, países para los cuales los bananos constituyen una importante fuente de ingresos y empleo, iniciaron una disputa en el marco del mecanismo de solución de controversias de la OMC en contra de las Comunidades Europeas. En esta disputa también participaron, como terceros, algunos países latinoamericanos y de África, el Caribe y el Pacífico para defender los acuerdos comerciales concluidos con la Unión Europea con anterioridad a la disputa del banano¹⁵.

Más allá de los argumentos legales, políticos y económicos de esta importante disputa, llamó la atención que, en 1996, durante la audiencia de primera instancia presidida por el grupo especial, se presentaron objeciones frente al hecho de que Santa Lucía, como tercero en la disputa, estuviera representada por un abogado privado y no exclusivamente a través de su delegación gubernamental (o de un experto de la Secretaría en virtud del artículo 27.2 mencionado). Al respecto, el grupo especial aceptó la objeción e indicó que desde la reunión de organización del grupo especial se había señalado claramente que solo podían participar los representantes de cada Gobierno, de forma que no se admitían abogados privados pues esto podría generar desventaja respecto de las otras partes que consultaron abogados privados para elaborar sus comunicaciones pero que no estaban acompañadas de sus abogados privados en la audiencia¹⁶.

8 Shaffer, *supra* note 1

9 DSU *supra* note 4.

10 Bown, C. P., & McCulloch, R. (2010, January). *Developing Countries, Dispute Settlement and the Advisory Centre on WTO Law. Policy Research Working Paper (5168)*, pp. 1-41.

11 Junior *supra* note 8.

12 Borghat *supra* note 7

13 Apolinario Yoshiura, J. (2010). *The WTO Dispute Settlement System and the Developing Countries. Boletim de Ciencias Economicas*, 53, 95-182.

14 Appellate Body Report, *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R*, adopted 25 September 1997, DSR 1997: II, 591

15 *Ibidem*

16 Panel Report, *European Communities — Re-*



Esta postura fue luego revertida por el Órgano de Apelaciones, quien permitió la participación del abogado privado en nombre de Santa Lucía. En particular, el Órgano de Apelaciones indicó expresamente que cada miembro tiene la libertad de decidir la composición de la delegación que representará sus intereses. Además, resaltó la importancia de contar con profesionales expertos y competentes en cada una de las etapas del proceso de solución de diferencias¹⁷.

La decisión del Órgano de Apelaciones solucionaba un problema pero reforzaba eventualmente otro: el costo financiero de una disputa con apoderados privados es significativo, con promedios a la fecha entre uno y un millón y medio de dólares para un caso "estándar"¹⁸.

En este contexto, Claudia Orozco, en su momento Ministra Consejera de la Misión de Colombia, que como abogada especializada representó a Colombia en el caso de banano y, por ende, fue testigo de la expulsión del abogado de Santa Lucía de la audiencia, inició una labor de investigación sobre mecanismos de asesoría legal para países en desarrollo que culminó con una propuesta de crear un mecanismo *sui generis* que respondiera a una necesidad evidente y creciente de los países en desarrollo. La Misión de Colombia propuso y desarrolló un proyecto dirigido no solo a asegurar asesoría legal especializada para países en desarrollo, sino además que tuviera un componente de formación de recursos humanos en esta nueva área del derecho económico internacional, de modo que les permitiera estar mejor preparados y posicionados ante futuras disputas abarcadas por el derecho de la OMC.

Así, Colombia, junto con un grupo de países interesados de diferentes regiones y niveles de desarrollo que se fueron sumando a la invitación, materializó esta iniciativa a través de la propuesta de creación de una organización internacional, con una estructura compleja y un esquema financiero y administrativo independiente, que fue finalmente presentada en la Conferencia Ministerial de Seattle en el año 1999 y que entró en funcionamiento en julio del 2001¹⁹.

gime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/USA, adopted 25 September 1997, DSR 1997: II, 591

17 Panel Report, *supra* note 13 p. 7

18 Advisory Centre on WTO Law. (2011, October 4). *The ACWL at Ten: Looking Back, Looking Forward*. Disponible en : https://www.acwl.ch/download/q/ACWL_AT_TEN.pdf

19 Plaisier, N., & Wijmenga, P. (2004). *Evaluation of*

III. Elementos fundamentales del proyecto presentado por Colombia

La Misión de Colombia ante la OMC, desde un inicio, explicó el proyecto como una forma de extrapolar a la esfera intergubernamental del comercio internacional el concepto de acceso a la justicia. Este derecho, considerado fundamental en la mayoría de jurisdicciones y aplicado con frecuencia a individuos, busca garantizar el ejercicio efectivo de los derechos independientemente de la capacidad económica del vulnerado. En el ámbito del comercio internacional el concepto de acceso a la justicia implicaba reconocer las limitaciones económicas y de recurso humano especializado en países en desarrollo para contratar abogados internacionales que los representaran con el fin de hacer uso efectivo del sistema de solución de controversias²⁰. Para el desarrollo riguroso de la propuesta, Claudia Orozco adelantó una investigación, a título personal, en la cual hizo una revisión sobre el mandato, objetivo y funciones de diversos organismos internacionales, y llevó a cabo innumerables entrevistas con académicos, delegados de Misiones en Ginebra de Miembros OMC que habían tenido casos de solución de diferencias y con funcionarios de la Secretaría de la OMC. Esto permitió un diagnóstico detallado del problema y la posibilidad de crear una respuesta "tailor-made" a cada uno de los problemas identificados²¹. Adicionalmente permitió dimensionar el tamaño de la entidad y el presupuesto necesario para su operación. El lema de la iniciativa fue "Progreso es la realización de utopías"²².

Así, la idea central se materializó con el diseño de una estructura fuera de la OMC e independiente política y económicamente²³, y ante todo mucho más ambiciosa que el

Trade-Related Technical Assistance: Three Geneva Based Organizations: ACWL, AITC and QNO. Policy and Operations Evaluation Department (IOB). IOB.

20 Entrevista Claudia Orozco, Mayo 2021

21 Entrevista Claudia Orozco, Noviembre 2020

22 Frase original de Oscar Wilde, en "The Soul of Man Under Socialism", 1891. La frase completa dice "A map of the world that does not include Utopia is not worth even glancing at, for it leaves out the one country at which Humanity is always landing. And when Humanity lands there, it looks out, and seeing a better country, sets sail. Progress is the realisation of utopias."

23 Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law

tipo de asesoría previsto en el artículo 27.2 del ESD. En la siguiente sección revisaremos los postulados principales de la propuesta de Colombia, para pasar luego a revisar las respuestas de algunos países a la iniciativa.

a) *Dos funciones fundamentales: asesoría legal especializada en solución de diferencias OMC y desarrollo de recurso humano especializado en asuntos legales de la OMC:*

Para efectos de lograr la participación plena, efectiva y a largo plazo de los países en desarrollo en el sistema de solución de controversias de la OMC, la propuesta mantenía que era necesario satisfacer dos necesidades, a saber: i) otorgar asesoría legal en casos de solución de controversias en la OMC; así como ii) brindar formación a funcionarios públicos en asuntos legales de los Acuerdos de la OMC. De esta forma, se garantizaba el desarrollo de recursos humanos para que países en desarrollo pudieran participar de manera efectiva en casos de solución de diferencias en la OMC.

Es importante resaltar que el objetivo principal del proyecto era habilitar y asesorar a funcionarios del Gobierno para que ellos mismos pudiesen adelantar la representación de los intereses de su país en casos de disputas comerciales. Se trataba entonces de utilizar cada caso de solución de diferencias como una oportunidad de aprendizaje y formación de recurso humano del país involucrado en un caso.

b) *Un equipo permanente de alta calidad jurídica:*

La idea fundamental enfatizaba la necesidad de contar con profesionales de gran experiencia y especialización en los temas legales de la OMC y solución de diferencias. Este énfasis respondía a dos necesidades: primera, el sistema jurídico de la OMC es por sí mismo complejo y, segunda, porque se trataba de que el equipo de profesionales que tuviera el Centro fuera un 'director técnico' del equipo del país en desarrollo que participaría en un caso de solución de diferencias. No es viable pretender asesorar y entrenar a países en desarrollo sin contar con abogados con conocimientos especializados en temas técnicos y en la compleja jurisprudencia de la OMC, capaces de enfrentar a los profesionales y firmas globales especializadas en estos asuntos. Así, un cuerpo de expertos jurídicos, independientes de la OMC y con financiación permanente, estaba en la base de la propuesta.

c) *Independencia económica y política:*

El modelo incluyó como característica principal la independencia económica y política del ACWL de cara a la OMC y a los países donantes. Para ello, el proyecto previó un esquema financiero novedoso: un fondo fiduciario compuesto de aportes de los países donantes y el derecho de membresía de los países usuarios, e ingresos permanentes de honorarios que se cobrarían por la asesoría legal que se otorgara durante un caso de solución de diferencias.

La independencia política se lograba creando el Centro fuera de la OMC como entidad propia de los países en desarrollo y países donantes interesados en los objetivos propuestos; una decisión clara sobre las actividades del Centro y una Junta Directiva con el único propósito de verificar el buen destino de los recursos y que la actividades y gastos del Centro se limitaran a su mandato.

d) *Membresía voluntaria y con condiciones diferenciadas:*

La estructura planteada permitía la participación de cualquier Miembro de la OMC interesado en el fortalecimiento del recurso humano en temas de solución de diferencias de la OMC. Países en desarrollo como posibles usuarios y países desarrollados como donantes²⁴.

La iniciativa reconocía que existen importantes diferencias entre los países en desarrollo, en particular por la capacidad económica de cada uno. En consecuencia, el modelo diferenciaba grupos de países (A, B, y C) basado en los datos registrados por el Banco Mundial en materia de ingreso per cápita. La lista del grupo A incluía países de alto ingresos como Corea y México, el grupo B países como Colombia, India e Indonesia, y el grupo C a países menos desarrollados. El grupo determinaba la contribución del país al fondo de dotación/fiduciario y la tasa de honorarios a pagar por los servicios prestados por el Centro²⁵. Esto último aseguraba, además, que el país usuario de los servicios del centro pudiera exigir una alta "calidad" de éstos, al participar directamente con sus recursos en la contratación del Centro para instancias particulares²⁶.

24 Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law

25 Así estaba diseñado desde el primer momento y así lo es aún hoy. Ver Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law

26 ACWL at Ten supra note 20, Intervención de Claudia Orozco p. 8-12

Teniendo el diseño institucional del Centro, con su mandato, funciones, organización y presupuesto, Colombia se dio a la tarea de salir a vender la idea. El peso geopolítico del país o sus recursos financieros, jugaban en contra de una idea de esta envergadura. El ejercicio completo parecía más bien una utopía.

IV. Posturas alternativas y discusión en el proceso de creación del ACWL

La propuesta colombiana presentaba entonces un modelo de acceso a la justicia para países en desarrollo Miembros de la OMC que era audaz y definitivamente distinto al previsto en el artículo 27.2 del ESD. La audacia que implicaba la creación de un organismo nuevo, independiente política y económicamente se enfrentó naturalmente a varios obstáculos y posturas, así como a propuestas alternativas de mucho menor ambición y alcance. En esta sección revisaremos algunas de las más importantes.

Para comenzar, considerando las inquietudes derivadas de la aplicación del artículo 27.2 del ESD, algunos miembros prefirieron inicialmente explorar una alternativa menos ambiciosa y mas simple. Pakistán, Jamaica, Zambia, Kenia, Sri Lanka, Tanzania y Uganda propusieron un incremento en el número de expertos de la Secretaría designados a cada solicitud de asistencia técnica presentada por parte de los países en desarrollo²⁷. Sobre este punto, estos miembros resaltaron la necesidad de contar con profesionales expertos tanto en derecho sustancial de la OMC, como en los aspectos procedimentales del mecanismo de solución de controversias²⁸.

En una línea similar, Turquía sometió a consideración del Consejo General un incremento en el presupuesto destinado a la Secretaría de la OMC. Esto con el fin de incrementar el número de profesionales técnicos a tiempo completo dedicados a la asistencia técnica de países en desarrollo en el marco del me-

27 WTO Secretariat. (1999, November). Preparations for the 1999 Ministerial Conference: Compilation of proposal submitted in Phase 2 of the Preparatory Process. Geneva. Job (99)/4797/Rev.3

28 McBride, T supra note 10

canismo de solución de controversias²⁹.

En paralelo, la Unión Europea presentó al Consejo General una propuesta que implicaba la creación de una nueva unidad en la Secretaría de la OMC y un aumento presupuestal, basada en la idea una mejor implementación del artículo 27.2. La posición de la Comisión Europea frente a la propuesta colombiana significó un obstáculo inicial particularmente alto. En efecto, en un comienzo, la Unión Europea expresó serias dudas sobre la iniciativa colombiana, incluso a pesar de que varios de sus Estados parte la apoyaban (en una primera fase, Reino Unido y los Países Bajos y luego Suecia, Finlandia y Dinamarca). La Comisión Europea afirmaba que las soluciones en discusión eran asuntos de comercio y, por lo tanto, competencia exclusiva de las autoridades comunitarias y no de las nacionales de cada uno de los países europeos, y que era preferible siempre fortalecer las labores de asistencia técnica para los países en desarrollo a cargo de la Secretaría de la OMC bajo el artículo 27.2, en lugar de implementar estructuras distintas por fuera de este órgano³⁰.

Sobre la propuesta europea, Venezuela apoyó en un primer momento la creación de una estructura independiente pero dentro de la Secretaría de la OMC. Según un documento escrito con comentarios de la Delegación de Venezuela, la propuesta europea se podría articular a través de una estructura compuesta por cinco expertos técnicos dedicados exclusivamente al acompañamiento de las controversias y disputas en las cuales participaran países en desarrollo³¹. Además, la propuesta debía incluir la designación permanente de un abogado que representara los intereses de los países en desarrollo en el evento en que fueran la parte demandada en una determinada disputa. La financiación de esta propuesta sería a través de un fondo fiduciario que permitiera dividir los rubros destinados a cada actividad de la Secretaría³².

29 Van der Borgh, K. (1999). The advisory center on WTO law: Advancing Fairness and equality. *Journal of International Economic Law*, 2(4), 723-728.

30 Sobre la compleja relación de la UE con el ACWL ver: Williams, F. (18 de February de 1999). Rich men's rules. *Financial Times*, pág. 11. Williams, F. (17 de February de 1999). Brussels accused to sabotage Trade Aid Center. *Financial Times*, pág. 14.

31 Comments on the Review of the Dispute Settlement Mechanism by Venezuela Feb 24, 1998, citados por Van der Borgh, op.cit. (la fuente original aparece mencionada en los archivos de la OMC, pero el documento no se encuentra disponible)..

32 Van der Borgh, K. (1999, op.cit.

Sin embargo, la propuesta europea no recibió apoyo en el Consejo General de la OMC. Los Estados Unidos, por ejemplo, la consideraron riesgosa para la independencia general que se exige a la Secretaría en su relación con los Estados Miembros, y anotaron que la misma no tenía el efecto de “crear capacidad” como sí lo tenían otras propuestas alternativas³³. Los Estados Unidos conocían la propuesta colombiana y, aunque desde un inicio manifestaron que no serían participantes de una estructura como la planteada ni la financiarían (como tampoco se esperaba que lo hicieran, para mantener la independencia del proyecto)³⁴, con su intervención en el Consejo General, apoyada por varios otros Miembros, mostraron que la posición europea no iba a ser capaz de atraer convergencia y, de facto, dieron un espaldarazo importante a la posición colombiana.

En general, todas las propuestas de fortalecimiento del artículo 27.2 resultaron muy discutidas y no tuvieron acogida. Un incremento en el número de expertos en cuestiones de la OMC no atendía la crítica relacionada con la imparcialidad que debe mantener la Secretaría al brindar asistencia técnica. Es decir, no resultaba útil contar con más profesionales si a estos no se les permitía involucrarse en las controversias o apoyar en la formulación de los argumentos. Tampoco respondía a la necesidad básica de desarrollar recursos humanos en los países en desarrollo, como era el objetivo principal de la propuesta de Colombia.

Durante la primavera de 1998, a partir del interés generado por la propuesta de Colombia en presentaciones “uno a uno” con los actores relevantes en el contexto de la OMC, se creó por iniciativa de la Delegación de Noruega un grupo informal compuesto por delegados provenientes de diversos países desarrollados y en desarrollo, a fin de explorar los componentes de la propuesta y darle un impulso para la implementación del proyecto. El grupo inicial que integró Colombia buscó incorporar países de las diversas regiones y niveles de desarrollo e incluyó: Bangladesh, Colombia, Filipinas, Hong-Kong-China, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica y Tanzania. Ya con anterioridad el Reino Unido, Noruega y los Países Bajos habían indicado su interés en el proyecto y voluntad ‘inicial’ de apoyar su financiación si un grupo representativo de países en desarrollo se unían a la iniciativa. El proyecto coincidió con una política de la Se-

cretaría de Estado de Desarrollo Internacional del Reino Unido de apoyar proyectos que aseguraran la integración de países en desarrollo al nuevo sistema OMC. Por su parte, Noruega patrocinó la idea pues la consideró como una herramienta única para evitar la marginalización de los países en desarrollo, sin duplicar el trabajo de las agencias encargadas de impulsar el desarrollo de los países³⁵. Los Países Bajos, a través de sus Embajadores Hans Heinemann y Eveline Herfkens y su Delegado Otto Genee fueron entusiastas desde un inicio por considerar la iniciativa una respuesta práctica y concreta a una necesidad básica de los países en desarrollo. Este apoyo se tradujo en que los Países Bajos se convirtieron en el país depositario del Acuerdo por el cual se estableció el Centro en diciembre de 1999³⁶.

Así, el esquema diseñado por la Misión de Colombia ante la OMC, con un mandato novedoso, un modelo organizativo *sui generis* creado fuera de la OMC, con independencia política y económica, y mucho más ambicioso que propuestas alternativas, derivó finalmente en la creación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC (conocido generalmente como ACWL, por sus siglas en inglés) como organización intergubernamental con sede en Ginebra.

En diciembre de 1999, durante la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC que tuvo lugar en Seattle, 29 países firmaron el “Acuerdo por el cual se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC”, el cual es un Tratado internacional que fija la permanencia y las características de este organismo internacional³⁷. El Centro inició sus operaciones en julio de 2001 y a la fecha cuenta con 50 miembros, de los cuales 38 son países en desarrollo y 12 son países desarrollados³⁸.

V. Evolución del Centro en sus 20 años de funcionamiento

En sus primeros 20 años de funcionamiento, el ACWL se ha consolidado como una orga-

35 ACWL at Ten supra note 20, *Intervención de Claudia Orozco* p. 8-12

36 ACWL at Ten supra note 20, *Intervención de Otto Genee* p. 12-16

37 Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law. (1999, December). Seattle.

38 Información disponible en www.acwl.ch

33 WT/GC/M/35 (30 de marzo de 1999).

34 Entrevista con Claudia Orozco, octubre de 2021



nización internacional robusta y eficiente, orientada específicamente a apoyar la participación de los países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio.

Respecto de la membresía, el Tratado que establece el Centro contó inicialmente con la aprobación y firma de 29 miembros fundadores, de los cuales 9 corresponden a países desarrollados y 20 a países en desarrollo. En la actualidad, el ACWL cuenta con un total de 50 miembros, de los cuales 38 son países en desarrollo, es decir pueden beneficiarse de los servicios del ACWL, siendo Mongolia y Kazajistán los últimos miembros en adherirse en el año 2020 y, 12 países desarrollados, los cuales contribuyen financieramente al proyecto, siendo Alemania el último país en sumarse al Centro en calidad de miembro asociado en 2017.

A partir de estos indicadores, se observa un aumento relevante en el número de países que han decidido sumarse a la organización a través de su firma y adhesión al Tratado, en particular, de los países en desarrollo, los cuales representan más del 50% de la membresía. Lo anterior, sin contar a los países menos desarrollados miembros de la OMC (36) o en proceso de adhesión (8) que no requieren ser parte de la membresía del Centro para beneficiarse de sus servicios y tarifas preferenciales.

Respecto a la participación en el marco del sistema de resolución de controversias, hasta el 2019, el Centro ha acompañado y presentado a países en desarrollo en un total de 65 disputas que corresponden al 19% del total de las disputas OMC existentes desde el 2002. De forma que, si el ACWL fuera considerado un miembro de la OMC, ocuparía el tercer lugar como miembro más activo en el sistema de resolución de controversias, ya sea como demandante o demandado, después de Estados Unidos y la Unión Europea.

Este aspecto centrado en el litigio, además, fue rápidamente acompañado y complementado con servicios de asistencia legal en materia de negociaciones y toma de decisiones al interior de la OMC, así como en la estructuración de políticas públicas que resultaran consistentes con el marco regulatorio de la OMC. Así, el Centro ha elaborado aproximadamente 2.953 opiniones legales desde el inicio de sus operaciones hasta el 2019, con un promedio anual de 209 opiniones legales en el periodo comprendido entre el 2010 y 2019. Esto representa un progreso significativo respecto de periodo 2001-2009, en el cual se elaboraron en promedio 96 opiniones

legales anualmente. La mayor proporción de estas opiniones legales corresponden a consultas relacionadas con las consecuencias e implicaciones legales de diversas medidas propias y de otros miembros en el sistema multilateral de comercio, renegociación de compromisos adquiridos en las listas de concesiones, negociación de contingentes arancelarios, mecanismos de participación activa en el proceso de toma de decisiones en la OMC, estructuración e implementación de regulación interna y políticas públicas en materia de remedios comerciales, entre otros.

Si bien las actividades y servicios del ACWL dependen estrictamente de la demanda y solicitud de los países miembros y beneficiarios del Centro, las cifras expuestas demuestran la creciente confianza y autoridad que el Centro ha logrado generar en cada uno de los miembros que prefieren acudir a un organismo experto para el manejo de asuntos complejos de relevancia nacional.

Por último, pero no menos importante, el Centro ha contribuido de forma significativa a la creación de capacidad, a través de los programas de entrenamiento y formación constante a funcionarios de Gobierno. Durante sus 20 años de operación, el Centro ha adelantado numerosos cursos, seminarios y programas de certificación en diferentes países y materias del derecho de la OMC y el derecho internacional económico, otorgando más de 600 certificados de entrenamiento.

En la actualidad el equipo del ACWL está conformado por un grupo de 12 profesionales permanentes en asuntos legales, incluido el Director Ejecutivo encargado del manejo y representación del Centro en las tareas y actividades cotidianas. Durante su funcionamiento, el ACWL ha tenido dos directores ejecutivos, Frieder Roessler quien estuvo a cargo de las labores descritas en el periodo comprendido entre el 2001 y el 2012 y Niall Meagher quien se ha desempeñado como Director Ejecutivo desde el 2012 hastahoy.

En la actualidad, no es exagerado decir que el Centro constituye una pieza fundamental de la arquitectura institucional del Sistema Multilateral de Comercio. En efecto, a través de su mandato, el Centro ha contribuido a fortalecer la legitimidad y justicia del sistema al garantizar, por un lado, la comprensión de los Acuerdos de la OMC por parte de miembros en desarrollo y, por otro lado, el aprovechamiento efectivo de todas las herramientas que su estructura de disputas ofrece.






VI. Conclusión

Una coyuntura de discusión sobre los obstáculos de los países en desarrollo para acceder al mecanismo de solución de controversias de la OMC, aunada a la propuesta novedosa de la Misión de Colombia, al tesón inicial de sus funcionarios y al acompañamiento en “bola de nieve” que terminó generando la idea, terminaron por crear un Organismo Internacional que es hoy una pieza fundamental del Sistema Multilateral de comercio.

Si bien el proceso de creación y desarrollo del Centro contó con la participación y colaboración de varios delegados, quienes contribuyeron sustancialmente a la materialización del proyecto, la mayoría coincide en que la iniciativa y determinación de la Misión Permanente de Colombia, y en particular de Claudia Orozco, fueron vitales para la puesta en marcha del proyecto.

La creación del ACWL tiene entonces, además de sus numerosos efectos positivos explicados, un rol inspiracional que no puede ser pasado por alto: de una idea en un papel, a una propuesta concreta de enorme ambición y tintes utópicos, termina siendo hoy un aporte fundamental al derecho internacional público y al sistema multilateral de comercio.

“El progreso es la realización de utopías”, dice una frase famosa de Oscar Wilde que, enmarcada, funcionó como lema durante el proceso de creación del Centro y adorna hoy las paredes de la oficina de la protagonista de esta historia.



Treinta años de la reestructuración del sector portuario colombiano, eslabón clave en el comercio exterior y la reactivación de la economía.

*Carolina Herrera Fonseca
Directora Cámara Marítima y Portuaria ANDI*

Resumen

Este documento comienza refiriéndose a la coyuntura del transporte marítimo mundial del año 2021, caracterizada por una congestión sin precedentes en grandes puertos del mundo y resalta la importancia del adecuado funcionamiento de los complejos portuarios para las cadenas de abastecimiento y para la economía de los países. Explica que hace treinta años, con la Ley 1ª de 1991, el modelo de operación portuaria en Colombia se reestructuró, creando las sociedades portuarias en un modelo privatizado que ha generado efectos positivos para el comercio exterior de Colombia, especialmente en términos de reducción de costos y tiempos en la operación de los buques, el servicio y la competencia. Adicionalmente, repasa brevemente el contexto internacional del sector portuario y de la infraestructura portuaria del país, la cual determina su capacidad y sus posibilidades de desarrollo. Finalmente, describe los principales retos que tiene el sector frente al nuevo escenario, treinta años luego de su reestructuración, y que implican en algunos casos, un trabajo conjunto con el gobierno nacional, en la medida en que algunos de éstos incluyen la creación del marco jurídico y las políticas públicas que sigan incentivando la inversión, la eficiencia y la productividad del sector, en beneficio del aparato productivo nacional.

Introducción

El presente documento aborda aspectos relevantes del sector portuario de Colombia, involucrando elementos relevantes del proceso de reestructuración o privatización a comienzos de los años 90, los avances que se han logrado desde entonces, algunos impactos positivos que han generado, y lo que a futuro debe construirse para que el sector siga progresando, invirtiendo y contribuyendo de manera decisiva al desarrollo del comercio exterior colombiano y de su aparato productivo.

La actualidad del transporte marítimo mundial

Esperábamos que el año 2021 fuera un año mucho más estable para el comercio internacional y las cadenas internacionales de

abastecimiento, considerando que los procesos de vacunación a nivel mundial vienen avanzando de manera positiva, permitiendo que se reabran las fronteras entre países y, con ello, retomar la “normalidad” en el desarrollo de las actividades; en este contexto, la reactivación de la economía ha sido prioridad para los países.

Sin embargo, este nuevo escenario se ha visto afectado por un persistente desbalance en las cadenas de abastecimiento mundial que se inició a comienzos del año 2020 con la pandemia de la Covid-19 y la desaceleración en la producción de bienes en los principales centros productivos del mundo. La industria del transporte marítimo venía enfrentando, desde antes de la pandemia, concentración, un mercado de poca demanda, poca necesidad de aumentar la flota, en la medida en que había exceso de espacio.

Durante la pandemia cambiaron los hábitos de consumo, empezó a crecer la demanda de bienes durables¹, en reemplazo de servicios y otros bienes, y se generó un importante impulso a la producción de los mismos; sumadas a las medidas de reactivación de la economía, que en algunos casos incluyeron subsidios económicos a la población, se impulsó mucho más la demanda de bienes y así mismo la de transporte en el mundo. Los transportadores tuvieron que reacomodarse, y disponer de más barcos y contenedores, lo que no pudo hacerse de manera inmediata.

Esta situación creó una brecha entre la oferta de servicios de transporte y la nueva demanda de los mismos; se formaron cuellos de botella en las cadenas logísticas y, durante el segundo semestre del 2021, se ha venido presentado una congestión sin precedentes en algunos puertos, impactando las cadenas de abastecimientos del mundo entero ya que cerca del 90% del comercio internacional se realiza vía marítima.

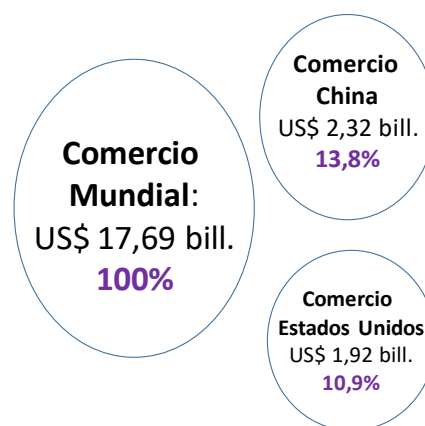
Dentro de los más afectados, están los puertos de China, principal importador y exportador del mundo, que ha tenido que suspender operaciones por brotes de Covid-19 y el paso de tifones; también en Estados Unidos, la congestión en los puertos de Long Beach y los Ángeles, que mueven cerca del 40% del comercio exterior del país, ha llegado a niveles récord, con 73 barcos esperando atracar.

¹ Durante la etapa de aislamiento la demanda se orientó a productos como: de televisores, consolas, computadores, bicicletas estáticas, electrodomésticos, etc., los que podían ser utilizados en los cierres.

²En el Reino Unido, la situación es similar: Felixstowe, puerto por el que pasa cerca del 36% del volumen de flete marítimo en el Reino Unido, está también entre los más afectados con saturación de carga en los muelles por falta de conductores de camiones que ha traído el Brexit y la pandemia.

El comercio entre Estados Unidos y China es relevante para la economía mundial, en la medida en que los dos países son, entre sí, su principal socio comercial, y adicionalmente el comercio de los dos sumados representa aproximadamente el 25% del comercio del mundo.

Gráfica No. 1



Fuente: Cifras Organización Mundial del Comercio, elaboración ANDI.

La situación de las cadenas de abastecimiento a nivel mundial, y sus eslabones: transportadores, instalaciones portuarias, exportadores e importadores, entre otros, están viviendo una situación sin precedentes, enfrentándose al incremento de los tiempos de tránsito de las mercancías, aumento de los tiempos de espera para atracar en puertos, congestión en instalaciones portuarias, escasez de transporte para retiro de las mercancías, a su vez generando un efecto inflacionario que llegará hasta el consumidor final y que termina afectándonos a todos.

En este contexto, resulta evidente la importancia que tienen en la cadena logística y de abastecimiento cada uno de sus eslabones; pues de la fortaleza de éstos depende la fortaleza de la cadena. En este caso quiero centrarme en la relevancia de las instalaciones portuarias y en especial en las instalaciones portuarias de Colombia.

² Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58943545>, 17 de octubre de 2021.

En gran medida, porque la congestión y saturación de algunos puertos en el mundo es una situación no antes vista, y esto ha hecho centrar la atención en estas infraestructuras; pero también porque este año se cumplen 30 años de la expedición de la Ley 1ª de 1991, por la cual se expidió en Colombia el Estatuto de Puertos Marítimos.

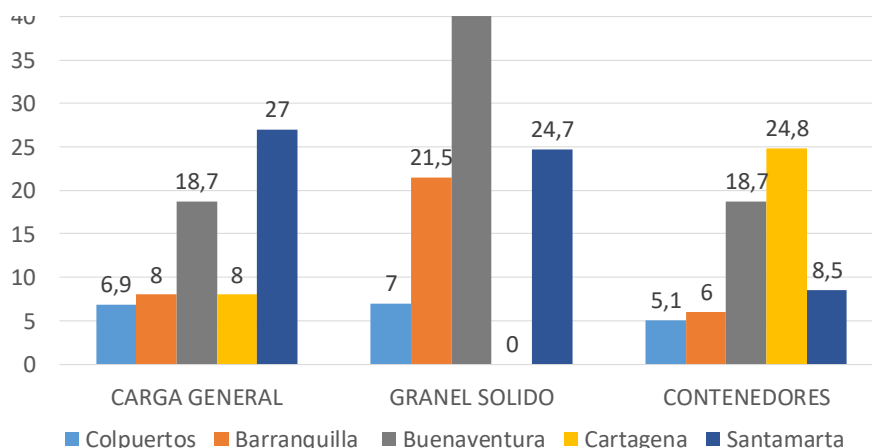
La Ley 1ª de enero 31 de 1991, ha sido de enorme importancia para el desarrollo económico de Colombia, porque mediante un esquema visionario y disruptivo para su época, permitió la creación, mantenimiento y funcionamiento bajo un esquema privado de las instalaciones portuarias colombianas, y originó las Sociedades Portuarias Regionales. Estas empresas recibieron del Estado a comienzos de los años noventa, las áreas públicas de playa y bajamar y la infraestructura pública existente para operar el puerto. Posteriormente, el modelo evolucionó bajo un esquema de competencia, permitiendo que a otras empresas privadas se les otorgara una concesión (Green field), para realizar bajo su riesgo toda la inversión requerida en infraestructura y crear nuevas instalaciones portuarias para el servicio portuario público y privado del país.

¿Cómo ha aportado el esquema privado portuario?

Estudios que han medido los efectos de esta privatización, permitieron evidenciar que antes de los años 90 los barcos en Colombia se demoraban aproximadamente 10 días³ para atracar en puerto, pero desde el año 2000 los buques normalmente no deben esperar en fondeo para atracar; para atender un barco, es decir, el proceso de descargue actualmente y dependiendo del tipo de carga, se tarda horas, cuando antes de los noventa se tardaba cerca de 10 días. Los puertos privados operan las 24 horas del día, antes de la Ley 1ª operaban 16 horas día. Estas eficiencias operativas se traducen en ahorros para los dueños de la carga; precisamente el efecto inverso que vemos hoy en día con la congestión y demoras en diferentes puertos del mundo para los procesos de atraque y descargue de los buques.

³ Luis Alberto Zuleta Jaramillo, Edna Carolina Sastoque, Francisco González. ¿Por qué ha sido exitosa la reestructuración portuaria en Colombia? Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Pág. 175

Gráfica No. 2

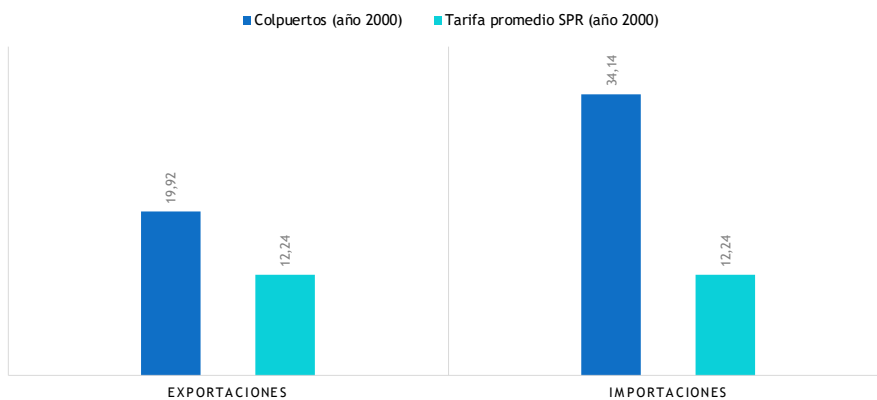


Fuente: Luis Alberto Zuleta Jaramillo, Edna Carolina Sastoque, Francisco González. ¿Por qué ha sido exitosa la reestructuración portuaria en Colombia? Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Pág. 175

Otro indicador que ha mostrado el impacto positivo del esquema portuario en el comercio exterior, es la evolución de las tarifas, las cuales se vienen reduciendo desde el proceso de privatización de manera que los servicios a la carga de importaciones y exportaciones son menores, aportando a mejorar la competitividad del país.

Gráfica No. 3

TARIFA EXPORTACIONES E IMPORTACIONES US\$/TON (2000)



Fuente: Fuente: Luis Alberto Zuleta Jaramillo, Edna Carolina Sastoque, Francisco González. ¿Por qué ha sido exitosa la reestructuración portuaria en Colombia? Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Pág. 218

La evolución del tráfico portuario es otro factor relevante en el análisis del efecto positivo de la reestructuración del modelo portuario en Colombia; en el año 1995 el tráfico portuario era de 9.6 millones de toneladas, en 1998 era igual a 14.2 millones y en el año 2000 fue 14.3 millones de toneladas.

Estas mejoras en la operación con mayores eficiencias en descargue y menores tiempos, no habrían permitido menores tarifas si las

nuevas concesiones no hubiesen realizado grandes inversiones en equipos e infraestructura, que permitieran mejores tasas de descargue y la recepción de los buques de la flota internacional.

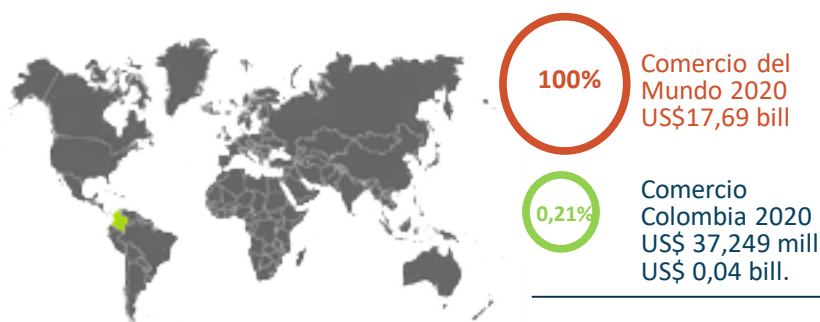
También durante la década de los 90, Colombia inició formalmente un proceso de apertura económica, el cual se vio apoyado por este fortalecimiento de la infraestructura portuaria. De acuerdo con algunos estudios, el grado



de apertura medido por el valor total del comercio de exportación más el de importación de bienes y servicios como porcentaje del PIB, era para la década de los 80 en promedio de 22% ; luego en 1990 y 1993 pasó de 22.1% a 33.7% y en 1999 ascendió a 37%. Sin embargo, mediciones de otros indicadores de grado de apertura, como el valor agregado de los bienes que pueden ser comercializados internacionalmente versus el valor agregado general de la economía, muestra que de 1990 a 1999 este indicador se redujo de manera continua desde 37,3% a 35,5% en 1999 . Si bien las políticas públicas han procurado seguir este proceso de apertura, intentando una reducción de aranceles a través de acuerdos de libre comercio (Colombia tiene suscritos y en vigor 16 acuerdos comerciales), estudios más recientes insisten en la necesidad de explotar más el potencial exportador de Colombia, exportar bienes con mayor valor agregado, y lograr una mayor participación de Colombia en el comercio internacional. Lo cierto, es que con cifras del año 2020 nuestro comercio no llega a ser el 1% del total del comercio mundial.

Gráfica No. 4

Comercio Colombia Vs. mundo (2020)



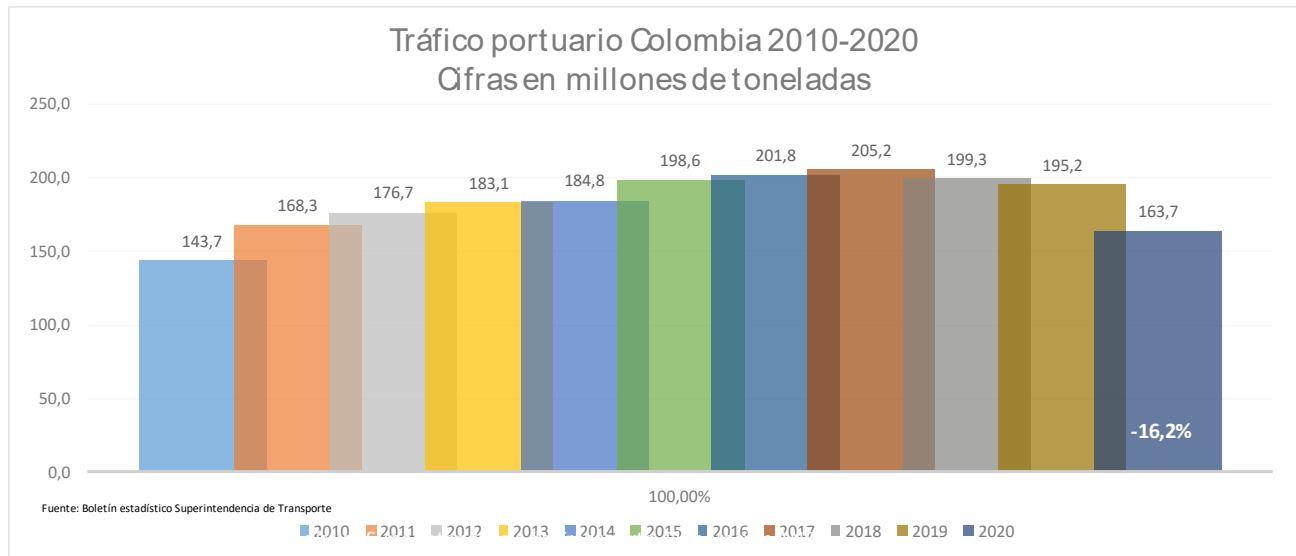
Fuente: Organización Mundial del Comercio, elaboración ANDI.

Las cifras de nuestra capacidad y demanda portuarias

En este proceso ha sido estratégico el desarrollo de infraestructura portuaria, clave para el servicio de la carga de importaciones y exportaciones, que ha hecho que sea estratégico desarrollar infraestructura portuaria con estándares internacionales. De acuerdo con el estudio del Departamento Nacional de Planeación del 2019 de Capacidad y Demanda Portuaria, el país actualmente tiene 68 concesiones portuarias en operación con una capacidad para recibir 401 millones de toneladas año. En comparación con la medición anterior realizada en el año 2012, el país aumentó en un 52% su capacidad portuaria; Santa Marta, Cartagena y el Golfo de Morrosquillo representan el 68% de la capacidad del sistema portuario, mientras que el Pacífico tiene el 15% de la capacidad total. En términos de productos, la capacidad instalada en su mayoría está especializada en hidrocarburos y carbón térmico, en armonía con los productos de mayor volumen exportado por nuestro país.

Del lado de la demanda, es necesario analizar que el volumen de tráfico portuario viene decreciendo estos últimos 6 años en Colombia; las instalaciones portuarias movieron en el 2020 un total de 163,7 millones de toneladas dentro de las cuales se cuentan 4.3 millones de TEUS (contenedores de 20 pies), retrocediendo a niveles de tráfico portuario del 2011, es decir 10 años atrás. Si bien el sector portuario ha incrementado su capacidad para recibir más carga, y ser más productivo y eficiente, el mercado viene año a año reduciéndose, lo cual hace considerar que parte de la capacidad y las inversiones realizadas están siendo subutilizadas, en detrimento no solamente del sector portuario sino de toda la cadena logística y del país.

Gráfica No. 5



Revisando los datos de las inversiones del sector en las áreas públicas, en algunos años estas han superado los 400 millones de dólares; desde el año 2010 al 2020 las inversiones del sector portuario en área de uso público fueron de más de 2.600 millones de dólares. Del contraste entre las cifras de inversión del sector y las del tráfico portuario se evidencia una reducción de las primeras también en los últimos años, en la medida en que las tasas de crecimiento interanuales del tráfico portuario cada año son menores, se reducen los incentivos para aumentar las inversiones.

Gráfica No. 6



Además de las inversiones en las áreas públicas, apalancadas cien por ciento con capital privado y que finalizados los términos de la concesión revierten a la Nación, las instalaciones portuarias han complementado y ampliado los proyectos portuarios en áreas adyacentes, que permiten prestar servicios integrados a la carga, una tendencia a nivel mundial que incrementa la competitividad.

Colombia cuenta hoy en día con terminales especializados para el manejo de contenedores, hidrocarburos, graneles sólidos agroalimentarios y minerales, carbón, carga refrigerada, graneles líquidos químicos, gas natural licuado, con uso de tecnología moderna y equipos que permiten, entre otros, hacer control de calidad, trazabilidad, inspecciones no intrusivas, seguridad de las mercancías, y permiten la interacción de las autoridades aduaneras y de control que intervienen en los procesos de comercio exterior. Su aporte en la cadena del abastecimiento de bienes del país es fundamental, incluso en el caso de las instalaciones que

manejan insumos energéticos como petróleo y gas, respaldan el sistema de energía de Colombia.

Dentro del desarrollo de servicios logísticos para la carga, también se destaca la inversión e impulso de centros de distribución logística, que favorece la operatividad del comercio exterior colombiano haciéndolo más competitivo, en la medida en que permite que la consolidación de productos de diferentes fuentes, pueda ayudar a reducir los tiempos de tránsito, reducir los costos operativos y administrativos de importadores y exportadores colombianos.

El aporte al desarrollo económico de las instalaciones portuarias, jalonado por las inversiones en áreas públicas, privadas, por el desarrollo de soluciones logísticas, generación de empleo directo e indirecto, se ha cuantificado en un estudio realizado recientemente por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), en el que se indica que por cada peso que se produce en las instalaciones portuarias se generan, vía encadenamientos, 3 pesos en la economía.

Cumplidos 30 años de la expedición de la Ley 1ª, se empezarán a cumplir los términos máximos de las concesiones, situación que juega un papel fundamental para las decisiones en materia de inversión. En la medida en que los plazos máximos de las concesiones otorgadas inicialmente están próximos a vencer, la recuperación de los altos montos en inversión, requieren de igual forma un amplio plazo para ser recuperados. Este es un elemento fundamental que se debe trabajar

en la política pública, y es poder darle continuidad al modelo exitoso que en materia de infraestructura portuaria ha permitido el estatuto de puertos en estos 30 años. Adicionalmente será necesario este mecanismo de los plazos, para poder hacer realidad las conexiones intermodales que se requieren en el país, y reducir así los costos de transporte interno, así como aumentar las posibilidades de movilización de los bienes y apoyar modos más limpios de transporte.

Colombia ha construido con esta infraestructura portuaria una gran fortaleza y debe ser aprovechada; la zona portuaria de Cartagena ha sido catalogada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) como la zona portuaria mejor conectada de América Latina, por encima de las zonas portuarias de Panamá y México. Esto permite más opciones de transporte y frecuencia, tanto para las importaciones como para las exportaciones, así como fletes más competitivos; de hecho, por esta zona portuaria salen el 51% de las exportaciones colombianas. Esta es una fortaleza que se ha construido a pulso y con enorme trabajo conjunto del sector privado portuario de la zona portuaria y las autoridades del gobierno nacional y local, que han permitido que la bahía sea una zona segura para la navegación, así como destacarse por sobresalientes indicadores de eficiencia y productividad portuaria; esto es lo que hace que las grandes compañías transportadoras prefieran esta zona.

En el contexto de presión internacional en el transporte marítimo, Colombia ha sufrido sus propios problemas este año en las zonas portuarias de Buenaventura y Barranquilla. Por un lado, Buenaventura, fue bloqueada por un mes, luego de un paro nacional, con lo que se llegó a un nivel histórico de saturación de las instalaciones portuarias, y fueron necesarios más de dos meses para volver a niveles de ocupación que no afectaran la productividad y permitieran el regreso normal de las frecuencias de las motonaves internacionales. Por su parte, Barranquilla ha presentado este año niveles inusuales de sedimentación del Río Magdalena, siendo necesario mantener una draga de manera permanente para mantener niveles de profundidad de 10 metros, afectando tanto las instalaciones portuarias, como los dueños de la carga, y la ciudad por desviaciones de carga a otros puertos del país en los momentos en que no se ha logrado el nivel de profundidad requerido.

Las instalaciones portuarias y la cadena logística del país, ni durante la pandemia, ni

como consecuencia de estos problemas, pararon su operación. Si bien se han impactado de manera importante, como la mayoría de los sectores de la economía, han dado una muestra de enorme capacidad de recuperación, cumpliendo con los compromisos que consagra la Ley como Sociedades portuarias, y prestando un servicio público esencial.

Contexto internacional: reducción tasa de crecimiento, concentración e integración vertical

Las últimas cifras del anuario de comercio de la Organización Mundial del Comercio muestran que, en el 2019, el volumen de comercio se redujo en -0,1%, mientras que en el 2018 se había incrementado en 2.9%. El PIB del mundo bajó su crecimiento a 2.3%, cuando el año anterior venía creciendo a una tasa anual de 2.9%. Esta tasa de -0.1% ha sido la más baja, luego de la caída en el crecimiento del producto interno bruto sufrido en la crisis de financiera de 2008-2009; por su parte, la tasa de crecimiento anual de 2.3% del producto interno bruto, está en línea con la tendencia de los últimos 10 años. La denominada “guerra comercial” entre los Estados Unidos y China, en el marco de la cual se han aumentado los aranceles, ha contribuido a incrementar la incertidumbre en el comercio y a impactar los volúmenes. Otros factores como el “shutdown” del gobierno de los Estados Unidos 2018-2019, y la salida del Reino Unido de la Unión Europea, contribuyen a esa incertidumbre y a la desaceleración.

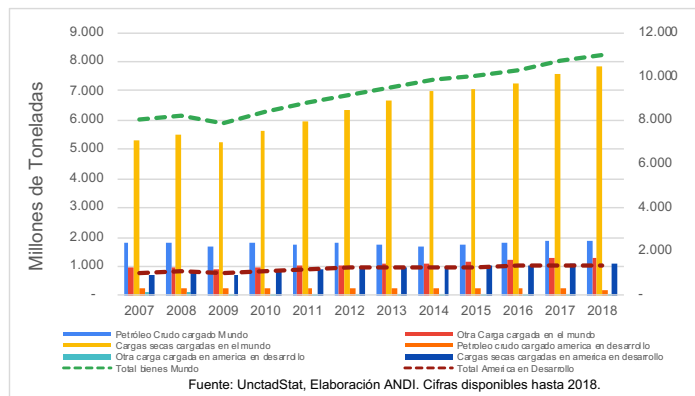
Gráfica No. 7. Evolución del PIB y del comercio 2012-2019



Fuente: Anuario de Comercio OMC, 2019

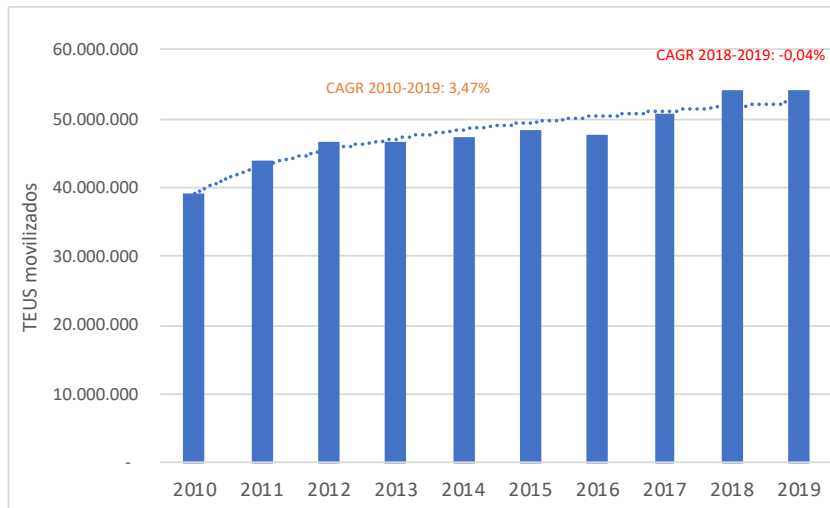
En el caso de América Latina también se repite la tendencia mundial en virtud de la cual el crecimiento del comercio de mercancías fue menos dinámico que la evolución del PIB. Todos los tipos de carga transportada por modo marítimo, incluso los contenedores en América Latina, muestran una tendencia de crecimiento menor que el mundo; del 2010 al 2015 la tasa anual de crecimiento fue de 4,35%, frente al 4,5% de tasa de crecimiento del mundo; de igual forma la tendencia es de tasas de crecimiento anual más bajas en los últimos años, incluso llegando a ser negativa, de 2018 a 2019 fue de -0,04%.

Gráfica No. 8. Evolución de las cargas transportadas por modo marítimo en el mundo en y en América en Desarrollo



Fuente: UnctadStat, Elaboración ANDI. Cifras disponibles hasta 2018.

Gráfica No. 9. Evolución tráfico América Latina y el Caribe en TEUS



Fuente: CEPAL, Elaborado ANDI.

En los últimos años las alianzas marítimas han ido creciendo y en la actualidad la flota mundial de éstas. En el año 1992, el mercado naviero estaba conducido por treinta empresas, las cuales representaban el 63% de la flota mundial. En la actualidad, las empresas se han venido agrupando y convergiendo entre sí, de manera que tres grandes grupos controlan actualmente el 83% de la oferta de transporte de contenedores, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Operated fleet (Owned + Chartered + Orderbook) 14 July 2020					
Ranking	Container Shipping Carrier	Capacity	Market share	Top 12	Predecessor Diff (TEU's)
1	Maersk	3.978.144	16,13%	16,1%	
2	MSC	3.957.180	16,05%	32,2%	20.964
3	CMA CGM	3.192.140	12,95%	45,1%	765.040
4	COSCO	3.041.689	12,34%	57,5%	150.451
5	Evergreen	1.764.979	7,16%	64,6%	1.276.710
6	Hapag-Lloyd	1.710.877	6,94%	71,6%	54.102
7	ONE	1.557.976	6,32%	77,9%	152.901
8	HMM	832.924	3,38%	81,3%	725.052
9	Yang Ming	785.611	3,19%	84,4%	47.313
10	PIL	347.596	1,41%	85,9%	438.015
11	Zim	323.389	1,31%	87,2%	24.207
12	Wan Hai	310.086	1,26%	88,4%	13.303
*	Others	2.855.299	11,58%	100,0%	
		24.657.890			
Alliances		Capacity	Share		
2M		8.319.024	33,74%		
Ocean Alliance		8.308.894	33,70%		
The Alliance		4.054.464	16,44%		
		20.682.382	83,88%		

Fuente: Drewry 2020

La concentración de las líneas aumenta su poder de negociación frente a los terminales, quienes deben centrarse en la calidad y eficiencia en el servicio. Lo anterior se suma al incremento del tamaño de los buques que presiona la necesidad de aumentar el Capex y Opex de los terminales portuarios, para mantener el nivel de servicio exigido (infraestructura, equipos, sistemas, etc).

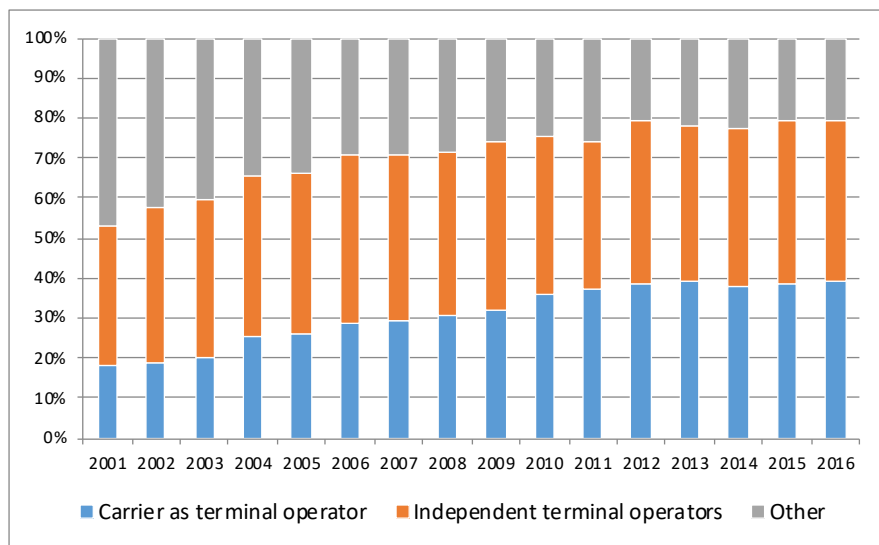
Los procesos de integración vertical son también un elemento que caracteriza recientemente la industria marítima y portuaria, especialmente en la carga de contenedores. Esta integración



implica que los grandes transportadores internacionales han venido tomando control de terminales portuarios en el mundo, y bajo estas circunstancias suelen usar más los terminales propios que otros terminales independientes, en la medida en que pueden asegurarse servicios preferenciales y de no ser impactados por los terminales controlados por la competencia. La integración vertical se extiende también en la prestación de servicios logísticos al interior de los países, a través de la adquisición de empresas de transporte y logística, con lo cual estas empresas se constituyen en Operadores Globales de Terminales (GTO), los cuales tienen una enorme capacidad de negociación y de agrupación de servicios a través del transporte marítimo de la carga.

La siguiente gráfica del International Transport Forum muestra la tendencia creciente de los terminales portuarios que son también operadores de terminales portuarios, y la reducción de los terminales portuarios independientes:

Gráfica No. 10. Integración Vertical (2001-2016)



Source: ITF 2018. From presentation de Olaf Merk: "Future maritime Trade Flows", Julio 2020

¿El futuro?

El modelo de reestructuración portuario en Colombia ha permitido jalonar el desarrollo de la infraestructura clave para el impulso del comercio exterior colombiano, permitiendo que el país reduzca costos logísticos a través de la eficiencia y productividad en las operaciones portuarias, y cuente con las instalaciones modernas y con la tecnología adecuada para el manejo de la carga y el desarrollo de nuevos negocios.

La dinámica del sector presenta nuevos retos, y requiere con prioridad un marco regulatorio que le permita seguir manteniendo la competitividad de las instalaciones portuarias, en beneficio del comercio exterior colombiano. Como se explicaba anteriormente, es necesario estructurar un marco jurídico que defina el futuro de las concesiones portuarias, especialmente luego de los vencimientos máximos permitidos en la

actualidad, pues solo así se seguirá incentivando la inversión en el sector portuario.

Este sector es una parte clave de la cadena de abastecimiento, y su buen desempeño apoya el desempeño del sector productivo nacional y su competitividad. Para que esto siga siendo posible, es fundamental que se desarrollen las obras en los canales de acceso a las zonas portuarias requeridos para que puedan llegar al país las nuevas embarcaciones; igualmente, será necesario destinar los recursos que genera el sector, derivados de la contraprestación portuaria de manera casi que exclusiva a estas inversiones.

Ya que contamos con suficiente capacidad portuaria, la política portuaria del futuro debe crear incentivos para que las actuales instalaciones les interese seguir invirtiendo y aumentar la productividad y eficiencia de los terminales. Esto permitirá al sector de comercio exterior y en general al sector

portuario nacional seguir aportando para su competitividad.

Conclusiones

El sector portuario en el mundo es un eslabón relevante en la cadena de abastecimiento mundial; su eficiente funcionamiento genera efectos positivos en la economía que se traducen, especialmente, en reducción de los costos y tiempos de la operación.

Las cadenas de abastecimiento mundial luego de la Covid-19 se han desajustado, incrementándose la congestión portuaria y los tiempos de operación, el tránsito de buques en el mundo, así como los fletes y la operación logística. Esta situación afecta de manera negativa a productores y consumidores por el incremento en los costos de transacción.

En Colombia en el año 2021 se cumplen 30 años de la reestructuración del sector portuario, el cual viene operando bajo un modelo privado de concesión. Este modelo ha traído grandes beneficios al comercio exterior del país, por la reducción en los costos portuarios y logísticos, así como por la generación de valor vía encadenamientos.

Sigue siendo un reto para Colombia, incrementar su comercio exterior, en especial las exportaciones, que dinamicen el tráfico portuario, y aquellas que contengan mayor valor agregado.

El entorno del transporte marítimo internacional se caracteriza en la actualidad por estar más concentrado e integrado verticalmente; lo que representa un reto para los demás actores de la cadena y en especial para las instalaciones portuarias.

En este nuevo contexto, y atendiendo el reto a nivel interno de desarrollar la multimodalidad, es necesario crear políticas para el sector portuario que le permitan incentivar las inversiones, la eficiencia y la productividad. De igual manera, es también necesario definir un marco jurídico a largo plazo para cuando se terminen los plazos máximos de las actuales concesiones portuarias para que la inversión en el sector tenga incentivos y sea posible ser recuperada. Las instalaciones portuarias son la puerta de nuestro país que nos conectan con el mundo.

Bibliografía:

- ANDI (2019) Estudio política portuaria Colombia y 6 países referentes. Cámara marítima y portuaria
- Cepal. (2021). Incidencia económica de los contratos de concesión portuaria en los puertos marítimos en Colombia.
- Jack Goodman & Micah Luxen. (2021). Crisis de los contenedores: ¿por qué hay tantos barcos haciendo fila para entrar a Estados Unidos?. BBC. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58943545>
- Jorge García. (2019). Comercio exterior en Colombia: política, instituciones, costos y resultados. Recuperado de: <https://ideas.repec.org/b/ldr/bdrlib/2019-isbn9789586644068.html#download>
- Leonardo Villar Gómez. (2000). ¿La economía colombiana se abrió o se cerró en la década de los noventa? Una nota sobre indicadores de apertura económica. Revista Mensual del Banco de la República, Vol. LXXIII, No. 867. Pag. 2.
- Luis Alberto Zuleta Jaramillo, Edna Carolina Sastoque, Francisco Gonzalez. (2003). ¿Por qué ha sido exitosa la reestructuración portuaria en Colombia? Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Pag. 175-218
- Olaf Merk. (2020). Future maritime Trade Flows. OECD/ITF. Recuperado de: <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/future-maritime-trade-flows.pdf>
- Organización Mundial de Comercio (2019). Anuario de Comercio.





Oficina de Asuntos Legales Internacionales:

Práctica del derecho internacional al servicio del país

Sandra Catalina Charris Rebellón¹

Resumen

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI) tiene a cargo, dentro de sus principales funciones, la de brindar asesoría al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT) en la aplicación e interpretación de los acuerdos comerciales y atender solicitudes de consultas de ciudadanos y otras entidades sobre la vigencia e incorporación al derecho interno de los compromisos asumidos por Colombia en materia comercial. Igualmente, adelanta y coordina con otras autoridades competentes las acciones y recursos para la defensa de los intereses del país en foros internacionales al amparo de los mecanismos de solución de diferencias, en especial el de la Comunidad Andina (CAN) y el de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En su labor al servicio del país, la OALI establece sinergias con otras áreas del MinCIT y con otras entidades, aporta al desarrollo de jurisprudencia tanto nacional como internacional, divulga los beneficios de los acuerdos comerciales y facilita la comprensión de las disposiciones de los acuerdos comerciales.

Integrado por un sólido equipo de abogados, en el presente artículo se presentan algunos logros y aprendizajes alcanzados entre octubre de 2016 y agosto de 2019.

¹ Abogada, con Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales contemporáneos; fue Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales entre octubre 2016 y agosto 2019. Fue funcionaria internacional del servicio jurídico de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En la actualidad se desempeña como Asesora de la Oficina Comercial en Bruselas, MinCIT, Misión de Colombia ante la Unión Europea.

Introducción

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI) tiene a cargo, dentro de sus principales funciones, la de brindar asesoría al MinCIT en la aplicación e interpretación de los acuerdos comerciales y atender solicitudes de consultas de ciudadanos y otras entidades sobre la vigencia e incorporación al derecho interno de los compromisos asumidos por Colombia en materia comercial. Asimismo adelanta y coordina con otras autoridades competentes las acciones y recursos para la defensa de los intereses del país en foros internacionales al amparo de los mecanismos de solución de diferencias, en especial en de la Comunidad Andina (CAN) y el de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Tuve el honor de ser Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales entre octubre de 2016 y agosto de 2019. En el presente artículo quisiera compartir algunas de las experiencias del trabajo realizado, las lecciones aprendidas y los principales logros alcanzados, para demostrar que la "OALI", es un servicio jurídico especializado en derecho internacional al servicio del país en el ámbito de sus compromisos internacionales en materia de comercio.

Agradezco al Comité Editorial de la Revista Acuerdos, por la invitación a contribuir en esta edición.

Contenido:

1.- Solución de diferencias comerciales

1.1. Establecimiento de sinergias con otras autoridades del país

La atención oportuna de los casos de solución de diferencias en los cuales es necesario defender los intereses de Colombia es una de las principales funciones de la OALI. Se trata principalmente de las actuaciones en las que Colombia participa en calidad de parte reclamada/demandada, parte reclamante/demandante o tercero interesado, en procedimientos de solución de controversias comerciales.

Los resultados de estos casos han permitido contar con precedentes, dictámenes y jurisprudencia en los que no solo ha demostrado la compatibilidad de las medidas adoptadas por distintas autoridades

de Colombia, sino que desde una perspectiva más sistémica brindan certeza jurídica a las operaciones de comercio que guarden relación con los asuntos debatidos en esos casos.

Este ámbito de la acción de la OALI es uno de los más interesantes, pues requiere de un trabajo interdisciplinario importante. Cuando hay un reclamo en contra de Colombia, por una medida (acto jurídico, acción o incluso omisión) adoptada por una autoridad colombiana que produce efectos comerciales y un tercer país (o incluso un particular) considera que le afecta, se inician consultas para conocer la racionalidad de dicha medida y en caso de que no se alcance un entendimiento mutuo, se activan los mecanismos de solución de diferencia para que, en un foro regido por reglas previamente establecidas en un acuerdo comercial internacional, se adelante el análisis de la medida y se determine si es compatible con las normas emanadas de los respectivos acuerdos comerciales.

Los mecanismos más dinámicos son los establecidos en el Acuerdo de Cartagena por el que se crea la CAN y los Acuerdos de la OMC, aunque todos los demás acuerdos comerciales en vigor para el país contienen disposiciones sobre los procedimientos a seguir cuando surjan diferencias que no puedan resolverse por mutuo acuerdo.

La estrategia de defensa de país para atender esos reclamos se establece a partir de los trabajos conjuntos entre los equipos técnicos y jurídicos de la autoridad competente de la cual emanó la medida y los equipos técnicos y jurídicos del MinCIT. En esas reuniones se analiza la génesis de la medida, la justificación que dio lugar a ella, los impactos y la compatibilidad con el ordenamiento jurídico respectivo. Una vez que se tiene toda la comprensión del caso, la OALI lidera la elaboración de la estructura de los escritos de defensa, enriquece los análisis técnicos con jurisprudencia aplicable, analiza las pruebas, arma los expedientes necesarios y ejerce la representación del país ante esos foros.

Por su parte, las autoridades competentes brindan apoyo revisando y suministrando los elementos técnicos y probatorios necesarios para la atención oportuna de los procesos. Asimismo, asisten y de ser pertinente, participan en calidad de expertos en las audiencias que se desarrollan durante los procedimientos.

Durante el periodo en el que fui Jefe de la Oficina, tuvimos importantes logros de los cuales quisiera destacar los siguientes:



<p>DS461 (reclamo de Panamá textiles, confecciones y calzado) El Grupo Especial de cumplimiento de la OMC constató que Colombia dio cumplimiento a sus resoluciones y recomendaciones al haber ajustado sus aranceles al no superar el consolidado y señaló que no se constató incumplimiento por la aplicación de decretos sobre control previo a importaciones. (05.10.2018)</p>	<p>Procesos 01-AI y 02-AI 2016: El TJCAN falló en favor de Colombia señalando que las Resoluciones proferidas por la ANTV, en las que se adoptan determinaciones sobre la retransmisión de tv por suscripción, no incumplen la Decisión 439. (19/10/2018)</p>
<p>Proceso 01-AI-2017: El TJCAN determinó que el registro de la marca de Color Rosado Pantone 183C (manzana Postobón) adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio no incumple la Decisión 486. (23/04/2019)</p>	<p>Dictamen 01-2019. La SGCAN dictaminó que los artículos de la Ley 1493 de 2011, que establecen facultades de control por parte de la Dirección Nacional de Derecho de Autor sobre SAYCO, no incumplen la Decisión 351. (05/03/2019)</p>
<p>Proceso 01-AI-2015: Por incumplimiento del deber de solicitar interpretación prejudicial por parte del Consejo de Estado. Mediante Sentencia de julio de 2017 el TJCAN declaró sin fundamento la demanda de incumplimiento interpuesta contra la República de Colombia.</p>	<p>Comunicación SG/E/SJ/992/2018 del 4 de junio de 2018, la Secretaría General de la CAN dio la razón a Colombia y revocó la admisión del reclamo de Ecuador al considerar que no reunía los requisitos para ser considerado un reclamo (Caso Salvaguardia Agrícola)</p>

En cada uno de esos casos, contamos con el apoyo decidido de las respectivas autoridades entre las que se destacan: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR) y Consejo de Estado.

1.2. Contribución al desarrollo jurisprudencial en el ámbito internacional

La actividad de defensa de los intereses del país a cargo de la OALI, además permite que en los foros internacionales se genere jurisprudencia de valor no solo para Colombia, sino para todos los demás Estados que participan en los respectivos acuerdos, lo cual sin duda aporta a la seguridad jurídica y certeza de las operaciones comerciales.

Algunas de las enseñanzas del Tribunal de Justicia de la CAN en los casos arriba indicados, que quedaron contenidas en sus sentencias y en las cuales se tuvieron en cuenta los argumentos presentados por la OALI en representación del país, son:

Intervención de particulares en el mecanismo de solución de diferencias de la Comunidad Andina:

El mecanismo de solución de diferencias de la CAN, es muy dinámico, pues a él pueden acceder no solo los Países Miembros, sino particulares cuando consideran que sus intereses legítimos o sus derechos subjetivos se encuentran vulnerados. Dicho mecanismo se surte en dos etapas: una prejudicial ante la Secretaría General de la CAN con sede en Lima y otra judicial ante el Tribunal de

Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito.

En el proceso 01-AI-2015, uno de los asuntos debatidos fue si un particular podía demandar al Estado colombiano por el supuesto incumplimiento de un juez nacional al no solicitar la interpretación prejudicial antes de emitir su sentencia. En ese caso, la persona que presentó la demanda ante el Tribunal de Justicia de la CAN no había sido parte del proceso nacional en Colombia. En el marco de la defensa de nuestro país, además de demostrar que no se había presentado tal incumplimiento, se argumentó que la persona que había presentado la demanda no tenía legitimidad para actuar, toda vez que no había sido parte activa, ni pasiva en el caso que se surtió en sede nacional.

El Tribunal de Justicia de la CAN, medianamente sentencia del 7 de julio de 2017, después de constatar que el juez nacional no había incumplido sus obligaciones frente al deber de solicitar una interpretación prejudicial, se pronunció sobre la legitimación de los particulares para presentar demandas contra los Países Miembros y en ese sentido hizo las siguientes precisiones²:

El mecanismo de solución de controversias de la CAN permite que los particulares puedan presentar demandas, pero solamente cuando se han visto afectados en un derecho subjetivo o en un interés legítimo. Esto es, se requiere que haya sea: i) una identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación y el deber de demostrar tal

afectación de un derecho actual, inmediato y directo que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado; ii) una afectación a la órbita de acción o situación jurídica, diferenciándose del mero interés general.

Únicamente los sujetos que participaron efectivamente en el proceso interno, sea como partes principales o como coadyuvantes, podrían ejercer el derecho de presentar demanda (art. 128 del Estatuto del Tribunal). Solo por excepción se podría admitir la demanda de quien no fue parte en el proceso nacional cuando se demuestre la afectación real o potencial que habrían sufrido en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

La acción de incumplimiento por el supuesto desconocimiento del deber de solicitar una interpretación prejudicial, no puede ser usado para buscar una decisión del Tribunal de Justicia, para resolver una controversia nacional de competencia y conocimiento del juez nacional.

• **Marca comercial de un color:**

La Decisión 486 de la Comisión de la CAN contiene disposiciones sobre el reconocimiento de las marcas comerciales. Uno de los casos que se adelantó estuvo referido a la aplicación del artículo 134 que dispone que pueden constituir marcas, entre otros signos, “un color delimitado por una forma o una combinación de colores”. En concreto se trataba de determinar si cuando la SIC concedió como marca el color rosado (Color Rosado Pantone 183C) contenido en una botella y un vaso que presentó Postobón, se ajustó a las normas andinas. En este proceso mediante sentencia del 16 de mayo de 2019,

² Tribunal de Justicia de la CAN, proceso 01-AI-2015, sentencia del 7 de julio de 2017, M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nro. 3100 del 27 de septiembre de 2017

el Tribunal de Justicia de la CAN se pronunció sobre ese asunto y concluyó lo siguiente³:

Al igual que las marcas tradicionales, las no tradicionales, dentro de las cuales se encuentra la marca de color, deben ser distintivas y susceptibles de representación gráfica para poder ser registradas como marcas y que el titular pueda gozar del derecho de exclusividad frente a terceros.

La norma andina prohíbe el registro de un color considerado aisladamente, pero esa prohibición no es absoluta, pues ella solo opera cuando el color no se encuentra delimitado, es decir, que se permite el registro de colores delimitados por una forma determinada.

La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó debidamente los criterios contenidos en la Decisión 486.

• Trato Nacional y Nación más Favorecida en el marco del comercio de servicios se predica respecto de terceros y no de nacionales:

Otro caso interesante fue el que se desarrolló en el marco de los procesos acumulados 01 y 02-AI-2016 mediante los cuales las empresas Caracol TV y RCN TV presentaron demanda contra Colombia por considerar que unas disposiciones administrativas de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) vulneraban el principio de trato nacional y el de nación más favorecida a que se refiere la Decisión 439 mediante la cual se adoptó el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la CAN.

El litigio se centraba en determinar si Colombia había desconocido esos principios a las empresas colombianas. El Tribunal de Justicia de la CAN, mediante sentencia del 19 de octubre de 2018 concluyó lo siguiente:

El principio de Trato Nacional y el principio de Nación más Favorecida tienen por objeto proteger en territorio colombiano al extranjero andino. No al nacional colombiano.

El principio de Trato Nacional busca que el extranjero andino reciba en Colombia el mismo trato que las autoridades colombianas otorgan a los colombianos. Así, un empresario boliviano, ecuatoriano o peruano, que busca prestar un determinado servicio en

territorio colombiano, o busca prestar ese servicio desde su país (miembro) de origen hacia el territorio colombiano, tiene que ser tratado de la misma forma en que las autoridades tratan a los colombianos que presentan ese servicio.

El principio de Nación más Favorecida busca que el extranjero andino reciba en Colombia el mismo trato que las autoridades colombianas otorgan a los extranjeros de otro país miembro y a los extranjeros de países no miembros de la CAN.

En atención a que los demandantes (nacionales colombianos) no califican como los sujetos destinatarios de los principios de trato nacional, nación más favorecida y statu quo, no hay incumplimiento de las normas de la Decisión 439 que se refieren a dichos principios.

1.3. Análisis de oportunidades de mejora de los mecanismos en vigor: autorización de sanciones y medidas sancionatorias en exceso

El ejercicio de la defensa del país en foros internacionales le permite a la OALI tener un conocimiento detallado de los mecanismos de solución de diferencias, sus fortalezas y también los aspectos que podrían ser objeto de mejoras, para que los procedimientos puedan garantizar de mejor forma los principios de acceso a la justicia y el debido proceso.

La CAN cuenta con un procedimiento sumario para que el Tribunal de Justicia de la CAN verifique el cumplimiento de sus sentencias y en caso de desacato, disponga la autorización de sanciones. El Tribunal de la CAN, a diferencia de otros mecanismos de solución de diferencias, tiene la facultad para fijar los límites de las sanciones que autoriza, previo concepto técnico de la Secretaría General, lo cual es un avance frente a otras regulaciones internacionales en la materia.

La experiencia en un caso que se adelantó en la OALI, mostró que hay oportunidades de mejora de los procedimientos para brindar certeza cuando se aplican sanciones en exceso, esto es, más allá de los límites fijados por el Tribunal.

Se trataba en concreto de la autorización del Tribunal para la aplicación temporal, a título de sanción, de un gravamen arancelario adicional del 10%, a diez (10) mercancías identificadas cada una de ellas en una Subpartida NANDINA (de ocho a diez dígitos del

³ Tribunal de Justicia de la CAN, proceso 01-AI-2017, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P.: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.



código numérico que corresponda). La intención entonces era que se pudiera ejercer esa facultad sobre un número determinado de mercancías y la sanción solo podría aplicarse hasta un porcentaje determinado.

Sin embargo, las medidas temporales sancionatorias adoptadas por algunos Países Miembros, en opinión de Colombia, no recayeron sobre mercancías determinadas, tal como ordenó el Tribunal, esto es que solo podían llegar a un máximo de 10 productos, sino sobre amplios grupos de mercancías, que incluso correspondían a mercancías clasificadas en subpartidas que correspondían a “los demás”⁴, lo cual implica que en esos grupos residuales se podrían incluir muchas mercancías de distinta clase y por lo mismo el número podría superar ampliamente lo autorizado por el órgano jurisdiccional de la CAN.

La OALI presentó al Tribunal solicitudes de urgencia y los argumentos legales para que se analizara si había un exceso en las sanciones impuestas y de comprobarse, se dispusiera inmediatamente la suspensión de la medida. A pesar de ello, se encontró que las normas vigentes, no contemplan un procedimiento específico para presentar esta solicitud. No cabía un recurso de reconsideración y no era propiamente un incidente, tampoco había una vía de urgencia mediante la cual se pudiera pedir al Tribunal la atención prioritaria del asunto.

Esta experiencia es un ejemplo de cómo a partir de la práctica que se hace desde la OALI, podemos encontrar oportunidades de mejorar el mecanismo de solución de diferencias de la CAN y estoy convencida de que será un asunto a tratar cuando se adelanten revisiones del Estatuto por el que se rige el Tribunal de Justicia de la CAN.

2.- Defensa de constitucionalidad de Acuerdos Internacionales

En virtud del control automático de la constitucionalidad de los acuerdos comerciales la Corte Constitucional hace una revisión material y formal tanto del instrumento internacional, como de la ley que lo aprobó en el Congreso. El examen consiste en determinar si las disposiciones contenidas en el acuerdo comercial se ajustan a nuestra Constitución Política.

En el marco de este procedimiento, la OALI adelanta coordinaciones con las demás Direcciones y con el Despacho del Jefe Negociador del MinCIT que aportan elementos de información sobre el proceso de negociación, la explicación de los efectos comerciales y los aspectos jurídicos relevantes de las disposiciones del acuerdo comercial. Con todos los insumos recibidos, más los aportes de análisis de derecho internacional y seguimiento de las líneas jurisprudenciales, la OALI estructura la intervención para explicar el contenido de cada uno de los capítulos de los acuerdos comerciales y los argumentos que demuestran la exequibilidad de los mismos.

En dichos escritos hay exposiciones sobre asuntos relacionados con la Constitución Política, el derecho internacional público en general y en particular el derecho de los tratados internacionales, así como los principios que rigen los asuntos relacionados con el comercio internacional a nivel constitucional. Para realizar este trabajo, la Oficina adelanta estudios comparados de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y con base en la misma elabora los documentos de defensa, basándose en los precedentes, pero al mismo tiempo haciendo énfasis en cada caso en los aspectos particulares respecto de los cuales se considera importante alcanzar un pronunciamiento de la Corte.

Durante el periodo que cubre este artículo presentamos intervenciones sobre la constitucionalidad de los siguientes instrumentos:

Tratado de Libre Comercio (TLC) con Israel. La Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante sentencia C-254 de 2019. Protocolos 1 y 2 Modificatorios de Protocolo Adicional al Acuerdo Marco AP (Protocolo Comercial). La Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante sentencia C-347 de 2019.

Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC. La Corte declaró su exequibilidad mediante sentencia C-494 de 2019.

2.1. Contribución al desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de aprobación de acuerdos internacionales

De los exámenes de constitucionalidad de esos instrumentos, quisiera destacar algunos aportes que hicimos y que se reflejaron en las sentencias de la Corte, si bien con sus propios desarrollos:

• Concepto de territorio:

Un asunto importante que se debatió en el control de constitucionalidad del TLC con Israel se destacan el análisis sobre la definición de territorio a que se refiere la Sentencia C-254/19⁵. Para la Corte:

“(…) cuando se emplea la definición general de ‘territorio’ en el acuerdo de libre comercio con Israel debe entenderse en la esfera exclusivamente del derecho internacional mercantil, por lo que no existe en el instrumento suscrito reconocimiento ni declaración alguna sobre cuáles espacios físicos constituyen el territorio soberano del Estado de Israel, ni sobre qué espacios geográficos constituyen el territorio soberano de Colombia. Entonces, resulta claro para esta Corporación que la definición de territorio prevista en los artículos 1.5. y 10.1. (como se observará) no pueden interpretarse en el sentido de definir el territorio soberano de Israel o de Colombia, o incluso como un reconocimiento implícito de Colombia frente a la ocupación de territorios palestinos por Israel, sino que se limita al ámbito del derecho internacional económico, particularmente el comercial, es decir, con el objeto y fin de establecer una zona de liberación comercial en los términos del artículo XXIV del Acuerdo del GATT de 1994. Lo anterior, en aplicación de las reglas de interpretación de los tratados dispuestas en el artículo 31 de la Convención de Viena”.

• Representación del Estado colombiano en la adopción del Acuerdo de Facilitación del Comercio:

En la sentencia C-494/19, la Corte distingue los casos en los que se puede representar válidamente al Estado colombiano sin que medien plenos poderes. A este respecto señaló que:

“(…) el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone que ‘se considerará que una persona representa a un Estado’, si presenta los ‘adecuados plenos poderes’ (art. 7.1.a). No obstante, el apartado c) del numeral 2 de ese mismo artículo dispone que “[e]n vir-

⁵ Sentencia C-254/19 Revisión de constitucionalidad del i) “tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel”, hecho en Jerusalén, Israel, el 30 de septiembre de 2013 y ii) el “Canje de Notas entre la República de Colombia y el Estado de Israel, por medio de la cual se corrigen errores técnicos del tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel”, efectuado el 13 de noviembre de 2015, y la Ley aprobatoria 1841 de 12 de julio de 2017, M.P., José Fernando Reyes Cuartas, 6 de 2019.

⁴ Por ejemplo: 1901909000 – Los demás; o 2106907900 – – Los demás

tud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado: (...) c) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal organización u órgano'. En el caso concreto, el protocolo sub examine fue adoptado por decisión del Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), que está integrado por todos los Estados miembros de esa organización internacional, de la que Colombia es parte desde el 30 de abril de 1995. En tales términos, de acuerdo con la certificación aportada al expediente de la referencia por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la representación del Estado colombiano en la adopción de este tratado fue ejercida por el representante permanente ante la OMC, Gabriel André Duque Mildenberg; por lo tanto, se considera válida".

• Alcance del control de constitucionalidad material:

En la sentencia C-347/19 la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia emitida en anteriores sentencias según la cual: "[E]l control de constitucionalidad material se orienta a evaluar el contenido del instrumento internacional y su ley aprobatoria a la luz del contenido integral de la Constitución (...) Ahora bien, a la Corte le corresponde hacer un examen de carácter jurídico que garantice la supremacía de la Constitución, excluyendo los análisis sobre la oportunidad y utilidad de las cláusulas que regulan el intercambio comercial, pues la atribución de dirigir las relaciones internacionales corresponde al Presidente de la República y la de disponer la aprobación e improbación de los tratados al Congreso de la República, tal y como está establecido en los artículos 150.16 y 189.2 de la Constitución".

• Idioma de los Acuerdos Internacionales:

En el procedimiento de control de constitucionalidad del TLC con Israel se abordó la consideración de las cláusulas finales, en particular la relativa a los idiomas del acuerdo, según la cual el tratado fue hecho en dos ejemplares originales, cada uno en idiomas español, hebreo e inglés, anotando que todos los textos son igualmente auténticos, y en caso de divergencia de interpretación o cualquier discrepancia prevalecerá el texto en inglés. La Corte señaló, siguiendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que:

"En torno a la firma del tratado comercial, sus ejemplares originales y los idiomas empleados, debe señalarse que encuentra en correspondencia con el ordenamiento superior por lo que se despacharán desfavorablemente las inquietudes ciudadanas presentadas al respecto. Ello por cuanto el artículo 10 de la Constitución determina que el castellano es el idioma oficial de Colombia, por lo que la versión del acuerdo comercial es auténtica como lo determina el propio instrumento. También encuentra respaldo en la Sección Tercera del ALC sobre interpretación de los tratados, artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Igualmente, atendiendo los artículos 39 y 44 del Decreto ley 2067 de 1991, se comparte el concepto del Ministerio Público cuando señala que el control de los tratados internacionales se efectúa con su copia auténtica por lo que 'el documento allegado se presume auténtico y de allí se deriva la presunción de identidad entre las diversas versiones lingüísticas, lo cual releva de efectuar una confrontación entre las mismas.

(...)
No obstante, dado que la negociación se adelantó en idioma inglés se acordó que en caso de divergencia prevalece el último, lo cual no resulta novedoso para los acuerdos comerciales suscritos por Colombia, por ejemplo respecto del tratado con Corea (C-184/16), AELC (C-941/10), Japón (C-286/15), Suiza (C-150/09), China (C-199/12) e India (C-123/12). De este modo, la versión en castellano (art. 10 superior) del tratado comercial con Israel constituye una versión auténtica que confiere idéntica fe a la que contienen las versiones en hebreo e inglés.
(...)
Por último, las inconsistencias que se presenten pueden ser corregidas oficialmente siguiendo los trámites y formalidades dispuestas por el propio tratado de liberalización comercial, las disposiciones comunes de la OMC y las reglas conforme al derecho internacional".

3.- Participación en negociaciones de acuerdos internacionales: negociación de asuntos institucionales y mecanismos de solución de controversias de los Acuerdos comerciales

3.1. Acuerdo con el Reino Unido en consideración a su retiro como Estado Miembro de la Unión Europea.

La decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea, conocida bajo el nombre

de Brexit, tuvo repercusiones en nuestro país, pues esa decisión del Reino Unido tendría un efecto sobre el Acuerdo Comercial que Colombia tiene con la Unión Europea, el cual había sido suscrito por ese país en su calidad de Estado Miembro de la Unión Europea. Así, una decisión unilateral de un Estado miembro de la Unión Europea, en la cual Colombia no tenía ninguna injerencia, tendría un impacto en las relaciones comerciales bilaterales. El Acuerdo comercial con la Unión Europea contiene disposiciones relativas al aumento del número de Estados miembros de la Unión Europea, pero no lo contrario⁶.

Se planteó entonces la necesidad de analizar de qué forma se podría garantizar la continuidad de las relaciones comerciales con el Reino Unido, pues ninguno de los dos Estados tenía la intención de dar por terminadas las relaciones surgidas en el marco del Acuerdo Comercial Unión Europea- países andinos signatarios. Varias alternativas se analizaron y al final se concluyó que la continuidad se garantizaba mediante la suscripción de un nuevo acuerdo comercial pero que conservara "mutatis mutandis" las mismas disposiciones que el Acuerdo Comercial con la Unión Europea, ajustándolo a la nueva realidad que era la de tener solo a un Estado de una parte (el Reino Unido).

Con ese acuerdo, la OALI, junto con el despacho del Jefe Negociador y la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, adelantó los trabajos conjuntos con Ecuador, Perú y el Reino Unido, para dar la estructura general e institucional del Acuerdo y adoptamos las determinaciones sobre su aplicación y entrada en vigor. El Acuerdo fue aprobado mediante Ley 2067 de 2020 y actualmente surte el trámite de control de constitucionalidad. A futuro, este acuerdo debe leerse en conjunto con el Acuerdo Comercial con la Unión Europea pues la mayoría de sus cláusulas remiten a dicho acuerdo y solo se incorporaron disposiciones necesarias para tener en cuenta el carácter bilateral de la relación, entre otros, algunos aspectos puntuales como los cupos, normas de origen, definición del ámbito de aplicación, solución de diferencias, indicaciones geográficas y asuntos relacionados con la institucionalidad.

⁶ Es el caso que presentó cuando Croacia se convirtió en Estado miembro de la UE. En esa oportunidad, en seguimiento de las disposiciones del Acuerdo Comercial, se suscribió un protocolo adicional para reconocerle al nuevo miembro de la UE, el carácter de Parte en el Acuerdo.

3.2. Acuerdo de Complementación Económica No. 72 Colombia Mercosur:

La negociación de este acuerdo fue interesante desde el punto de vista legal, por cuanto al igual que ocurrió en la negociación con el Reino Unido, el objetivo era renovar las relaciones con los Estados Miembros del Mercosur y en ese sentido el reto consistía en mantener las relaciones que ya teníamos vigentes con ese bloque de integración a través del Acuerdo de Complementación Económica N.º 59, dar una nueva institucionalidad, garantizar los periodos de transición y analizar las posibilidades de su aplicación provisional siguiendo los criterios de la Corte Constitucional. El ACE N.º 72 reemplazará para sus relaciones mutuas entre Colombia y el Mercosur al ACE N.º 59, cuando Colombia informe a la Secretaría General de la ALADI y esta, a su vez, notifique a las Partes Signatarias que se surtieron los trámites internos respectivos.

4.- Revisión legal de instrumentos internacionales y de normas derivadas de ordenamientos jurídicos de integración económica:

Una función de la OALI es participar en la revisión legal y la emisión de conceptos previamente a la suscripción de instrumentos internacionales (Acuerdos, memorandos de entendimiento, protocolos modificatorios) y otros instrumentos derivados como los acordados en el marco de la CAN (Decisiones de la Comisión, Resoluciones de la Secretaría General) o en la Alianza del Pacífico. Se trata de una labor que exige un nivel importante de detalle, pues se revisa la integridad de los instrumentos a suscribir para garantizar su coherencia, claridad en la redacción, pertinencia con el marco legal del cual deriva, entre otros aspectos.

Desde la OALI lideramos la revisión de importantes instrumentos, dentro de los que se destacan:

- Revisión legal acuerdo con el Reino Unido
- Revisión legal de documentos de la Alianza del Pacífico
- Revisión legal de Decisiones de la Comisión de la CAN como por ejemplo:
 - Decisión 830 sobre la extensión del plazo que faculta a los países miembros a suspender temporalmente la Decisión sobre normas para el registro, control, comercialización y uso de productos veterinarios;

- Decisión 833 sobre armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos;
- Decisión 837 que sustituye la Decisión 399 sobre transporte internacional de mercancías por carretera;
- Decisión 838 que modifica la Decisión 483 sobre normas para el registro, control, comercialización y uso de productos veterinarios;
- Decisión 846 derogatoria del artículo 5 de la Decisión 414

5.- Divulgación de los beneficios de los acuerdos comerciales para su mejor aprovechamiento y emisión de conceptos

También se encomienda a la OALI la emisión de conceptos sobre la interpretación de acuerdos comerciales. La OALI recibe anualmente un importante número de derechos de petición de ciudadanos, empresarios, abogados, académicos y estudiantes, así como consultas de otras autoridades del país y de distintas áreas del propio Ministerio.

En ellas se indaga por distintos aspectos técnico-jurídicos relacionados por ejemplo con las disposiciones de origen de las mercancías contenidas en los acuerdos, la aplicación de las reglas sobre trato nacional o nación más favorecida, la forma de adoptar decisiones por los mecanismos de administración de los acuerdos, cláusulas transitorias, las reglas sobre restricciones o gravámenes o el sentido específico de alguna norma.

La respuesta a esos derechos de petición exige un análisis detallado; cuando la norma se presta a ambigüedades se aplican los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en cuanto a la interpretación de los mismos y en ese sentido muchas veces tuvimos que recurrir a consultas con expertos sobre temas científicos o técnicos, tanto al interior del Ministerio como de las entidades competentes, para mejor comprensión de la situación y el régimen jurídico establecido en el acuerdo; también hicimos investigaciones históricas en los travaux préparatoires de los instrumentos para conocer la voluntad que tuvieron los negociadores al concertar una determinada disposición. Además, se buscan las líneas jurisprudenciales a nivel nacional e internacional y los precedentes que sobre el asunto se hayan proferido.

En realidad, la emisión de conceptos es el ámbito más dinámico del trabajo de la Oficina. Desde luego, como lo dejamos siempre claro, nuestros conceptos no obligan, pero son un medio para orientar y de esa manera

colaborar en una mejor comprensión de las disposiciones de nuestros 17 acuerdos comerciales en vigor.

El medio para publicar los principales conceptos emitidos es la Revista Acuerdos cuyos 10 años celebramos en esta edición. Durante el periodo en que estuve al frente de la OALI, publicamos en la sexta y séptima edición, una selección de conceptos emitidos⁷.

6.- La OALI: un equipo de abogados con sólida formación y experiencia

La OALI cuenta con el apoyo de abogados con formación sólida y experticia en distintas disciplinas del derecho y del comercio internacional. Quisiera mencionar a cada uno de los abogados cuyos aportes fueron claves para alcanzar los logros de la oficina, haciendo una mención de los asuntos principales en los que contribuyeron, lo cual no significa que la descripción que hago a continuación sea exhaustiva respecto de la experiencia y conocimientos de cada uno de ellos:

Adriana Trujillo Velásquez, experta en derecho aduanero, normas de origen, derecho comunitario andino, acuerdos de comercio con países de América Latina y el Caribe, en particular Mercosur; normas de la OMC sobre comercio de mercancías y mecanismo de solución de diferencias;

Carlos Alberto Rojas Carvajal, experto en propiedad industrial, derecho de las telecomunicaciones, derecho de autor, derecho comunitario andino, normas de la OMC en particular el ADPIC, gran conocedor de aspectos procesales de los mecanismos de solución de diferencias;

Sandra Patricia Restrepo Restrepo, experta en normas sobre el régimen de importaciones, trabajó en asuntos relacionados con las compras públicas y asuntos relacionados con medidas OTC;

María Elisa Abril Barreto, experta en compras públicas, integración económica, derecho comunitario andino;

Martha Pachón, experta en derecho administrativo, derecho probatorio, turismo, conocedora del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y gran apoyo en la elaboración de escritos y seguimiento de casos;

Betty del Carmen Mosquera Mosquera, brindó apoyo en la revisión probatoria de los casos, en particular ante la Comunidad Andina, hizo análisis de jurisprudencia y ade-

⁷ Revista Acuerdos, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sexta y séptima edición, sección Conceptos OALI, en <https://acuerdosrevista.mincit.gov.co/>

lantó análisis para emisión de conceptos sobre acuerdos de cooperación técnica;

Luis Carlos Ramírez Martínez, experto en medidas de defensa comercial, derecho internacional público, zonas francas, asuntos laborales relacionados con el comercio, derecho comunitario andino, derecho de la OMC;

Nicolás López Piñeros, experto en inversión extranjera, solución de diferencias inversionista-estado, servicios y compras públicas;

Andrés Felipe Esteban Tovar, experto en OMC, en particular las reglas por las que se rige la solución de diferencias de la OMC

Sebastián Vallejo Mejía, experto en OMC, en particular las reglas por las que se rige la solución de diferencias en la OMC;

Gustavo Guarín Duque, experto en OMC, en particular las reglas por las que se rige la solución de diferencias en la OMC;

Farith Acero Yamul, analista de acervo probatorio e investigador de líneas jurisprudenciales tanto en Colombia como en la Comunidad Andina; asuntos relacionados con la planeación estratégica de la oficina.

Además contamos con los servicios de Janeeth Mesa Morales, la Secretaria Ejecutiva de nuestra Oficina, que con sus conocimientos sobre gestión documental y procedimientos internos del Ministerio, garantizó la debida formación de expedientes, conservación de pruebas, trazabilidad de la información y transmisión de comunicaciones a las instancias respectivas dentro de los plazos oportunos.

La mayoría de ellos ha estado al servicio de la OALI desde antes de que yo fuera designada en la Jefatura y aún siguen vinculados a la Oficina. Otros llegaron después e incluso algunos se retiraron antes. La Oficina debe ajustarse a estos cambios y para ello siempre está el equipo líder apoyando a nuevos colegas.

Teniendo en cuenta que el equipo de trabajo debe atender asuntos en distintos temas del comercio internacional, es importante que se brinden oportunidades de fortalecimiento de capacidades. Por ese motivo, desde la Jefatura de la Oficina logramos que los funcionarios recibieran entrenamientos especializados en solución de diferencias comerciales. Primero mediante una capacitación virtual impartida por el Centro de Asesoría Legal sobre la OMC (2017), posteriormente de manera presencial con la participación de un funcionario de la Secretaría General de la OMC que se trasladó hasta Bogotá para impartirnos un curso especializado (2018).



Asimismo se logró que uno de nuestros abogados fuera admitido en el curso avanzado de solución de diferencias para América Latina que se realizó de forma presencial en la sede de la OMC (2018). Pero además los propios abogados se inscribieron en Maestrías sobre derecho internacional o sobre derecho de la integración económica y otros cursos especializados.

De igual forma, al interior de la oficina generamos nuestros propios espacios de intercambio de conocimientos, mediante la realización de sesiones conjuntas en las cuales se hizo análisis de los resultados de los litigios finalizados, se estudió la jurisprudencia proferida, se analizó el acervo probatorio y la forma en que trabajamos la presentación de evidencias, todo lo cual permitió divulgar el conocimiento y sirvió para la cohesión del grupo de abogados de la Oficina.

Conclusiones

Haber sido Jefe de la OALI fue un verdadero honor y una gran experiencia profesional en la cual a través del cumplimiento de las funciones que nos han sido encomendadas participamos en la negociación y aplicación de acuerdos comerciales, contribuimos a la solución pacífica de diferencias, aplicamos reglas de interpretación de acuerdos siguiendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero más allá de los aspectos puramente legales, establecimos sinergias con distintas entidades del país, atendimos las peticiones de los ciudadanos, orientamos sobre la interpretación de las normas de nuestros acuerdos comerciales y actuamos con un sentido de compromiso para contribuir al objetivo de nuestro país de dar cumplimiento de buena fe a sus compromisos internacionales.

Jurisprudencia, dictámenes e informes citados:

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- **Proceso 01-AI-2015**, sentencia del 7 de julio de 2017, M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nro.3100 del 27 de septiembre de 2017, disponible en este enlace: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AI/01-AI-2015.pdf> (consulta realizada 15 septiembre 2021).

- **Procesos Acumulados 01-AI y 02-AI 2016**, sentencia del 19 de octubre de 2018, M.P.: Hugo Ramiro Gómez Apac, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nro. Número 3439 del 12 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AI/01-02-AI-2016.pdf> (consulta realizada el 20 septiembre 2021)

- **Proceso 01-AI-2017**, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P.: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nro. 3654 del 4 de junio de 2019, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AI/01-AI-2017-01.pdf> (consulta realizada 15 septiembre 2021)

- **Dictamen 01-2019**, del 5 de marzo de 2019, Reclamo interpuesto por Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nro. 3558 del 5 de marzo de 2019, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203558.pdf> (consulta realizada 15 septiembre 2021)

Secretaría General de la Comunidad Andina

- **Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial de Comercio**

DS461, Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado, informe de los Grupos Especiales, documento WT/DS461/RW, de 5 de octubre de 2018, disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/461RW.pdf&Open=True> (consulta realizada 15 septiembre 2021)

Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial de Comercio

- **Sentencia C-254/19 de 6 de junio de 2019**, Revisión de constitucionalidad del i) "tratado de libre comercio entre la República

Corte Constitucional de Colombia

de Colombia y el Estado de Israel", hecho en Jerusalén, Israel, el 30 de septiembre de 2013 y ii) el "Canje de Notas entre la República de Colombia y el Estado de Israel, por medio de la cual se corrigen errores técnicos del tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel", efectuado el 13 de noviembre de 2015, y la Ley aprobatoria 1841 de 12 de julio de 2017, M.P., José Fernando Reyes Cuartas, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm> (consulta realizada 15 septiembre 2021)

- **Sentencia C-347/19 de 31 de julio de 2019**, Revisión oficiosa de la Ley 1898 de 2018 "Por medio de la cual se aprueba el primer protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la alianza pacífica, firmado en Paracas, Ica, República del Perú, el 3 de julio de 2015 y el segundo protocolo modificatorio del protocolo adicional al acuerdo marco de la alianza del pacífico, firmado en Puerto Varas, República de Chile, el 01 de julio de 2016", M.P.: Cristina Schlesinger, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-347-19.htm> (consulta realizada 20 septiembre 2021)

- **Sentencia C-494/19 de 22 de octubre de 2019**, Control de constitucionalidad del Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en Ginebra, Suiza, el 27 de noviembre de 2014, y de la Ley 1879 de 9 de enero de 2018, por medio de la cual se aprueba dicho protocolo, M.P.: Carlos Bernal Pulido, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-494-19.htm> (consulta realizada 20 septiembre 2021)

- **Revistas**

Guzmán, Diego: "Court of Justice of the Andean Community confirms Colombian decision to grant color trademark: Process 01-AI-2017", en: Revista La Propiedad Inmaterial n.º 27, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019, pp.213-215. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n27.08>

Revistas

- **Revista Acuerdos**, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Sexta y Séptima edición, disponibles en: <https://acuerdosrevista.mincit.gov.co/>

La participación de Colombia en la Organización Mundial del Comercio

*Mauricio Andrés Salcedo-Maldonado
Kian Posada-Kasegari
Sara Lucía Dangón*

Este texto tiene como objetivo hacer un recuento de la participación de Colombia ante la Organización Mundial del Comercio (“OMC” u “Organización”); resaltando tanto a los funcionarios de Gobierno más destacados en esta labor, como los aprendizajes que la misma ha dejado para el país. Con esto en mente, el artículo se divide en tres partes. La primera tiene como objetivo mostrar el rol que ha jugado Colombia en la Organización, en particular, en los foros de negociación y decisión, así como resaltar, en alguna medida, la inusitada importancia que han tenido sus diplomáticos en la OMC. La segunda tiene como objetivo mostrar el rol que ha jugado Colombia en el mecanismo de solución de controversias de la Organización actuando, principalmente, en calidad de demandado y de tercero interesado en algún proceso. Por último, como apunte final, la tercera parte de este artículo tiene como objetivo mostrar la evolución y el estado actual del entramado institucional que ha permitido que Colombia participe efectivamente, tanto activa como defensivamente, ante la Organización.



I. Participación activa de Colombia y sus diplomáticos en los distintos foros de negociación y decisión de la OMC

La primera parte de este artículo tiene como objetivo mostrar el rol que ha jugado Colombia en la Organización, en particular, en los foros de negociación y decisión, así como resaltar, en alguna medida, la inusitada importancia que han tenido sus diplomáticos en la OMC.

En los foros multilaterales de la OMC, Colombia es conocida por ser “un país que golpea por encima de su peso”. Eso significa que, aunque no tiene el peso económico de otros países, el país tiene una diplomacia dinámica que le ha permitido adquirir una relevancia mayor a la que tiene su economía en el contexto global. Esto se observa en la buena reputación que han alcanzado los embajadores y diplomáticos colombianos asignados a la Misión ante la OMC y en el hecho de que dichos embajadores generalmente son parte de los grupos y las redes con las cuales se gobierna la Organización.

La participación del país ha tenido un importante reconocimiento desde el inicio de la integración multilateral con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”, por sus siglas en inglés, *General Agreement on Tariffs and Trade*).

Colombia fue uno de los países que participó en el establecimiento de las instituciones de Bretton Woods después de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, participó activamente en las negociaciones de la Carta de La Habana en 1948. El país también participó en la segunda ronda de negociación de aranceles del GATT, celebrada en Ancey en 1948, con miras a negociar su adhesión al GATT. Sin embargo, para el momento, el Gobierno colombiano decidió no unirse al GATT a fin de tener la libertad de proteger su sector industrial en desarrollo mediante aranceles y otros controles a las importaciones. Colombia obtuvo luego su estatus de observador del GATT en 1968.

Colombia, además, tuvo un rol activo en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés, *United Nations Conference on Trade and Development*) de 1973 celebrada en la ciudad de Santiago, Chile, relativa

a la participación de los países en desarrollo en las negociaciones multilaterales de comercio propuestas por los Estados Unidos, las Comunidades Europeas (“CE”) y Japón. Como resultado de esa Conferencia, Colombia fue invitada a la negociación de la Ronda de Tokio en 1973. El interés principal del país en esa negociación fue abrir nuevos mercados para las exportaciones colombianas no tradicionales (distintos del café, el banano, el petróleo y las esmeraldas), particularmente de productos tropicales. Así, en su momento, Colombia consideró de suma importancia el numeral 3(f) de la Declaración Ministerial de Tokio que indicaba que los productos tropicales debían tratarse como “un sector especial y prioritario” en las negociaciones.

Colombia decidió ser parte del GATT en 1974. Sin embargo, el proceso fue lento previniendo conflictos con los otros miembros del Pacto Andino (en el momento sólo Perú era parte del GATT). Además, a nivel interno, existían presiones por mantener el uso de tarifas y licencias para proteger a la industria de fenómenos como el *dumping*, especialmente al sector de textiles y calzado. La preocupación del sector de textiles y calzado consistía en que la adhesión al GATT, en su perspectiva, era una forma de liberalización unilateral que afectaría la protección de la industria lograda con la política de sustitución de importaciones.

Aun con estas preocupaciones, el país decidió ser parte contratante del GATT. El Protocolo de Adhesión de Colombia al GATT se negoció en 1979 y las Partes Contratantes del GATT lo aprobaron en el mes de noviembre de ese año. El Protocolo de Adhesión fue firmado en abril de 1980 por el Embajador Héctor Charry-Samper y las negociaciones fueron adelantadas por el Embajador Felipe Jaramillo y por Clara María León (Primer Secretario). Colombia fue formalmente parte del GATT desde el 3 de octubre 1981. Esto se dio en la administración de Julio César Turbay y, en particular, en el marco de la Política de Comercio Exterior del Plan de Integración Nacional. En el momento, se contaba con el apoyo interno para reformar la aproximación al comercio internacional de Colombia con miras a promover y diversificar las exportaciones nacionales, ello en un esfuerzo por escapar de la fuerte dependencia del país de las exportaciones de café. La adhesión al GATT se consideraba como una forma de diversificar las exportaciones de Colombia y de obtener un mejor acceso a los mercados extranjeros.

Luego, durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay (1986-1993), el Embajador Alterno

de Colombia ante el GATT y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés, *United Nations Conference on Trade and Development*), Felipe Jaramillo, ocupó la Presidencia del Comité de Negociaciones de Servicios, así como el Comité de Acceso a Mercados. Adicionalmente, el Embajador Jaramillo fue elegido, por su destacado desempeño, como Presidente del Consejo del GATT en 1984 y como Presidente de las Partes Contratantes (máximo órgano rector del GATT) en 1985.

Gracias a su liderazgo en el Grupo de Trabajo Informal sobre Servicios (llamado también “*Jaramillo Group*”, que con el tiempo evolucionó en el grupo “*Café au Lait*”), se lograron las negociaciones que culminaron en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“GATS”, por sus siglas en inglés, *General Agreement on Trade in Services*) de la OMC. De igual manera, el Embajador Jaramillo concretó el acuerdo que se discutió en Punta del Este para lanzar la Ronda de Uruguay en 1986.

Otros nombres importantes entre los diplomáticos nacionales son los de Alejandro Gamboa, quien fue secretario del Consejo de Comercio de Mercancías de la OMC, y Ricardo Meléndez, co-fundador del desaparecido Instituto Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible (“ICTSD”), probablemente el tanque de pensamiento (“*think tank*”) más importante en temas de comercio internacional y desarrollo desde 1997 hasta 2021.

El Embajador Néstor Osorio (1994 - 1999) presidió el Órgano de Examen de Políticas Comerciales, la Oficina Internacional de los Textiles y las Prendas de Vestir, y el Comité de Agricultura; todos sectores clave para nuestro país. El Embajador Néstor Osorio también fue un actor muy importante en el lanzamiento de la Ronda de Doha, así como en la creación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (“ACWL”, por sus siglas en inglés, *Advisory Centre on WTO Law*).

De esta generación de diplomáticos destacaron también Claudia Orozco, quien fue la consejera que ideó el ACWL; Santiago Rojas, quien luego se desempeñó como Ministro de Comercio, Industria y Turismo y Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (“DIAN”) y es actualmente representante en Argentina del Banco de Desarrollo de América Latina (“CAF”); y Silvia Costain, quien más tarde sería negociadora de servicios y Ministra de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y es la actual Vicepresidenta de Relaciones con Gobierno para América Latina y el Caribe de Visa Inc.

Luego, entre 2000 y 2004, el Embajador Hernando José Gómez presidió el Comité de Balanza de Pagos y perteneció a la Junta Administradora del ACWL (posteriormente, fue el jefe negociador de Colombia en el acuerdo comercial de Colombia con los Estados Unidos y Director Nacional de Planeación).

Andrés Valencia, negociador agrícola de esa época, se destacó en las primeras conversaciones sobre agricultura en la Ronda de Doha y luego ocupó la cartera de Agricultura y Desarrollo Rural. También resaltaron por su labor Olga Lucía Lozano, ex Viceministra de Comercio, y María Eugenia Mesa, quien fue negociadora jefa de acceso a mercados de Colombia en los acuerdos comerciales con la Unión Europea ("UE"), Corea, Costa Rica e Israel, entre otros.

La Embajadora Claudia Uribe (2004 – 2008) presidió el Consejo de Comercio de Servicios y el Órgano de Examen de Políticas Comerciales, y perteneció a la Junta Administradora del ACWL. La Embajadora Uribe también fue miembro del Grupo de Trabajo de Ayuda para el Comercio y ponente de los exámenes de las políticas comerciales de Estados Unidos, México y la UE. Además, la Embajadora representó al país durante la parte decisiva de una de las controversias más importantes para Colombia, un caso sobre el comercio de bananas con la UE (referirse a Sección II.A, *infra*), el cual llevó a feliz término en conjunto con el Viceministro de la época, Eduardo Muñoz. Es relevante anotar que fue precisamente el último procedimiento activado por Colombia el que permitió resolver esta diferencia que duró más de 20 años en el GATT y la OMC.

De esta época también se destacaron diplomáticos como Nicolás Torres, jefe de asuntos legales internacionales del Ministerio por varios años, quien también fue jefe negociador de Colombia en las negociaciones con Japón y con los países asociados de Alianza del Pacífico; Alfredo Ramos, ex Director de Asia en el Ministerio de Relaciones Exteriores y actual Director de la Oficina Comercial de ProColombia Corea; Amalia Vásquez, actual representante del Swiss Import Promotion Programme, entre otros.

El Embajador Eduardo Muñoz Gómez (2008-2012), por su parte, ocupó la Presidencia del Órgano de Examen de Políticas Comerciales y del Comité de Comercio y Medio Ambiente, y amplió la reputación y diplomacia comercial del país en conjunto con su Viceministro de la época, Gabriel Duque. Adicionalmente, a partir del periodo del Embajador Muñoz, la Misión ante la OMC comenzó a servir también como

soporte técnico para el trabajo de la Misión de Colombia ante las Naciones Unidas en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Finalmente, el Embajador Muñoz y el Viceministro Duque dieron impulso a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales ("OALI") para que Colombia fortaleciera su participación como tercero en las controversias y disputas de otros miembros, con el objetivo de mejorar la capacidad interna de respuesta del país a este tipo de controversias.

El Embajador Gabriel Duque (2012-2016) fue presidente del Consejo de Servicios en sesión especial (grupo de negociación de la Ronda de Doha). También fue aclamado presidente de las Asambleas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre 2014 y 2016. El Embajador Gabriel Duque fue el primer miembro colombiano de la llamada junta directiva informal de la OMC, denominada el Grupo del Desayuno, se involucró también en la defensa del país en la controversia sobre textiles, prendas de vestir y calzado con Panamá (referirse a Sección II.C, *infra*) e inició los trabajos para promover una agenda multilateral contra el comercio ilícito, que incluyera un tratamiento específico de este fenómeno a nivel OMC. Durante esta época, Colombia organizó por primera vez un evento sobre comercio ilícito y OMC en el foro público, y llevó este asunto a nivel del Comité de Mercancías, y al Grupo de Trabajo de Comercio, Deuda y Finanzas. Se continuó durante esta época con la participación activa de Colombia como tercero en disputas y el país jugó un papel muy relevante en la celebración del Acuerdo de Facilitación del Comercio, y las decisiones sobre retiro de subsidios a las exportaciones agrícolas. Siendo uno de los Sherpas designados por el Director General para el momento de la OMC, Roberto Azevedo, para lograr el resultado alcanzado en las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi. El equipo técnico coordinado por el Consejero Comercial Alfredo Ramos apoyó al Embajador Duque en el logro de todos estos objetivos.

El Embajador Juan Carlos González Vergara (2016 – 2019), presidió el Órgano de Examen de Políticas Comerciales y el Grupo de Trabajo sobre la Facilitación a las Inversiones. Colombia se convirtió en un jugador importante para implementar el Objetivo de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas 14.6 para disciplinar los subsidios perjudiciales a la pesca. Además, fue protagonista en las negociaciones de comercio electrónico y fomentó fuertemente la coordinación entre los países latinos. Así mismo, continuó la defensa del país en la controversia sobre los textiles, prendas de vestir y calzado con Panamá (referirse

a Sección II.C, *infra*). En este caso, logró con el equipo técnico (OALI, Misión y Dirección de Relaciones Comerciales) la importante victoria que representó el resultado de los Grupos Especiales de Cumplimiento, frente a los cuales Colombia demostró que sus medidas eran compatibles con el derecho de la OMC y dilató la posibilidad de que Panamá, vía OMC, aplicará sanciones de retaliación comercial por medio del Entendimiento de Solución de Diferencias ("ESD").

Además, el Embajador González avanzó en el debate sobre el comercio ilícito con una segunda participación en el foro público de la OMC e impulsó el proceso de concientización del asunto participando en diversos eventos del más alto nivel en Londres y París. El Embajador González fue invitado en 2018 a hacer parte del llamado Grupo del Desayuno que reúne a los países más importantes de la Organización.

Por último, el Embajador Santiago Wills Valdeirama (2019-actualidad) fue designado como Presidente del Grupo de Negociación de Normas de la OMC. A su cargo, asumió el reto de liderar -y en la medida de lo posible llevar a su término- las negociaciones sobre el acuerdo multilateral de subvenciones a la pesca. Estas negociaciones iniciaron en el año 2001 en la Conferencia Ministerial de Doha, con el mandato de aclarar y mejorar las disciplinas de la OMC existentes con respecto a las subvenciones a la pesca. La Misión de Colombia en la OMC fue determinante para el impulso de estas negociaciones. Para el año 2013, en la Conferencia Ministerial de Bali, Colombia era parte del grupo llamado "*Friends of Fish*" liderado por Nueva Zelanda y en el que participaban Argentina, Australia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Islandia, Nueva Noruega, Pakistán, Perú, Filipinas y los Estados Unidos. En ese marco, el país apoyó la declaración relativa a la importancia de retomar las negociaciones e iniciaron los acercamientos entre los países de América Latina sobre la materia (importantemente Chile, Brasil, Colombia y Panamá). Frente a las diferencias y dificultades en el grupo "*Friends of Fish*", este nuevo grupo latinoamericano refrescó y logró grandes avances para el impulso de la negociación.

En la labor de lograr un acuerdo, el Embajador Wills se vio enfrentado al reto de liderar las negociaciones de forma virtual debido a la pandemia del Covid-19 y dirigir las mismas en un momento crítico para la Organización. Al respecto, en este periodo, entre otros, la Organización enfrentó el bloqueo del Órgano de Apelación de la OMC y las diversas medidas restrictivas del comercio adoptadas por los Miembros con ocasión de la pandemia del Co-

vid-19. En ambas materias, la labor de la delegación colombiana fue esencial. Por un lado, Colombia participó activamente en el acuerdo inicial, de enero de 2020, para el establecimiento del Procedimiento Arbitral Multipartito de Apelación Provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD. Este procedimiento se remonta a mayo de 2019, fecha en la que la UE difundió un proyecto de texto para un proceso de arbitraje provisional: el arbitraje como sustitución del suspendido Órgano de Apelación. Resaltamos que Claudia Orozco (quién, como mencionamos, ideó el ACWL) fue seleccionada y actualmente pertenece al selecto grupo de árbitros que dirimirán controversias en el marco del procedimiento. Por otro lado, la delegación de Colombia asumió posiciones fuertes en la Organización en pro del libre comercio de los bienes requeridos para atender la pandemia, especialmente, de vacunas para el Covid-19.

Todo esto fue posible, además, por el equipo de alto nivel que conforma la Misión de Colombia ante la OMC. Incluyendo a Nicolás Palau, Lorena Rivera, Manuel Andrés Chacón, Gustavo Guarín y Juan Pescador.

Para resumir, los Embajadores y diplomáticos que han atendido la Misión ante la OMC,

desde su creación, se han destacado por su impecable formación académica y su experiencia profesional como negociadores internacionales. Esto se ha traducido en una activa participación en la Organización, y en un reconocimiento de su calidad profesional y de su labor en pro del sistema multilateral de comercio, motivo por el cual han sido nombrados en distintos consejos y comités. Además del importante reconocimiento, la participación significativa de diplomáticos colombianos en los distintos foros de negociación y toma de decisiones de la OMC ha asegurado que los intereses comerciales del país sean efectivamente comunicados a la membresía y, en últimas, que las acciones de la Organización sean positivas para la industria local.

II. Participación defensiva de Colombia en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC

La segunda parte de este artículo tiene como objetivo mostrar el rol que ha jugado

Colombia en el mecanismo de solución de diferencias de la Organización actuando, principalmente, en calidad de demandado y de tercero.

La participación defensiva de Colombia ante la OMC ha sido de especial relevancia. El país ha logrado impactar los pronunciamientos de la Organización (también en pro de los intereses comerciales del país) y su participación ha dejado, a nivel local, aprendizajes valiosos. Esto lo podemos ver, por ejemplo, recorriendo tres de las disputas más importantes en las que ha participado Colombia: (A) la disputa sobre el régimen para la importación de bananos; (B) la disputa sobre precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada; y (C) la disputa relativa a los textiles, prendas de vestir y calzado.

Recordamos que, a la fecha, Colombia ha participado activamente tanto como reclamante y como demandado de la siguiente manera (en calidad de tercero lo ha hecho igualmente):



Colombia como reclamante	
1	Estados Unidos — Salvaguardia contra las importaciones de escobas de sorgo (DS78)
2	Nicaragua — Medidas que afectan a las importaciones procedentes de Honduras y de Colombia (DS188)
3	Chile — Medidas de salvaguardia aplicadas al azúcar (DS228)
4	Chile — Medidas de salvaguardia y modificación de las listas en lo que respecta al azúcar (DS230)
5	Comunidades Europeas — Régimen para la importación de bananos (DS361)

Colombia como demandado	
1	Colombia — Medida de salvaguardia aplicada a las importaciones de filamentos lisos de poliéster procedentes de Tailandia (DS181)
2	Colombia — Medidas aduaneras sobre la importación de determinadas mercancías procedentes de Panamá (DS348)
3	Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (DS366)
4	Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado (DS461)
5	Colombia — Medidas relativas a los aguardientes importados (DS502)
6	Colombia — Medidas relativas a la distribución de combustibles líquidos (DS575)
7	Colombia — Derechos antidumping sobre las patatas (papas) fritas congeladas procedentes de Bélgica, los Países Bajos y Alemania (DS591)

A. DS27: Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos

Comenzando por una breve descripción del caso, en 1991 la Comunidad Económica Europea ("CEE", luego Comunidad Europea "CE" y posteriormente UE) aprobó un régimen gravoso, como consecuencia del cual dejaba a los productores de banano de Colombia, y de muchos otros países, en una situación realmente precaria. Esto, en beneficio de otros Miembros como las excolonias europeas en África y algunos países del Caribe. El fallo obligó a la CE a cambiar la forma de distribuir sus cuotas para mejorar el acceso del banano, lo que se tradujo en beneficios importantes para los bananeros colombianos durante varios años, calculados en más de 500 millones de dólares adicionales.

Sin embargo, a mediados de los años 90, la situación de los países latinoamericanos se vio nuevamente desmejorada. Así, Colombia negoció, vía el sistema general de preferencias, un acuerdo "por fuera de la mesa" con la UE. Dicho acuerdo fue posteriormente sujeto a demandas de la India y otros. Por este

motivo, Colombia perdió los beneficios que había recibido inicialmente y fue excluida, luego, en su condición de gran productor de banano cuando la CE reemplazó su sistema de comercio de bananos y firmó el Acuerdo de Cotonou con los países de África, el Caribe y el Pacífico.

Continuando por la importancia de la disputa para el país, el caso *DS27: Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos* ("CE — Banano III") fue la primera controversia en la que Colombia tuvo un rol que evolucionó hasta llegar a ser determinante. Colombia lideró, con Costa Rica, la primera disputa económico-jurídica en la historia de un grupo de países en desarrollo en contra de una potencia industrializada del primer mundo, en defensa de los derechos económicos de los empresarios del banano.

En los inicios de la disputa (1996), Colombia era beneficiario del régimen europeo para el comercio de bananos y, por este motivo, no actuó como demandante (los demandantes eran Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras y México). Sin embargo, tiempo

después de la caída del sistema preferencial mencionado (y habiendo perdido todo beneficio preliminar), el país se vio obligado a apoyar, en calidad de tercero, a los demandantes latinoamericanos productores de banano, especialmente durante los procesos de apelación. Esta situación generó que Colombia no contara con los derechos litigiosos derivados de esta controversia y que su trabajo con los reclamantes, discutiendo el sistema europeo, fuera, al principio, visto con cierta desconfianza.

La larga marcha del banano siguió con disputas adicionales en las que participaron Ecuador y los Estados Unidos, como partes reclamantes, arbitrajes de suspensión de concesiones, suspensión de concesiones por parte de Ecuador y los Estados Unidos, entre otros. Colombia, como parte del coro de terceros y sin mayores derechos, miraba desde la tribuna, viendo como sus productos cada vez veían su participación en el mercado más afectada.

Desde esta condición inicial, Colombia emprendió la travesía como tercero por los distintos procesos derivados del caso CE — Ba-

nano III original que adelantaron los países latinoamericanos y los Estados Unidos en contra del sistema europeo para el comercio de bananas. Los Estados Unidos y Ecuador habían sido beneficiados con la posibilidad de implementar medidas de retaliación, suspendiendo derechos en el año 1999 y 2000. Luego, las partes lograron una solución mutuamente aceptada en julio de 2001. Para 2008, la UE no había honrado sus compromisos de conformidad con la solución mutuamente aceptada y, tanto Ecuador como Estados Unidos, habían interpuesto segundos recursos al amparo del artículo 21.5 del ESD en contra de este bloque comercial.

Hacia 2007, Colombia finalmente decidió dejar la tribuna y reclamar sus derechos en nombre propio. Es así como, en compañía de Panamá, Colombia inició una controversia en contra de la UE mediante un procedimiento novedoso conocido como el "Procedimiento de 1966", previsto en el artículo 3.12 del ESD. Es decir, en paralelo a los casos de los Estados Unidos y Ecuador, Colombia activó el mecanismo al amparo de lo previsto en el artículo antes citado. Este procedimiento existente desde 1966 para ayudar a los países en desarrollo, fue usado por Colombia, sin que existieran antecedentes al respecto durante la existencia de la OMC, e involucraba tiempos abreviados en la solución de la controversia y la mediación obligatoria ante el Director General o gestión de buenos oficios, durante un término de dos meses, lo que a la postre se extendió por alrededor de un año.

Al quedar los recursos al amparo del artículo 21.5 del ESD finiquitados en la instancia de la apelación, la carga de la negociación pasó al "Procedimiento de 1966" de Colombia y Panamá. De noviembre de 2007 a julio de 2008, Pascal Lamy, como Director General de la Organización, adelantó sus buenos oficios para acercar a las partes a un acuerdo, legitimado por las solicitudes correspondientes de Panamá y Colombia.

Vale la pena mencionar que el principal logro de Colombia fue unificar a los reclamantes latinoamericanos y hacer causa común con Ecuador, principal productor de banano a nivel global, y con los Estados Unidos. Habiendo logrado este frente común, los europeos se enfrentaban entonces a un bloque hemisférico dispuesto a llevar hasta sanciones a los productos europeos presentes en el continente americano.

Es así como, en julio de 2008, las partes estuvieron *ad portas* de firmar un acuerdo que iba a solucionar el problema. Sin embargo,

una cadena de sucesos desafortunados no permitió que se concretara dicho acuerdo. La UE se negó a firmar. Las causas que se especularon en su momento eran relativas a la situación política interna del bloque. Este caso es un ejemplo de que el derecho y el cumplimiento de las obligaciones en derecho internacional está, en últimas, subordinado a la voluntad política, razón por la cual es tan importante saber leer el momento político de una negociación, así como el contexto de las obligaciones y compromisos que se están asumiendo con un acuerdo o solución mutuamente aceptada en el marco de una controversia.

Las negociaciones se pararon por algo más de diez meses y, nuevamente, retomaron fuerza en el segundo semestre de 2009, lo que permitió concluir el Acuerdo de Ginebra en el Comercio de Banano en diciembre de ese año.

Finalmente, en 2010, luego de muchos años de controversia legal tanto en el GATT como en la OMC, terminó esta larga disputa comercial bajo el liderazgo de Colombia, quien como líder de los países en desarrollo, logró unificarlos con una vocería única para negociar una salida a la problemática causada por el régimen discriminatorio de la UE.

B. DS366: Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada

En junio de 2005 la DIAN dictó la primera de varias resoluciones por las que se establecían precios indicativos para un cierto número de productos, incluidos determinados textiles, confecciones y calzado, clasificables en los capítulos 50 a 64 del Sistema Armonizado y procedentes de Panamá, China y otros países. Poco después, en julio de 2005, Colombia introdujo una medida por la que se exigía que los textiles, confecciones y calzado, en cuestión, originarios o procedentes de Panamá y China entrasen únicamente por el aeropuerto de Bogotá o el puerto marítimo de Barranquilla. A principios de 2006, Colombia formalmente ratificó las medidas anteriores.

En julio de 2006, Panamá solicitó la celebración de consultas con Colombia por considerar que las medidas adoptadas eran violatorias del Acuerdo de Valoración Aduanera, con la obligación de nación más favorecida y con la prohibición de establecer restricciones a las importaciones.

En diciembre de 2006 se llegó a una solución mutuamente convenida entre Panamá y



Colombia que consistió en la derogatoria de las resoluciones que establecían el uso de precios indicativos y las restricciones a los puertos de entrada; así como la celebración de un Protocolo de Cooperación Aduanera, mediante el cual Panamá se comprometía a proveer, en un término de 20 días, información relativa a operaciones aduaneras sujetas a control y requeridas por Colombia .

En 2007, Colombia consideró que Panamá no estaba honrando sus obligaciones de conformidad con la solución mutuamente aceptada de 2006 y decidió introducir, nuevamente, el uso de precios indicativos y restricciones a los puertos de entrada para los textiles y calzado provenientes de Panamá.

El 17 de julio de 2007, Panamá reactivó el mecanismo de solución de controversias ante la OMC en contra de Colombia, mediante una nueva solicitud de celebración de consultas y, debido a su falta de éxito, a través de la solicitud de constitución de un Grupo Especial para la disputa .

El 19 de mayo de 2009, el Órgano de Solución de Diferencias (“OSD”) adoptó el informe del Grupo Especial en el caso DS366: Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (“Colombia — Puertos de entrada”), fallando en contra de Colombia. En particular, el Grupo Especial consideró que las medidas adoptadas por Colombia eran violatorias de los Acuerdos de la OMC.

Continuando por la importancia de la disputa para el país, resaltamos que para diseñar las reformas requeridas dentro del plazo prudencial para cumplir con el Reporte (el cual vencía el 4 de febrero de 2010) se conformó un grupo interinstitucional constituido por funcionarios de la DIAN y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Como resultado del trabajo del grupo interinstitucional, el 21 de enero de 2010, el Presidente de la República, junto con los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Industria y Turismo, expidieron el Decreto 111 “[p]or el cual se modifica parcialmente y se adiciona el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”. Mediante esta norma, se implementaron las recomendaciones del Grupo Especial en Colombia — Puertos de entrada.

Dicho decreto, por sí mismo, resultó muy relevante en la historia de la normativa aduanera colombiana al establecer el sistema de administración del riesgo aduanero. Co-

lombia, con esto, se adelantó varios años al Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC y, desde una perspectiva normativa, vinculó el funcionamiento del sistema a la doctrina de seguridad nacional.

En la reunión del OSD del 18 de febrero de 2010, Colombia informó por primera vez que había adoptado todas las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones del Grupo Especial. Adicionalmente, en febrero de 2010, Colombia y Panamá negociaron un acuerdo de secuencia con respecto a los artículos 21 y 22 del ESD de la OMC. El 20 de abril de 2010, Colombia informó nuevamente al OSD que cumplió a cabalidad con las recomendaciones del Grupo Especial y que, en ese sentido, implementó el informe integralmente. Panamá, por su parte, afirmó tomar nota de las acciones de Colombia e informó que continuaría evaluando el cumplimiento de las recomendaciones. En el primer semestre de 2010, Colombia y Panamá iniciaron las negociaciones de un tratado de libre comercio, continuando las negociaciones para lograr un nivel aceptable de seguridad en materia aduanera en el comercio bilateral.

C. DS461 Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado

El caso entre Panamá y Colombia sobre textiles, prendas de vestir y calzado giró en torno a la implementación de una medida aduanera, en el año 2013, frente a los flujos de textiles, prendas de vestir y calzado, provenientes de Panamá, cuyo precio era más bajo que el precio medio del mercado. Ante esta situación, Colombia reaccionó adelantando un análisis de las causas de este precio que, en el momento, estaba socavando la competencia en el mercado colombiano. En el 2012, la DIAN concluyó que estos precios bajos se debían a que las ventas de los textiles, prendas de vestir y calzado servían -principalmente- para lavar dinero. Así, el Presidente Juan Manuel Santos adoptó ciertas medidas aduaneras sobre la materia mediante los Decretos 74 de 2013 y 456 de 2014.

Las medidas aduaneras adoptadas por Colombia fueron justificadas, en derecho de la OMC, explicando, primero, que los aranceles mixtos a priori no eran contrarios a este marco regulatorio (particularmente al Artículo I del GATT) y, en caso de serlo, que una potencial violación del artículo II del GATT (aranceles consolidados de Colombia) se justificaba en las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT. Específicamente, en los artículos XX(a) del GATT (excepción ge-

neral por razón de moral pública), así como XX (d) del GATT, por cumplimiento de una normativa compatible con la OMC, como es el caso de la norma aduanera colombiana.

La forma como funcionaba el arancel mixto adoptado implicaba dos componentes. Primero, un arancel ad valorem máximo del 10%. Segundo, un componente específico, en dólares americanos, correspondiente a 4 o 5 dólares por par o kilo. Los aranceles ad valorem consolidados de Colombia son 35% para calzado y 40% para confecciones, por ende, al calcular los aranceles específicos en términos ad valorem la posibilidad de superar el arancel consolidado en precios bajos, inferiores a 9 dólares americanos por kilo o por par de zapatos, era bastante probable. Sin embargo, el Gobierno adoptó este Decreto a favor del sector confecciones y del sector calzado consciente de la necesidad de proteger a la industria frente al comercio ilícito y el contrabando.

Frente a las medidas adoptadas por Colombia, Panamá alegó -entre otras- que resultaban discriminatorias de facto. Particularmente, Panamá alegó que el arancel compuesto establecido por el Decreto 074 de Colombia excedía los tipos arancelarios consolidados en la Lista de Concesiones de Colombia, y era por tanto incompatible con los párrafos 1(a) y 1(b) del Artículo II del GATT de 1994.

Para Colombia, las palabras “comercio” e “importados” de los párrafos 1(a) y 1(b), respectivamente, del artículo II del GATT se refieren solo al comercio lícito y no podían extenderse a operaciones comerciales realizadas con el propósito de lavar activos o para otros fines ilícitos. Ambos, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, afirmaron que la palabra “importación” y “comercio” de estos párrafos no distingue entre el comercio lícito o ilícito. Por ello, concluyeron que el arancel compuesto de Colombia excedía los tipos arancelarios consolidados en su Lista de Concesiones y era, por tanto, incompatible con los párrafos 1(a) y 1(b) del artículo II del GATT.

Tal vez lo más importante en la alegación de las partes fue la discusión sobre si el comercio ilícito estaba cubierto por el GATT y, en general, por los acuerdos de la OMC. Colombia, con base en los principios legales “ex turpi causa non oritur action” o “exinjuria jus non oritur actio” planteó que el comercio sometido al arancel mixto era una forma de comercio ilícito basado en lavado de activos (trade based money laundering) y que, en ese contexto, no estaba cubierto por los



acuerdos de la OMC. Panamá rechazó ese argumento con una tesis netamente textualista: “nada en el Artículo II GATT dice que el comercio ilícito no está cubierto por las disposiciones de esa norma” .

El Grupo Especial determinó que Colombia estaba violando sus obligaciones con respecto al arancel consolidado por el artículo II. Así, afirmó que Colombia no había mencionado explícitamente que el objetivo del arancel compuesto del Decreto 74 era combatir el lavado de activos y, por ello, Colombia no justificó con suficiente claridad que el arancel compuesto era diseñado para proteger la moral pública. El Grupo Especial consideró que, debido a que el arancel compuesto no había sido diseñado para proteger la moral pública, no hacía falta conducir el análisis de la necesidad de esta medida. Adicionalmente, el Grupo Especial consideró que Colombia no había probado que todo el comercio objeto de la medida era de hecho ilícito, por lo cual no se podía predicar que dicho comercio como tal fuera ilícito y pudiera ser excluido del ámbito de atención de la OMC .

Sin embargo, el Órgano de Apelación rechazó el procedimiento del Grupo Especial. Con respecto a si el comercio ilícito estaba o no cubierto por la OMC, el Órgano de Apelación criticó que el Grupo Especial no respondiera la pregunta. Sin embargo, la respuesta del Órgano de Apelación fue que Panamá estaba en lo correcto y que el comercio ilícito se entendía comprendido y protegido por la OMC.

Respecto a la aplicación del artículo XX y la excepción prevista en su literal (a), según el

Órgano de Apelación, el análisis del diseño y la necesidad de una medida son dos etapas distintas, así que el hecho de que una medida no mencione explícitamente que su objetivo es proteger la moral pública no conduce, necesariamente a que esta medida sea innecesaria para alcanzar este objetivo. Por tal razón, el Órgano de Apelación emprendió el análisis del diseño y de la necesidad del arancel compuesto del Decreto 74.

El análisis del diseño consiste en determinar que una medida es capaz de proteger la moral pública, de manera tal que exista una relación entre la medida y el objetivo de protección de la moral pública. El Órgano de Apelación confirmó que el arancel compuesto no era incapaz de luchar contra el lavado de activos. A continuación, emprendió el análisis de la necesidad, el cual está compuesto de cuatro etapas. El análisis de necesidad implica sopesar y equilibrar la importancia relativa del interés o valor social en juego, el grado de contribución y el grado de restricción del comercio para determinar si la medida es necesaria para proteger la moral pública.

En primer lugar, el análisis de la necesidad implica una evaluación de la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada. El Órgano de Apelación consideró que el lavado de activos es un interés de la sociedad que podría describirse como vital e importante en el más alto grado. En segundo y tercer lugar, el análisis conlleva la examinación de la contribución de la medida a los objetivos que persigue, así como del carácter restrictivo de la medida con respecto al comercio internacional. Se-

gún el Órgano de Apelación, faltaba claridad suficiente sobre el grado de contribución del arancel compuesto al objetivo de combatir el lavado de activos y el grado de restricción del comercio del arancel compuesto. Sin una claridad suficiente con respecto a estos factores, no se podría realizar un pesaje y balanceo adecuados que pudieran dar una conclusión de que la medida era necesaria. Finalmente, el análisis requiere la comparación de la medida con posibles medidas alternativas que logran el mismo nivel de protección y, al mismo tiempo, restringen en menor medida el comercio.

El Órgano de Apelación llegó a la misma observación con respecto a la operatividad del artículo XX(d) del GATT, es decir, que el Grupo Especial concluyó apresuradamente que el arancel compuesto no era necesario para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos sobre el lavado de activos, ya que no era diseñado explícitamente para alcanzar este objetivo. El Órgano de Apelación reafirmó que el análisis del diseño y de la necesidad de una medida son dos etapas distintas y, por ejemplo, aunque una medida no sea diseñada para alcanzar un objetivo determinado, puede devenir necesaria para alcanzar dicho objetivo.

Sobre la importancia de la disputa para el país, resaltamos que esta reclamación desencadenó una serie de litigios en la OMC. Todos estos de gran importancia para alcanzar el diseño y la adopción de medidas que logran, al tiempo, proteger los intereses de la industria local frente al comercio ilícito y estar conformes con el derecho de la OMC. Abajo, hacemos una recapitulación de esta serie de litigios:

DISPUTA	MEDIDAS BAJO ESTUDIO	RECLAMACIÓN DE PANAMÁ	CONCLUSIONES Y ÓRDENES DE LA OMC
<p>DS348</p> <p>Colombia — Medidas aduaneras sobre la importación de determinadas mercancías procedentes de Panamá</p> <p>20 de julio de 2006</p> <p>Resuelto luego de consultas por acuerdo mutuo</p>	<p>Establecimiento y aplicación de precios unitarios indicativos o estimados con fines de valoración en aduana (de no seguir estos precios, no resultaba posible la importación)</p>	<p>Se alegó que los precios indicativos o estimados eran incompatibles con el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (párrafos 1-7 y 13) y el GATT (Artículos XI, XIII, II, X y I)</p>	<p>El 1 de diciembre de 2006 Panamá y Colombia llegaron a una solución mutuamente convenida (derogatoria de las medidas y firma del Protocolo de Procedimiento de Cooperación e Intercambio de Información Aduanera)</p>
	<p>Establecimiento de una medida conforme la cual ciertas mercancías originarias y/o importadas de Panamá o China solo podían ingresar a Colombia por determinados puertos de entrada</p>	<p>Se alegó que la restricción de los puertos de entrada era incompatible con el GATT (Artículos XI, XIII, V y I)</p>	<p>El 1 de diciembre de 2006 Panamá y Colombia llegaron a una solución mutuamente convenida (derogatoria de las medidas y firma del Protocolo de Procedimiento de Cooperación e Intercambio de Información Aduanera)</p>
	<p>Prescripción de que las facturas comerciales de las mercancías procedentes de la Zona Libre de Colón debían contener el nombre, dirección y NIT del comprador en Colombia</p>	<p>Se alegó que la prescripción sobre facturas comerciales era incompatible con el GATT (Artículos XI, XIII, V y I)</p>	<p>El 1 de diciembre de 2006 Panamá y Colombia llegaron a una solución mutuamente convenida (derogatoria de las medidas y firma del Protocolo de Procedimiento de Cooperación e Intercambio de Información Aduanera)</p>



DISPUTA	MEDIDAS BAJO ESTUDIO	RECLAMACIÓN DE PANAMÁ	CONCLUSIONES Y ORDENES DE LA OMC
<p>DS366</p> <p>Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada</p> <p>12 de julio de 2007</p> <p>Resuelto por Grupo Especial</p>	<p>Prescripción de uso obligatorio de precios indicativos (si el valor FOB declarado era inferior a dicho precio indicativo no se autorizaba el levante de la mercancía hasta tanto no se corrigiera el valor y se pagaran los tributos aduaneros correspondientes). Todo esto, acompañado de medidas de control posterior sobre el valor declarado</p>	<p>- Se alegó que los precios indicativos, a efectos de la valoración en aduana, eran incompatibles con el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (Artículos 1, 2, 3, 5, 6 y 7)</p> <p>- Se alegó que los precios indicativos, a efectos de determinar la base gravable para la recaudación del IVA, eran incompatibles con el GATT (Artículo III)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <p>- El requerir el uso de precios indicativos a efectos de valoración en aduana es, en sí mismo, incompatible con la obligación establecida en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de aplicar, en su orden, los métodos inscritos en sus Artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6</p> <p>- El requerir el uso de precios indicativos, a efectos de la base gravable del IVA, sería incompatible con el Artículo III: 2 del GATT</p>
	<p>Establecimiento de una medida conforme la cual ciertas mercancías solo podían ingresar a Colombia por 11 de los 26 puertos de entrada del país, so pena de la aprehensión y el decomiso de los bienes</p>	<p>Se alegó que la restricción de los puertos de entrada era incompatible con el GATT (Artículos I, V, XI y XIII)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <p>- La medida relativa a los puertos de entrada es incompatible con el artículo XI:1 del GATT, pues limita las oportunidades competitivas y tiene un efecto limitativo de las importaciones de los textiles, las confecciones y el calzado procedentes de Panamá</p> <p>- La medida relativa a los puertos de entrada, al no otorgar a las mercancías procedentes de Panamá y la ZLC un “trato no menos favorable” del que se otorgaría a las mismas mercancías si hubieran sido transportadas desde su lugar de origen hasta Colombia, sin circular a través de Panamá o la ZLC, es incompatible con el artículo V del GATT</p>
	<p>Exigencia de que los importadores presenten una declaración de importación anticipada como máximo 15 días antes de la llegada de las mercancías a Colombia y paguen, en consecuencia, los derechos de aduana e impuestos por anticipado y de que los importadores declaren las mercancías como mínimo 5 días antes de la llegada de estas al país</p>	<p>Se alegó que la exigencia de declaración y pago anticipado era incompatible con el GATT (Artículo I)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <p>- La imposición por Colombia de las prescripciones en materia de declaración de importación anticipada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT. Esto pues Colombia, al someter a las importaciones de textiles, confecciones y calzado procedentes de Panamá y la ZLC a estas prescripciones, otorga a productos similares procedentes de todos los demás Miembros de la OMC y de terceros países ventajas que no se hacen extensivas inmediata e incondicionalmente a las importaciones de textiles, confecciones y calzado procedentes de Panamá</p>

DISPUTA	MEDIDAS BAJO ESTUDIO	RECLAMACIÓN DE PANAMÁ	CONCLUSIONES Y ORDENES DE LA OMC
<p>DS461</p> <p>Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado</p> <p>18 de junio de 2013</p> <p>Resuelto por el Órgano de Apelación</p>	<p>Imposición de un arancel compuesto como sigue: un componente ad valorem del 10% para todos los productos independientemente de su valor y un componente específico que varía en función del producto y del valor FOB declarado</p>	<p>Se alegó que el arancel compuesto era incompatible con el GATT (Artículo II y Lista de Concesiones)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El arancel compuesto es, en ciertas ocasiones, incompatible con la primera frase del párrafo 1b) y el párrafo 1a) del artículo II del GATT, pues excede los niveles consolidados en la Lista de Concesiones de Colombia y concede un trato menos favorable que el previsto en dicha Lista <p>El Órgano de Apelación constató que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Para las importaciones de productos clasificados en los Capítulos 61, 62, 63 y 64 (a excepción de la partida 64.06, pero con inclusión de la línea arancelaria 6406.10.00.00), en los casos identificados por el Grupo Especial, el arancel compuesto excede los tipos arancelarios consolidados en la Lista de Concesiones de Colombia y, por consiguiente, es incompatible con los párrafos 1 a) y 1 b) del Artículo II del GATT



DISPUTA	MEDIDAS BAJO ESTUDIO	RECLAMACIÓN DE PANAMÁ	CONCLUSIONES Y ORDENES DE LA OMC
<p>DS461 – Artículo 21.5 del ESD</p> <p>Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado</p> <p>18 de junio de 2013</p> <p>Resuelto por el Grupo Especial de Cumplimiento</p>	<p>La exigencia de una garantía específica bancaria o de compañía de seguros para el otorgamiento del levante de las mercancías de los Capítulos 61, 62 y 64 con precios inferiores o iguales a ciertos umbrales</p>	<p>Se alegó que la garantía específica era incompatible con el GATT (Artículos XI:1 y X:3a) y con el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (Artículo 13)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Panamá no acreditó que la garantía específica tuviera efectos limitativos sobre las importaciones de manera incompatible con el artículo XI:1 del GATT - Panamá no acreditó que la garantía específica fuera aplicada de forma no uniforme, no imparcial o no razonable de forma incompatible con el Artículo X:3 a) del GATT - Panamá no acreditó que la garantía específica fuera incompatible con el Artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana
	<p>El régimen aduanero y arancelario especial aplicable a la importación de las mercancías con precios inferiores o iguales ciertos umbrales (e.g., acreditar ciertos requisitos ante la División de Gestión de la Operación Aduanera, lugares habilitados para el ingreso de mercancías, intervención de observadores en la importación, incorporación al sistema de gestión de riesgo)</p>	<p>Se alegó que el régimen especial de importación era incompatible con el GATT (Artículos XI:1 y X:3ª, VIII:3) y con el Acuerdo sobre Valoración en Aduana (Artículos 1, 2, 3, 5, 6 y 7)</p>	<p>El Grupo Especial constató que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Panamá no acreditó que el régimen especial de importación tuviera efectos limitativos sobre las importaciones de manera incompatible con el artículo XI:1 del GATT - Panamá no acreditó que el régimen especial de importación fuera aplicado de forma no uniforme, no imparcial o no razonable de forma incompatible con el Artículo X:3 a) del GATT - El régimen especial de importación no está cubierto por el Acuerdo sobre Valoración en Aduana

D. Aprendizajes de la labor defensiva del país

La labor defensiva de los intereses comerciales de Colombia ante la OMC ha dejado aprendizajes clave para el país y sus servidores. A continuación, resaltamos seis de los aprendizajes más valiosos de esta labor.

Primero, nada está negociado hasta que todo esté negociado. El principio de que "nada está negociado hasta que todo este negociado", propio de las negociaciones comerciales, se extiende al contexto de la solución de controversias: no existe un acuerdo

o solución mutuamente aceptada hasta que, efectivamente, la misma se encuentre firmada, solemnizada y en vigor.

Esta fue tal vez la enseñanza más importante del caso CE — Banano III (referirse a Sección IIA, supra). Este caso también evidenció que el derecho y el cumplimiento de las obligaciones en derecho internacional están, en últimas, subordinados a la voluntad política. Por eso, siempre resulta fundamental leer tanto el momento político de una negociación, como el contexto de las obligaciones y compromisos que se están asumiendo con un acuerdo o solución

mutuamente aceptada lograda en el marco de una controversia.

Segundo, la labor defensiva inicia con el diseño y la expedición de medidas comerciales. La defensa de un caso inicia con su origen: el diseño y la expedición de la medida. Así, es muy importante que la labor del abogado del Gobierno sea muy activa en esta etapa. Unas medidas bien diseñadas son más difíciles de cuestionar que unas medidas en las cuáles ha primado una voluntad política particular, sin tener en cuenta los elementos de técnica legal indispensables para defenderlas adecuadamente.

Esta fue una de las enseñanzas más valiosas de la serie de litigios con Panamá sobre las medidas colombianas para la lucha en contra de comercio ilícito (referirse a Sección IIC, supra). Así, se debe hacer un esfuerzo para diseñar y adoptar medidas que no le permitan, a una potencial contraparte, alegar fácilmente un caso prima facie y, en el mismo sentido, hacer un esfuerzo por blindar dichas medidas bajo el derecho local e internacional. Otro aprendizaje de esta serie de litigios fue, tal vez, la importancia de contar con al menos dos opiniones legales para la adopción de este tipo de medidas (e.g., abogados de Gobierno y abogados externos).

Tercero, el verdadero objetivo de la defensa no es siempre ganar. Si es posible ganar se debe hacer todo lo posible por hacerlo. Sin embargo, es ingenuo pensar que la defensa de un caso radica siempre en ganar. En el marco multilateral es conocido que cuando un caso llega al estadio del OSD y se inicia la etapa de Grupo Especial, el reclamado -en un porcentaje alto de los casos- lleva las de perder. Así, el objetivo de la defensa no radica siempre en lograr ganar el caso, sino también en alcanzar otros objetivos potencialmente válidos a nivel político y legal. Por ejemplo, en algunos casos la estrategia puede concentrarse en ganar tiempo o lograr enfocar la atención de la contraparte y del Grupo Especial en una parte o aspecto específico de las medidas cuestionadas y no en otro. Estos pueden ser objetivos válidos de la defensa, en la medida que no rayen con el principio de la buena fe con el que los Miembros de la OMC deben asumir los procesos ante el OSD.

Determinar estos otros objetivos de la defensa, entre otros, requiere de una articulación y comunicación eficientes con el sector privado. Esto permite la identificación clara de los objetivos comerciales y económicos que se persiguen, así como de las reglas y parámetros de acuerdo con los cuales se va a adelantar la defensa. Sin el sector privado, la acción del Gobierno puede resultar aislada y poco realista. En este punto, es importante resaltar que la injerencia del sector privado en el diseño de las medidas y en la defensa de las mismas debe concentrarse en la sustancia del interés que se busca proteger. La medida en sí o el cómo se debe proteger dicho interés -es decir, el vehículo a través del cual se va a hacer efectivo el interés del sector privado- debe ser una decisión que corresponde al Gobierno.

Cuarto, no se puede ir a la guerra sin estar preparado. Si uno actúa como reclamante o reclamado, tiene que estar preparado. Esto implica que si uno va a llevar un caso debe

tener claras las medidas que va a cuestionar y un panorama meridiano de lo que se busca, tanto a nivel jurídico como político.

Una primera consideración al respecto es que la política va hasta un punto y el manejo de las controversias en sí es labor de los abogados (sin perjuicio de que, usualmente, luego se regrese a los escenarios de negociación política). La política tiene su tiempo y su momento y al ejercicio del derecho le sucede lo propio. Esta situación es cambiante y hay momentos en que el ejercicio legal deja de ser efectivo y es necesario volver al escenario de la política.

Una segunda consideración es sobre el llegar preparado, como tal, al momento de la controversia. Aventurarse a una controversia, sin tener claros los aspectos esenciales de la misma, puede resultar muy costoso en términos económicos y de reputación. En este contexto, y a diferencia de la tradición legal estadounidense, en la OMC las etapas probatorias no se pueden enfocar desde una perspectiva exploratoria, sino que requieren tener certeza de lo que se pretende probar desde el inicio. Así, frente al OSD, las llamadas "fishing expeditions" se hacen, por lo general, en el ámbito de las consultas. Aunque existe la posibilidad de recabar algunas pruebas durante la controversia, estas tienden a ser información accesorias.

Así, las medidas deben estar perfectamente identificadas desde las consultas y especialmente en la propia solicitud de constitución del Grupo Especial (que es la hoja de ruta de la controversia), al igual que las razones de derecho en las cuales se fundamenta una reclamación, de tal suerte que el problema jurídico, sometido a examen del Grupo Especial, se pueda presentar con claridad. De lo contrario, se pueden incumplir los requerimientos que establece el ESD al respecto. En cualquier caso, las expediciones para "pescar en río revuelto" durante la etapa del Grupo Especial pueden ser una estrategia que entraña riesgos, particularmente si la información preliminar con que se comienza un proceso no está suficientemente fundamentada y la pretensión de estas expediciones es tratar de establecer, en esta etapa, un posible caso en contra del reclamado. Resaltamos que esta labor debe haberse realizado antes de constituir el Grupo Especial.

Quinto, la conformación del equipo legal es fundamental para el éxito de la defensa. La conformación del equipo de trabajo para una controversia es un punto de singular relevancia. Aunque el Gobierno puede tener asesores externos, es fundamental que tenga también

una planta de abogados internos capaces de liderar la controversia de manera efectiva.

A nivel de Gobierno, se han tomado acciones positivas para la construcción de capacidad interna. Primero, para construir capacidad, la OALI activamente identifica y vincula a personas que tienen la potencialidad de servir en estos temas. Para los efectos, vincula a abogados con experiencia específica previa en derecho de la OMC, maestría en derecho internacional con énfasis en derecho económico y/o experiencia académica, con especial énfasis en las personas que han participado como entrenadores o como miembros de los equipos de tribunales simulados en concursos de derecho internacional económico. Segundo, para construir capacidad se ha buscado afianzar la participación del país como tercero en controversias que conllevan un interés sistémico para el país, siguiendo el ejemplo de algunos grandes jugadores del sistema. Esto facilita un proceso de actualización y entrenamiento permanente de los abogados de la OALI en general.

Además de la construcción de capacidad interna, la contratación de abogados o asesores externos es una acción importante y que, prácticamente, todos los países consideran al momento de adelantar una política responsable frente al manejo de controversias comerciales internacionales. La primera opción de Colombia, por los antecedentes expuestos en este documento, es el ACWL quien provee un trabajo de calidad para los países en desarrollo. No obstante, Colombia ha tenido que trabajar con otras firmas para el manejo de estos procesos y ha adquirido cierto nivel de experticia al respecto. La contratación de abogados o asesores externos tiene grandes potencialidades. Por ejemplo, estos pueden aportar experiencia litigiosa, conocimiento profundo en la jurisprudencia de la Organización y facilidades logísticas cuando la controversia se adelanta en el exterior (especialmente cuando se deben producir, recolectar y analizar pruebas que no se encuentran en el país).

Sobre la relación entre abogados internos y externos, es importante resaltar que la decisión sobre cómo se lleva el caso la deben tomar los abogados del Gobierno. Esto, pues la visión de los abogados del Gobierno, por lo general, es estructural, estratégica y aborda el problema desde la perspectiva general de la política del estado. En este punto, se debe recordar que un Estado usualmente tiene mucho más en juego en una controversia, que lo que representa el ganar o perder un caso. Por lo general, hay asuntos de política y relaciones internacionales que se deben solucionar y

manejar de forma independiente a que exista un contencioso. Un ejemplo ya mencionado que demandó un manejo político, más allá de lo legal, fue la serie de litigios Colombia-Panamá. En estos, ambos países, al tiempo, eran contrapartes en la controversia sobre restricción de puertos y precios indicativos y socios en el caso CE — Banano III. El manejo, por tanto, debía ser sumamente prudente y político, separando el ámbito de cada controversia.

Además de la construcción de capacidad interna y la contratación de abogados o asesores externos, es fundamental contar con el apoyo y coordinación de otras entidades del Estado, específicas para la materia objeto de controversia. Esto, pues son estas entidades de gobierno las que -en la mayoría de los casos- tienen el conocimiento detallado de los hechos relevantes para la controversia y las que pueden producir la evidencia que se requiera en la disputa.

Por último, tener buenos argumentos y una posición ética fuerte no siempre asegura el éxito de un caso. Aunque el Estado -desde una perspectiva ética y de justicia- tenga un caso fuerte, la probabilidad de éxito del caso va a depender, en últimas, de la forma en que se presenten estos argumentos en la controversia. En particular, de la habilidad que tenga el Estado para traducir esta posición de justicia en una posición de derecho, sustentada estrictamente en las normas de comercio internacional y no en consideraciones extra-legales o extra-sistema. En otras palabras, un buen argumento debe usar el ordenamiento OMC de base, y no un punto de vista moral y ético. No siempre tener un argumento basado sobre un punto de vista moral y ético fuerte frente a una controversia resulta una ventaja. Este fue un aprendizaje valioso de la serie de litigios Colombia-Panamá.

III. Apuntes finales: estructura institucional para la participación activa y defensiva de Colombia en la OMC

En la primera parte de este artículo, resaltamos el rol que ha jugado Colombia en la Organización, en particular, en sus foros de negociación y decisión. Como vimos, los colombianos han sido reconocidos sistemáticamente por su impecable formación y pro-

fesionalismo. Eso se ha traducido en que el país ha logrado participar en los foros más importantes de la OMC; incluso contando con una participación notoria en la época del GATT (referirse a la Sección I, supra).

En la segunda parte de este artículo, hicimos un recuento del rol que ha jugado Colombia en el mecanismo de solución de controversias de la Organización. En estos, la labor del país ha sido determinante internacionalmente (como en el caso CE — Banano III) y, más importante aún, ha dejado grandes aprendizajes locales (especialmente en la serie de litigios Colombia-Panamá) (referirse a la Sección II, supra).

Estos logros importantes de Colombia, tanto como actor en las negociaciones y toma de decisiones de la OMC, así como partícipe del mecanismo de solución de controversias de la Organización, han sido posibles - y también han generado - el desarrollo de un entramado institucional robusto, conformado principalmente por la Misión de Colombia ante la OMC y por la OALI.

Así, consideramos que debemos cerrar el artículo honrando al entramado institucional que ha permitido que Colombia participe efectivamente, tanto activa como defensivamente, en la Organización. A continuación, presentamos la forma como se ha articulado la participación del país, considerando que esta evolución se puede dividir en, al menos, 3 etapas.

En una primera etapa, en 1994, el Ministro de Comercio Exterior del momento dispuso la creación de una Misión ante la OMC, separada de la Misión Permanente ante las Naciones Unidas. Lo anterior, motivado por la importancia de la creación de la OMC para la política comercial del país; el papel fundamental de Colombia como Parte Contratante del GATT desde 1981; y el objetivo del Gobierno de continuar fortaleciendo la inserción de Colombia al escenario internacional.

En una segunda etapa, se anticipó la necesidad de contar con una asesoría legal como país en desarrollo. En esa época, como mencionamos, nuestro Ministerio, nuestra Misión y particularmente una de nuestras Consejeras Comerciales, Claudia Orozco, lideraron la creación y establecimiento del ACWL, el cual finalmente entró a funcionar en el año 2001. El ACWL se creó como una organización internacional para proveer asesoría legal de primer nivel a los países en desarrollo y los países menos desarrollados. Hoy, el ACWL está cumpliendo su segunda década

de existencia y, más allá de su consolidación como organización internacional, es tal vez la firma con mayor experiencia en derecho de la OMC y presta un servicio de la más alta calidad para los países en desarrollo Miembros y para los países menos desarrollados del sistema.

Una tercera etapa en el fortalecimiento de la defensa legal de Colombia ante la OMC y, en general en materia de derecho internacional económico, llegó con el establecimiento de la OALI en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el año 2003, por medio del Decreto 210 de 2003. En la práctica, esto ha significado que los abogados de la OALI representan legalmente al Estado colombiano en los foros comerciales internacionales, por delegación expresa y poder del Ministro de Comercio, Industria y Turismo y bajo las instrucciones del Viceministro de Comercio Exterior y, en el caso, de las controversias multilaterales, en coordinación con los Altos Consejeros y el Embajador de la Misión de Colombia ante la OMC. La importancia de la OALI radica en representar una plataforma desde la cual se articulan los esfuerzos del Estado para su defensa legal en los contenciosos del país en el ámbito del comercio internacional; no sólo a nivel multilateral, sino también de la Comunidad Andina y los diversos acuerdos comerciales vigentes.

Adicionalmente, su principal labor se centra en la asesoría que ha brindado al Ministro, a los Viceministros y a las demás direcciones del Ministerio -así como a otras entidades del Gobierno- en el diseño de medidas, interpretación de tratados y, para el tema que nos ocupa, en el tratamiento de algunos irritantes comerciales; al igual que en la negociación y desactivación de posibles controversias.

La existencia de la OALI también ha planteado un diálogo permanente a nivel de las diversas autoridades de gobierno, con respecto al cumplimiento e implementación de las obligaciones comerciales que asume el Estado colombiano. En ese sentido, la OALI se ha convertido en un interlocutor frecuente del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la DIAN, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, el Instituto Colombiano Agropecuario, el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros. Resaltamos que, durante las controversias que ha enfrentado Colombia, siempre se ha articulado un alto nivel de coordinación con las entidades involucradas. Este fue el caso en la serie de litigios con Pana-

má, para los que se contó con la articulación imprescindible de la DIAN y, en el litigio CE — Banano III, en el cuál fue fundamental el apoyo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Todavía, sin embargo, quedan retos para este entramado institucional. Primero, la necesidad de seguir trabajando en la coordinación de las acciones de política comercial de la Misión de Colombia en la OMC, las diferentes Oficinas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, las Oficinas Comerciales de ProColombia (con presencia en 33 países), y las diferentes Embajadas del país. Mayor coordinación podría implicar que el equipo jurídico del país pueda responder de manera más ágil y adecuada a las necesidades de los colombianos y de su industria. Segundo, la necesidad de fortalecer la posición ofensiva del país. Como se pudo ver a lo largo de este recuento, la participación de Colombia en el sistema ha sido principalmente defensiva. Siendo así, resulta importante crear mecanismos de comunicación con el sector privado y construir la capacidad local relevante para que el país logre perseguir intereses ofensivos en la Organización.

En una publicación editada por Gregory C. Shaffer y Ricardo Meléndez Ortiz, se adelantó un profundo estudio sobre el éxito de algunos países en desarrollo en su manejo del sistema OMC. Puntualmente, el libro se ocupó del caso de Brasil, destacando cómo este país se convirtió en un exitoso jugador del sistema. El éxito del caso brasileño se atribuyó, principalmente, a una interacción pluralista entre el sector privado, el sector público y la sociedad civil interesada. Respecto al sector público brasileño, se resaltó el gran profesionalismo y tradición de sus diplomáticos y la forma como había conseguido posicionarse como una de las cancillerías con más presencia en el ámbito de las relaciones internacionales en el subcontinente.

En el caso colombiano, y sin querer compararnos con la experiencia brasileña, ha sucedido un fenómeno particular que nos ha permitido tener una capacidad importante para participar en la Organización. Creemos que el camino por recorrer es largo. Sin embargo, como personas que hemos estado involucradas en el proceso, consideramos que si mantenemos el rumbo vamos a contar con un equipo de gente preparado para enfrentar los futuros desafíos legales que represente el sistema multilateral para el país.





Así concluyó la reciente Presidencia Pro Témpore de Colombia en la Comunidad Andina¹

Agradecemos a todos los funcionarios de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, así como de la Secretaría General de la Comunidad Andina, quienes con su dedicación y entusiasmo hicieron posible la identificación de oportunidades que avizoran mejores tiempos para la población de la región andina.

¹ Abdul Fatat, Luz Marina Monroy, Carolina Bonilla, Dirección de Integración Económica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Bogotá, Colombia.

1. Introducción

A partir de julio de 2020 y por un año, Colombia ejerció la Presidencia Pro Tempore (PPT) de la Comunidad Andina (CAN), bajo circunstancias excepcionales producidas por la pandemia del Covid-19, imprimiendo a su mandato la necesidad de impulsar acciones que facilitaran la reactivación económica de los cuatro países miembros, y al mismo tiempo, hicieran de la CAN un espacio de integración que sirviera a los intereses del tejido empresarial andino, de los trabajadores y en general de los ciudadanos de la región.

Con esta meta e identificando la necesidad de emprender una nueva ruta de desarrollo adaptada a las condiciones prevalecientes en medio de la pandemia, el objetivo del Plan de Trabajo propuesto por Colombia, con el respaldo de los demás países, buscó restablecer y potencializar el intercambio comercial, como medida para impulsar la reactivación económica y sobre todo hacerla sostenible en las nuevas condiciones que se plantean en el entorno internacional.

Con ese marco, se impulsaron actividades en áreas estratégicas para propender por un esquema de integración más innovador y emprendedor de cara a mejorar los procesos productivos y propiciar un mayor crecimiento de la economía andina.

Este documento busca presentar los diferentes componentes del Plan de Trabajo de Colombia en la CAN, mostrar el avance alcanzado e identificar algunos aspectos que como región se deben mejorar para profundizar en este proceso de integración.

2. Legados de Colombia en la CAN

Los legados planteados que a continuación se describen, priorizaron la modernización de la normativa andina, precisamente para adecuarla a las actuales condiciones del mercado y facilitar la interacción del tejido empresarial con los flujos comerciales externos.

2.1 Una CAN con mayor presencia internacional

Para contribuir al mejor posicionamiento de la CAN en el entorno regional y en el contexto internacional, en septiembre de 2020 y junio de 2021 se celebraron el IX y X Encuentros Empresariales Andinos con participación

de 340 empresas, 109 compradores y 231 exportadores de los cuatro países andinos.

Las expectativas de negocios de estos dos Encuentros alcanzaron cerca de USD 6 millones, cifra inferior a la lograda en años anteriores, debido a la disminución en las metas de participación de exportadores en las últimas ediciones; por este motivo Procolombia innovó en el formato del evento, el cual estuvo focalizado al canal retail en los sectores de agroalimentos, metalmecánica y otras industrias, químicos y ciencias de la vida y sistema moda y adicionalmente, se acompañó a los exportadores andinos con un programa de formación comercial donde potenciaron sus habilidades de negociación.

Procolombia también elaboró guías electrónicas para compras públicas y para servicios, fundamentales en el contexto de reactivación económica, que son un instrumento de difusión para que las empresas de la región conozcan y aprovechen otros canales de comercialización.

2.2 Una CAN más integrada al interior y con el mundo

Se consideró importante profundizar las temáticas que permiten aumentar el crecimiento y desarrollo de los países y que generan trabajos de mejor calidad, tienden a reducir más la pobreza y contribuyen a la reactivación económica. Por ello se impulsó el trabajo hacia una inserción sostenible de las empresas exportadoras andinas tanto en el comercio intra-andino como en el comercio internacional para el fortalecimiento del tejido empresarial a través de las actividades que se describen a continuación.

2.2.1 Cadenas Regionales de Valor

Se apoyó e impulsó una consultoría que identificó tres cadenas regionales y, con base en ello, se debe desarrollar una estrategia subregional para el fortalecimiento de encadenamientos intra-andinos aprovechando las complementariedades productivas que se tienen. Las cadenas seleccionadas fueron: alimentos para animales, cosméticos y productos de aseo y software, las cuales fueron validadas por el Consejo Empresarial Andino, que aportó recomendaciones para su implementación y aprovechamiento con miras a conquistar terceros mercados. Entendiendo que se trata de un legado muy ambicioso, para lograr su consolidación es necesario dar continuidad a los trabajos emprendidos por la Secretaría General de la CAN, apoyados por el BID/INTAL y avalados por los países miembros.





En complemento a lo anterior, Colombia presentó un proyecto de Decisión para acumulación extendida en materia de origen, que permite incentivar la utilización de insumos de los países de la CAN con el fin de elaborar bienes que puedan llegar a otros socios comerciales beneficiándose del trato preferencial que se tiene en diferentes mercados. Los países de la CAN no han manifestado mayor interés en esta propuesta.

2.2.2 Fortalecimiento MIPYMES

Se actualizó el Observatorio Andino de la Micro Pequeña y Mediana Empresa (OBAPYME), convirtiéndolo en un “Observatorio para la Transformación Digital de las MIPYMES Andinas”, cuyo objetivo es socializar las políticas de fortalecimiento empresarial, aprovechar el mercado andino, incentivar el uso de las tecnologías de la información y comunicación y monitorear los indicadores de comportamiento económico. Este proyecto requiere financiación a efectos de desarrollar la plataforma de acceso.

2.2.3 Mejores estándares internacionales para acceder a mercados

Con el fin de evitar que el etiquetado se constituya un obstáculo técnico innecesario al comercio intra CAN, se armonizaron los Reglamentos Técnicos para el etiquetado de calzado, productos de marroquinería, artículos de viaje y similares, así como el Reglamento Técnico para el etiquetado de confecciones.

Así mismo, con la finalidad de asegurar que los establecimientos que fabrican, envasan, acondicionan o maquilan productos cosméticos cumplan con condiciones o requisitos que garanticen la calidad, se adoptó el Reglamento Técnico Andino de buenas prácticas de manufactura en productos cosméticos.

Estos avances a nivel del mercado andino deben ser capitalizados para acceder a terceros mercados y aprovechar las potencialidades y ventajas que tienen los productores locales en estos sectores de manufactura.

2.2.4 Regulación servicios de electricidad

Se avanzó en la definición de los proyectos de reglamentos Operativo, Comercial y Coordinador Regional, los cuales permitirán aprovechar plenamente los beneficios que trae la interconexión eléctrica de la subregión. Se espera que este trabajo esté culminado en el segundo semestre de 2021.

Con este conjunto de actividades, se pretende generar las condiciones para que los países de la CAN fortalezcan e impulsen su presencia internacional. Sin embargo, hacer efectiva esta meta requiere un compromiso de cada país y continuidad en las tareas emprendidas, para lo cual es necesaria el liderazgo de la Presidencia Pro Témproe y una eficaz articulación técnica de la Secretaría General de la CAN.

2.3 Una CAN más moderna, innovadora y emprendedora

Se trabajó en varios frentes de gran importancia para la reactivación económica y del mayor interés para impulsar el desarrollo tecnológico en el tejido empresarial andino.

2.3.1 Cuarta Revolución Industrial

Desde Colombia se puso a disposición de los Países el Centro de la Cuarta Revolución Industrial, que constituye un activo regional. El objetivo fue que los países, de acuerdo con sus prioridades e intereses, se vinculen a los proyectos de tal manera que puedan aprovechar el ecosistema que se ha generado. Los países decidieron avanzar con un proyecto sobre gobernanza de datos y se cuenta con un documento que recoge las recomenda-

ciones co-creadas entre el Centro para la Cuarta Revolución Industrial y los países de la Comunidad Andina.

Estas recomendaciones son la base para la construcción de un plan de trabajo que permita definir un marco común de entendimiento para facilitar los flujos transfronterizos de datos, bajo condiciones confiables, responsables y éticas, avanzando con seguridad hacia una economía basada en los datos, pero sobre todo con la idea y la visión de poder consolidar a la CAN como un mercado de datos y sofisticar nuestras economías en esa dirección.

Siendo esta una de las grandes necesidades que plantea el mundo actual, durante el trabajo realizado se evidenció interés de los países en el tema, sin embargo también se percibió una falta de apropiación de los conceptos en los que se basa esta materia, por lo cual se hace necesario un mayor acompañamiento para alcanzar las metas propuestas.

2.3.2 Agenda Digital Andina

Se realizó un diagnóstico del ecosistema digital andino y el estado actual de la normativa en cada uno de los Países Miembros, el cual

servirá de soporte para sentar las bases del proceso de construcción de la Agenda Digital Andina como mecanismo dinamizador de la superación de la crisis luego de la pandemia.

Este documento, identifica los instrumentos normativos, los planes nacionales y otros instrumentos o políticas relacionadas con la administración y gestión del sector de telecomunicaciones y TIC de los Países Miembros, lo cual junto con los criterios propuestos servirán a los países para definir conjuntamente los lineamientos de política comunitaria en esta materia.

2.3.3 Comercio electrónico

Teniendo presente que este es un instrumento valioso en la etapa de reactivación económica porque su masificación permite abrir canales de comercialización, se identificaron herramientas digitales que podrán implementarse a nivel comunitario y se dejaron dos proyectos de Decisión, insumos fundamentales para que la siguiente PPT pueda continuar definiendo los parámetros que regularán el uso de la factura electrónica y de la firma digital.

2.3.4 Régimen Común sobre Marca País



Se adoptó el Régimen Común sobre Marca País que convierte a la CAN en pionera al ser el primer bloque de integración con una norma que protege los signos de Estado usados para promover, entre otros aspectos, la imagen, el turismo, la cultura, la gastronomía, la producción nacional, las exportaciones y las inversiones de los países.

2.3.5 Registro andino para la autorización de satélites con cobertura sobre territorio de los Países Miembros de la comunidad andina.

Se actualizó el procedimiento de registro haciéndolo predecible, más eficiente y mejorando los tiempos de respuesta de otorgamiento de autorizaciones para operar en el territorio de los países andinos.

Este conjunto de actividades resulta relevante para las condiciones que deberán enfrentar las empresas en la pos pandemia y junto con las actividades de facilitación de comercio, deberán tener una especial atención por parte de todos los países.

2.4 Una CAN más empresarial

Siendo el sector empresarial motor fundamental del proceso de integración, se consideró necesario impulsar su relación con la CAN, a efectos de potenciar su papel en el proceso de reactivación económica de la subregión.

2.4.1 Comercio agropecuario

Se trabajó en varios frentes con el objetivo de fortalecer el sector agropecuario, buscando una mayor, mejor relación y acercamiento con el empresariado de la CAN para que conozca, aproveche y apropie sus amplios beneficios.

En este sentido, se realizó el Foro Agropecuario Andino, evento que permitió un espacio de diálogo público – privado de intercambio de conocimientos y experiencias que facilitaron la construcción de una agenda regional de cooperación, integración y reactivación del sector agropecuario andino, con la participación de los gremios representativos del sector agropecuario y agroindustrial de los países andinos, así como de los Viceministros de Agricultura y de Comercio y funcionarios de la FAO, el IICA y la Secretaría General de la CAN.

De las exposiciones de los participantes resaltan las siguientes conclusiones: acordar e implementar acciones que impulsen la competitividad, la productividad, la sostenibilidad,

la asociatividad y las alianzas empresariales orientadas por la demanda, al igual que la conformación de cadenas de valor regionales; diseñar e implementar una estrategia de diplomacia sanitaria regional; armonizar normativa sanitaria y fitosanitaria que permita acordar reglamentaciones y requisitos comunes ajustados a las recomendaciones internacionales; negociar acuerdos de reconocimiento mutuo en MSF y OTC; diseñar una estrategia para contar con procedimientos aduaneros automatizados, ágiles y seguros de despacho de las mercancías, mejorar la gestión de riesgo en el control de mercancías y, finalmente, adelantar acciones conjuntas para fortalecer el control en las fronteras andinas para combatir el contrabando en la subregión.

El Foro sentó las bases para que se produjera la Declaración de los Ministros de Agricultura de la Comunidad Andina, que desarrolla una agenda proactiva agropecuaria, promueve una red regional tecnológica para mejorar la seguridad alimentaria y la agricultura familiar, impulsa estrategias regionales para aprovechar las oportunidades subregionales y satisfacer la demanda mundial de alimentos; aúna esfuerzos para garantizar sistemas agroalimentarios sostenibles y sustentables e impulsa la agricultura familiar y la necesidad de definir acciones conjuntas para combatir el contrabando.

Con base en dicha Declaración y las sesiones del Foro Agropecuario Andino, se elaboró la Agenda Agropecuaria Andina, cuyo objetivo es “Fortalecer el desarrollo rural y agropecuario, mediante la integración regional, la dinámica comercial, y la implementación de acciones y proyectos orientados por la demanda para impulsar la competitividad, la productividad, la sostenibilidad y la inclusión y de esta manera contribuir a la seguridad y soberanía alimentaria de acuerdo con las regulaciones vigentes en cada país”.

En la estructura de la Agenda Agropecuaria Andina se contemplan tres líneas estratégicas: comercio exterior y desarrollo de agrogocios; agricultura familiar y mujer rural; sanidad agropecuaria e inocuidad de los alimentos, las cuales desembocan en proyectos articuladores de cooperación para responder a los requerimientos planteados por representantes de asociaciones campesinas, empresarios y gremios. Estos proyectos deberán definirse bajo la siguiente PPT.

En paralelo, se adelantaron y concluyeron importantes acciones del plan de trabajo, las cuales principalmente propenden por mante-

ner la subregión libre de enfermedades que afectan a los animales y a las plantas. En consecuencia se adoptaron normas sanitarias para prevenir la peste porcina africana; para realizar análisis de riesgo comunitario de enfermedades de los animales terrestres y acuáticos; la modificación del manual técnico andino para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola; medidas fitosanitarias de emergencia, a fin de prevenir la introducción y diseminación del Fusarium Raza 4 Tropical que afecta al banano.

2.4.2 Capacitaciones

Con el objetivo de generar un mayor conocimiento del mercado andino y de las regulaciones para exportar, se hicieron 11 capacitaciones en diferentes materias que fueron recibidas por más de 3 mil beneficiarios, en particular pequeñas y medianas empresas, en temáticas tales como: normativa fitosanitaria, régimen de origen, régimen para evitar la doble tributación comercio sostenible de alimentos CAN-UE, facilitación del comercio y Operador Económico Autorizado (OEA), Manual de Plaguicidas Químicos de uso Agrícola, transporte internacional de mercancías por carretera y marcas y signos distintivos.

Si bien en la CAN el sector agropecuario ha generado algunas sensibilidades en materia de relacionamiento interno, el conjunto de actividades ejecutadas durante la PPT de Colombia realiza la importancia del sector y busca un mayor aprovechamiento de las condiciones de producción de los países andinos para mejorar el acceso al interior de la CAN como a terceros mercados.

2.5 Una CAN más eficiente

Las siguientes acciones tienen por objeto la facilitación de comercio para reducir tiempos y costos de operación, elementos clave en la competitividad de las empresas.

2.5.1 Aplicativo de información y consultas para el transporte internacional de mercancías por carretera.

Este instrumento contribuye a facilitar el comercio y genera mayor seguridad en la prestación del servicio al contar con información actualizada sobre variables básicas de la actividad transportadora, teniendo en cuenta que buena parte de nuestro comercio (cerca de 8 millones de toneladas) se mueve vía terrestre, según el Informe Anual Movimiento de Carga Internacional por Carretera en la Comunidad Andina 2019, de la Secretaría General de la CAN.



2.5.2 Certificado de origen digital entre Colombia y Perú

Este avance constituye un instrumento de facilitación de comercio que disminuye costos operacionales del proceso de exportación, brindando mayor transparencia y seguridad.

El Acuerdo firmado el 30 de abril de 2021, consiste en un desarrollo de la Decisión 856 "Condiciones para la emisión y recepción de Certificados de Origen Digital", permite la emisión y/o recepción del certificado de origen digital (COD) entre Colombia y Perú a partir del 15 de junio de 2021 y se realiza a través de sus plataformas de interoperabilidad de las ventanillas únicas de comercio exterior.

Con el objeto de extender este avance a la subregión, se respalda la implementación del proyecto INTERCOM, que busca la comunicación en tiempo real entre las autoridades aduaneras de los cuatro Países Miembros para el intercambio de los diferentes documentos que soportan las operaciones de comercio exterior.

2.5.3 Facilitación del comercio intra-andino de productos cosméticos, de higiene doméstica y de uso personal

Con el fin de atender los requerimientos de las empresas de la subregión durante la pandemia, se actualizaron los requisitos y procedimientos para un mejor control de los productos cosméticos, de higiene doméstica y de uso personal, permitiendo la reducción en los costos operacionales y eliminando requisitos innecesarios al comercio.

2.5.4 INTERCOM

El proyecto de Interoperabilidad Comunitaria Andina -INTERCOM, nace por la necesidad de tener una infraestructura digital autónoma y de carácter comunitario para el intercambio de datos de los documentos aduaneros y de comercio exterior entre los cuatro países, que facilite el comercio exterior y sirva de impulso al incremento del comercio intracomunitario. El proyecto que ya cuenta con el financiamiento por parte del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) permitirá la conexión en tiempo real de las aduanas y demás entidades relacionadas con las operaciones comerciales.

2.6 Una CAN más atractiva a la inversión

Este objetivo se trabajó teniendo presente que la inversión tiene potencial transformador, no solo por la transferencia de tecnología y conocimiento, sino también para su capacidad para diversificar el aparato productivo al facilitar su inserción en las cadenas globales de valor, impulsando la productividad, promoviendo encadenamientos, generando empleos de calidad y clara vocación exportadora.

En ese sentido Colombia y Perú presentaron un proyecto de Decisión que actualiza la norma andina para evitar la doble tributación. Este proyecto sienta las bases para implementar mejores prácticas internacionales en materia de inversión, hacer sostenible la reactivación económica y aprovechar las oportunidades que deja la pandemia para hacer más atractivo el mercado comunitario a la inversión que hoy buscan ubicarse en entornos competitivos, más cercanos a sus centros de consumo.

3. Perspectivas y conclusiones.

El periodo 2020 - 2021 tuvo agenda nutrida en medio de un año atípico y de circunstancias complejas que se han venido enfrentando como humanidad y como región.

El trabajo realizado como PPT por parte de Colombia, dejó el terreno abonado, sembradas las semillas y puesto los pilares para seguir cultivando y construyendo las herramientas que permitan lograr una reactivación económica y superar la senda de crecimiento por la que se venía avanzando al interior de cada uno de los países y sobre todo, superar las brechas sociales y la pérdida de empleos que se generaron en esta pandemia y en donde la CAN tiene un rol fundamental en este escenario.

Alcanzar este objetivo requiere un compromiso de cada país y continuidad en las tareas emprendidas, para lo cual es necesaria el liderazgo de la Presidencia Pro Témprore y una eficaz articulación técnica de la Secretaría General de la CAN.

Sin embargo, es necesario aunar esfuerzos para avanzar también en la definición de una normativa común en comercio ilícito, compras públicas y en la actualización de las Decisiones de defensa de la libre competencia y del régimen de origen, temas en los cuales se tienen propuestas que deben ser evaluadas prontamente evaluadas por los cuatro países para responder eficientemente a los requerimientos de las empresas y ajustarse a las actuales condiciones del mercado.



La migración comunitaria: experiencia europea, evolución en la Comunidad Andina y el estatuto migratorio andino en el contexto del Covid- 19

Gonzalo Alberto Tello Vildósola

Resumen

El 12 de mayo del 2021, la Comunidad Andina, a través del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobó la Decisión N° 878 – Estatuto Migratorio Andino como parte de las facultades de la organización por la integridad regional entre los Países Miembros. Esta medida se inspira en el objetivo de otorgarle una identidad a los ciudadanos andinos, así como el de incentivar el turismo entre los Estados. Estas medidas generan trabajo, libre circulación y coadyuvan a la integridad comunitaria, sin embargo, llegar a un consenso en esta materia no ha sido sencillo, debido a que el tema migratorio ha evolucionado a través de los años. En el presente artículo, se buscará resaltar las nociones básicas sobre la migración, la política actual de la Unión Europea en materia de migración como modelo de integración, la actual postura migratoria de la Comunidad Andina y el ámbito de aplicación, acceso a la residencia y derechos generales migratorios contenidos en el Estatuto Migratorio Andino, así como su importancia en la reactivación económica

1. Introducción

La migración es un fenómeno social y político que se ha desarrollado y ha evolucionado a través de la historia. Se puede definir como la decisión o la obligación de una persona o una familia de dejar su lugar de origen o residencia para salvaguardar sus vidas o buscar nuevas oportunidades. Este fenómeno tiene distintos orígenes y motiva-

ciones puesto que la migración puede deberse a temas políticos, étnico/religiosos, económicos, bélicos e incluso ambientales. Solo en el año 2019, se registró un total de 272 millones de migrantes de un universo de 7.700 millones de personas. Esto es un incremento del 5.43% con respecto a las estimaciones realizadas en el año 2017². A partir de estas cifras, la Unión Europea (UE) ha calculado que hay 35 millones de migrantes, de los cuales, 22 millones provienen de Estados ajenos a la UE y 13 millones provienen de un Estado parte de la UE. En América Latina, entre el año 2010 y el año 2019, el número de inmigrantes aumentó en un 66%, de los cuales, 42 millones de personas vivían en un lugar distinto a su País natal³.

A pesar de que esta situación genera desafíos, también genera oportunidades y forma parte importante del desarrollo económico de los Estados involucrados y las familias migrantes. Por ello, distintas organizaciones internacionales, tales como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) han resaltado, en distintas oportunidades, la importancia de implementar estrategias y articular esfuerzos por capacitar y permitir que los migrantes consigan un empleo digno y adecuado.

Tomando todo ello en consideración, la Comunidad Andina (CAN), a través de los años, ha implementado distintas Decisiones y normas con la finalidad de garantizar una migración eficiente y eficaz, que permita el desarrollo socioeconómico del migrante y de la sociedad en general, que se unifiquen los trámites y se permita una integración económica y cultural. En ese sentido, la Decisión No. 878, que contiene el Estatuto Migratorio Andino, es la más reciente apuesta de la CAN por codificar la migración dentro de la normativa andina comunitaria, por lo que se considera un hito en la integración regional e implementa una serie de disposiciones para incentivar el turismo, la integración y el desarrollo económico.

En el presente artículo se abordará, en primer lugar, la experiencia de la Unión Europea, la aplicación del Principio de Libre Circulación y el Espacio Schengen como referencias importantes de la migración comunitaria. A su vez, se hará un análisis general de la Decisión No. 878 (Estatuto Migratorio Andino) como medida regional migratoria, abordando sus principales finalidades y disposiciones a la luz de los objetivos de integración de la Comunidad Andina. Finalmente, se abordarán conclusiones a partir de los postulados expuestos y de las normas recientemente adoptadas.

2. Nociones básicas de la migración

La migración puede dividirse en (i) inmigración y (ii) emigración. En primer lugar, la inmigración designa la llegada de una familia o una persona a un país o territorio distinto a su origen, mientras que, en segundo lugar, la emigración corresponde a la salida de una familia de su lugar de origen. Este fenómeno se manifiesta de manera interna en Estados con un alto índice de centralismo, obligando en algunas ocasiones, a que las personas tengan que trasladarse a la capital en búsqueda de mejores y mayores oportunidades laborales y/o académicas.

Bajo estas consideraciones, se podría mencionar que la migración tiene una justificación (mayoritaria pero no exclusivamente) social y económica que demostraría el accionar de las personas que optan por movilizarse y alejarse de sus lugares de origen. Sin embargo, abarcar un fenómeno tan complejo en solo dos manifestaciones podría ser inexacto y no evidenciaría las verdaderas motivaciones que muchas personas deben enfrentar año a año. Es por lo que es necesario desagregar las realidades suscitadas para poder abarcar una relación más concreta y precisa.

² Parlamento Europeo. La crisis migratoria en Europa. Parlamento Europeo. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170629STO78631/a-crisis-migratoria-en-europa> (Consultado el 20 de setiembre del 2021)

³ Jairo Acuña – Alfaro; David Khoudour. El potencial de la Migración en América Latina y el Caribe. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/blog/2020/harnessing-the-potential-of-migration-in-latin-america-and-the-c.html> (Consultado el 19 de setiembre del 2021)

Generalmente, la migración puede ser por voluntad propia en tanto las personas tengan la capacidad de migrar libremente o puede ser forzada en tanto las personas, por una razón de supervivencia, deban migrar para preservar la seguridad de sus vidas y la integridad de sus familias. En ese sentido, los tipos de migración se pueden subdividir de la siguiente manera :

a) Migración política: Este tipo de migración se realiza a partir de las crisis políticas que se pueden suscitar tanto a nivel regional, como a nivel nacional. La decisión de migrar producto de estas crisis puede ser directa o indirecta. Bajo el primer postulado, se entiende que la persona o familia que se ve obligada a migrar lo hace por haber sido amenazado y/o hostigado por la administración nacional de turno. Por otro lado, puede ser indirecta en tanto la familia o la persona no son particularmente afectados por parte del gobierno y es una decisión fundamentada en la búsqueda de la estabilidad.

b) Migración por discriminación o persecución de etnia y/o religión: Este tipo de migración se realiza, en gran medida, como consecuencia de la persecución religiosa o étnica que se puede suscitar a partir de los conflictos internos o internacionales en un territorio particular y en un periodo indeterminado. El Genocidio de Ruanda, la Guerra de Yugoslavia y la Guerra Siria se caracterizaron por ser conflictos en que se persiguió a una población identificada por una etnia o religión en particular.

c) Migración por inestabilidad económica: Este tipo de migración se realiza a partir de la inestabilidad monetaria o económica en un Estado en particular. En búsqueda de nuevas oportunidades, algunas familias se encuentran en la necesidad de dejar sus lugares de origen para migrar a otras regiones o Estados. Si bien este fenómeno no siempre es forzado, sí resulta necesario en algunas condiciones.

En cualquiera de los casos previamente mencionados, la migración puede ser documentada o indocumentada. Esto dependerá de la documentación oficial con la que cuente el migrante al momento de solicitar la entrada al Estado. Tomando en consideración que, en muchas ocasiones, la migración es forzada y por razones que no se encuentran en la esfera de control del migrante, es usual que la movilización sea indocumentada .

En síntesis, la migración es un fenómeno que responde a una serie de eventualidades que exigen a una persona o grupo de per-

sonas movilizarse lejos de su lugar de origen. Las motivaciones son diversas y cada accionar demanda una lectura íntegra del fenómeno específico que la motiva. Si bien es cierto que es una decisión soberana de cada Estado el autorizar la entrada de personas a su territorio, existen salvaguardas que permiten que la migración sea admitida por razones humanitarias que exigen la protección internacional de los migrantes por parte de los Estados, independientemente de su estatus documentario legal.

Ciertamente, la migración en la UE y la CAN ha evolucionado al punto de que los ciudadanos de dichas organizaciones internacionales de corte regional se han beneficiado por una serie de mecanismos migratorios de integración que han permitido romper ciertas barreras y que han incentivado tanto el turismo como el empleo y la economía intracomunitaria. Es importante acotar que la adopción de estas normas es de carácter vinculante, por lo que cada Estado tiene la obligación de cumplir estas disposiciones mientras que cada ciudadano tiene el deber de demandarlo.

3. La Unión Europea y su política migratoria

La UE es un ejemplo de integración política. Este sistema cuenta con una serie de órganos, organismos e instancias legislativas, políticas y judiciales que coadyuvan a una serie de objetivos establecidos inicialmente con la Carta Constitutiva de esta organización internacional. Precisamente, a partir del Tratado de Maastricht , se establecieron pilares fundacionales por los que se caracterizaba esta organización, siendo una de ellas, la política migratoria a partir del principio de libre circulación.

El principio de libre circulación no nace a partir del Tratado de Maastricht, sino que es una continuación a una concepción hallada en la Comunidad Económica Europea de 1957, aunque, a pesar de haber iniciado un postulado abiertamente aceptado, este era aplicado únicamente a la circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento de las personas que eran contratados por empresas europeas.

Este principio no era aplicable a cualquier ciudadano. En aras del crecimiento económico y laboral, se aplicó inicialmente a los trabajadores, lo que involucraba un crecimiento en las contrataciones, facilidad de



contratación, establecimiento laboral, crecimiento familiar y reactivación económica en algunos contextos. Sin embargo, el principio tomaría un nuevo rumbo para la creación de la UE. Bajo este nuevo postulado, no solo los trabajadores tendrían el beneficio, sino cualquier ciudadano de la UE. Esta condición, automáticamente, le permitía a cualquier ciudadano europeo ostentar el derecho particular de poder circular libremente en el espacio de Europa y poder residir en cualquier Estado sin ningún tipo de solicitud especial, visado o permiso migratorio.

Sin embargo, para poder plasmar un principio, era necesario materializar la teoría en la práctica. Es así, que se firma el Acuerdo de Schengen el 14 de junio de 1985 en Luxemburgo, para luego ser incorporado a la normativa europea comunitaria en 1996. Es así como el espacio Schengen está cons-

tituido por los espacios territoriales de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, la República de Malta, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Suiza⁷. Estos Estados han aplicado la libertad de circulación entre ellos, permitiendo que sus ciudadanos puedan migrar libremente y asentarse en cualquiera de estos países.

En cuestiones técnicas, el Acuerdo permite que los Estados supriman ciertos controles migratorios a favor de los ciudadanos que integren el espacio Schengen, con la finalidad de que las personas puedan circular libremente. Sin embargo, para aquellos extranjeros que no pertenezcan al espacio Schengen, el acuerdo ha previsto un control

migratorio compartido y con procedimientos idénticos para una consistencia clara.

Ahora bien, dentro del espacio Schengen, se ha establecido una serie de concesiones especiales para otros Estados que no forman parte de la Unión Europea o que no forman parte del Acuerdo en sí. Un claro ejemplo, es que tanto Perú como Colombia, miembros de la CAN, cuentan con un estatus especial en el espacio Schengen. Si bien, no forman parte de la UE ni están adscritos a los acuerdos, los ciudadanos de estos dos países tienen un acceso libre al espacio Schengen sin la necesidad de una visa durante los primeros 90 días.

En síntesis, se pueden relieves los siguientes logros de la aplicación del espacio Schengen en la UE y otros Estados beneficiados de la siguiente manera:

LOGROS DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN	
Materia migratoria	La eliminación de los controles migratorios fronterizos para los ciudadanos Schengen.
	La uniformidad de los controles migratorios fronterizos y la adaptación de la información recabada.
	La política compartida y común de los Estados del espacio Schengen para regular las entradas temporales de los ciudadanos extranjeros que sean beneficiados por tal disposición.
	La policía y oficinas de investigación coordinan y cooperan entre sí para poder identificar ciertos delitos de contrabando, trata de personas y robo de identidad.
Materia de seguridad comunitaria	El establecimiento del Sistema de Información Schengen (SIS), el cual es un sistema de intercambio de información esencial de seguridad para la uniformidad de los controles migratorios y otras medidas de protección frente al delito y el crimen organizado.

Fuente: Parlamento Europeo
Cuadro: Elaboración propia

Como se puede apreciar, el acuerdo Schengen no solo mejora la situación en torno a la libre circulación de los ciudadanos europeos, sino también, crea un sistema de seguridad y cooperación policial entre aquellos Estados que forman parte de este espacio. Esto crea un control unificado y uniformizado, sin perjuicio que la policía de cada Estado establezca controles para identificar cualquier tipo de contrabando de estupefacientes o algún otro producto que, por normativa comunitaria o nacional, sean prohibidas en un territorio específico. Este

objetivo de seguridad se ve fortalecido con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL), la cual brinda asistencia y coordinación en la lucha contra el crimen organizado referido al tráfico ilícito de migrantes que tenga como destino a la Unión Europea.

A pesar de estos beneficios, el Covid-19 ha puesto de presente un problema en torno a la migración y a la necesidad de que los Estados del espacio Schengen tengan que limitar sus fronteras tanto a extranjeros como ciudadanos de los Países adscritos al Acuerdo. Esto sugiere que las implicancias del tratado pueden verse suspendidas por razones de emergencia, tal y como viene ocurriendo en la pandemia. Al momento

de la redacción del presente informe, se sabe que los ciudadanos extranjeros, en su mayoría, de Sudamérica, pueden seguir visitando el espacio Schengen siempre y cuando hayan sido inmunizados con una de las vacunas aprobadas por la Unión Europea.

4. La migración en la Comunidad Andina

La CAN, a través de sus principales esfuerzos por afianzar la integridad y mejorar las condiciones económicas de los Países miembros, ha ido implementando una serie de decisiones y resoluciones con la finalidad

⁷ Ministerio del Interior de España. Origen espacio Schengen. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen/origen> (Consultado el 19 de setiembre del 2021)



de poder aplicar la libre circulación de los ciudadanos en la subregión que contempla a los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, mejorando los flujos migratorios y, por ende, de turismo y empleo.

Estos esfuerzos se condicen con artículos del Acuerdo de Cartagena, mediante los cuales, se faculta a que los Estados atiendan estas necesidades a partir de la adopción e implementación de programas que incentiven el turismo y el estímulo económico afín. Esto se verifica de la revisión del artículo 3 del AC, el cual dispone lo siguiente: Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

(...)

c) Programas en el área del turismo;

(...)

A su vez, también se puede verificar dicha facultad a partir de la revisión del artículo 127 que dispone lo siguiente:

Artículo 127.- En el campo del turismo, los Países Miembros desarrollarán programas conjuntos tendientes a lograr un mejor conocimiento de la Subregión y a estimular las actividades económicas vinculadas con este sector.

Como se puede apreciar, el mandato expreso que se encuentra en el propio Acuerdo de Cartagena permite que los Estados puedan elaborar programas para incentivar el turismo y la actividad económica vinculada a ella como parte de las facultades por mejorar la migración, el conocimiento e identificación con la CAN y la integración. Estos principios también prevén una mejora en el flujo económico producto de la movilización de ciudadanos entre Estados, lo que mejora la empleabilidad y los ingresos progresivamente.

Bajo estas consideraciones, la CAN, especialmente, a través del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, han aprobado una serie de instrumentos con el objetivo de conseguir las finalidades descritas en los artículos mencionados con anterioridad. Para ello, se relievan los siguientes documentos aprobados:

a) Decisión 709: Modificación de la Decisión 504, mediante la cual, se amplió el plazo de entrada en vigor del "Pasaporte Andino".

b) Decisión 583: Instrumento Andino de Seguridad Social, mediante la cual, se garantiza el derecho de los migrantes laborales

y de recibir las prestaciones de seguridad social en el Estado en donde se encuentren laborando.

c) Decisión 550: Instrumento que crea el Consejo Andino de Identificación y Estado Civil.

d) Decisión 548: Instrumento que crea el Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los nacionales en cualquiera de los países de la Comunidad Andina.

e) Decisión 545: Mediante la cual se aprueba el Instrumento Andino de Migración Laboral, que establece una serie de normas con la finalidad de permitir una libre circulación y permanencia de ciudadanos andinos únicamente con fines laborales.

f) Decisión 526: Mediante la cual se aprueba la instalación de ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros.

g) Decisión 504: Creación del Pasaporte Andino, que busca consolidar un diseño único de pasaporte que permita crear conciencia y cohesión entre los ciudadanos de la Comunidad Andina, así como un sentido de pertenencia y compromiso con la CAN.

h) Decisión 503: Mediante la cual, se aprueba el reconocimiento de documentos nacionales de identidad para poder entrar a un Estado de la Comunidad Andina en calidad de turista.

i) Decisión 502: Mediante la cual se crean los Centros Binacionales de Atención en Frontera (CEBAF), que constituye un sistema eficiente de gestión de tráfico internacional en los pasos de frontera.

j) Decisión 501: Instrumento que aprueba las Zonas de Integración Fronteriza (ZIF) con la finalidad de promover y fomentar la modernización de las bases productivas en las zonas fronterizas de los Países Miembros de la CAN.

k) Decisión 439: Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios, mediante la cual, establecen principios rectores del fomento económico y comercio de servicios entre los Países Miembros de la CAN.

l) Decisión 398: Mediante la cual se establece el Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustituyendo la Decisión 289.

m) Resolución 527: Mediante la cual hace una modificación del contenido de la Tarjeta Andina de Migración (TAM).

n) Decisión 397: Mediante la cual, se crea la Tarjeta Andina de Migración, siendo un documento de control migratorio único y obligatorio para que las personas ingresen y salgan del territorio del territorio de un País Miembro de la CAN.

Estas Decisiones buscan mejorar la migración, la empleabilidad entre ciudadanos comunitarios, el turismo y la economía derivada de este a través de la simplificación de mecanismos migratorios y la facilidad de obtener un canal seguro de entrada y salida a los Países Miembros de la CAN.

A su vez, es pertinente resaltar la importancia de la implementación de la Tarjeta Andina de Migración, la cual se ha mantenido vigente para los Estados de la CAN y que ha facilitado el ingreso y salida de los ciudadanos andinos. Este documento migratorio y estadístico de uso obligatorio ha tenido que evolucionar para enfrentar las necesidades y las obligaciones nacidas de la virtualidad. Con dichos acuerdos adoptados, la CAN realizó un estudio sobre el flujo migratorio andino en el primer semestre del año 2017 en Bolivia y Perú, siendo que, para Colombia, el mismo análisis se realizó para el primer semestre del 2018. Este estudio se realizó con el objetivo de evaluar el flujo migratorio durante los años 2017-2018 y seguir midiendo los avances de integración social y económica entre los Países de la CAN a futuro. De la recopilación de dichas cifras, se obtienen los siguientes datos:

Cifras de ciudadanos andinos que entraron a Bolivia durante el primer semestre del 2017.

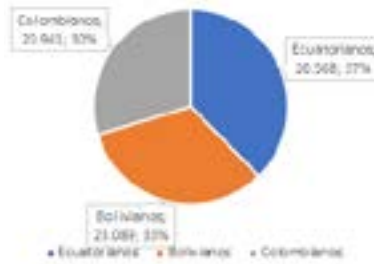


Fuente: Comunidad Andina, SG de

808 – 19 de marzo de 2018

Gráfico: Elaboración propia

Cifras de ciudadanos andinos que entraron a Perú durante el primer semestre del 2017.

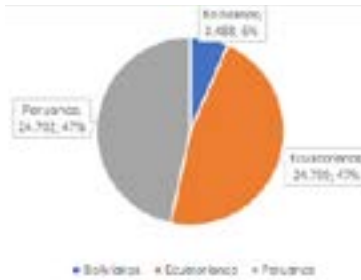


Fuente: Comunidad Andina, SG de

807 – 19 de marzo de 2018

Gráfico: Elaboración propia

Cifras de ciudadanos andinos que entraron a Colombia durante el primer semestre del 2018.



Fuente: Comunidad Andina, SG de

851 – 21 de febrero de 2019

Gráfico: Elaboración propia

De estos datos se desprenden cifras que ejemplifican el avance de la política migratoria andina entre los Estados miembros. Es así como, en el caso de Bolivia, durante el primer semestre del 2017, se ha identificado un flujo migratorio de 45,685 ciudadanos andinos entre colombianos, ecuatorianos y peruanos. De esa cifra, 37,249 personas han utilizado vías de carretera y otros 8,436 realizaron viajes aéreos. Por su parte, en el mismo periodo, Perú ha registrado un ingreso migratorio de 70,598 ciudadanos andinos. De esa cifra, 626 se trasladaron por vía marítima, 49,986 por carretera y 19,986 por vía aérea. Finalmente, Colombia ha registrado un ingreso migratorio de 52,989 ciudadanos andinos durante el primer semestre del 2018. De dicha cifra, 538 ingresaron por medios marítimos, 9,797 se trasladaron por tierra y 42,654 por vía aérea.

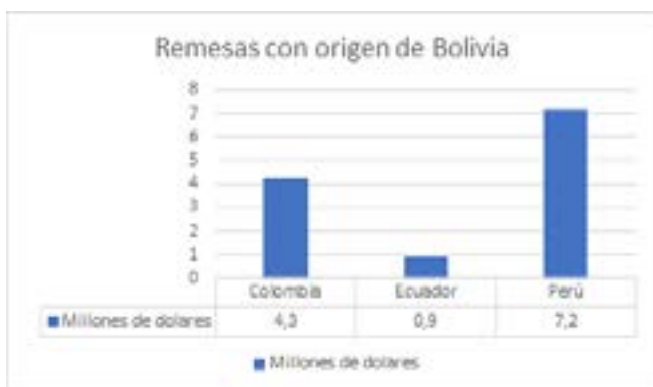
Estos datos, recopilados gracias al uso obligatorio de la Tarjeta Andina Migratoria y otros indicadores, fueron recogidos con la finalidad de poder realizar un estudio estadístico sobre la migración y las cifras obtenidas en los últimos años. Debido a la pandemia y a las medidas sanitarias impuestas, se restringieron los viajes internacionales, imposibilitando la realización de nuevos cuadros comparativos en materia migratoria. Sin embargo, se espera que se retome el



estudio del flujo migratorio una vez que las cifras de contagios en los Países Miembros de la Comunidad Andina desciendan y se levanten de manera total las restricciones sanitarias tanto de manera aérea como terrestre y fluvial.

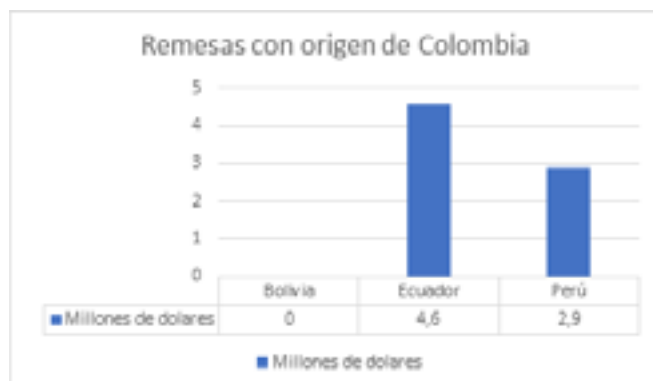
5. Impacto económico de la migración en la CAN: remesas intracomunitarias

Otro factor importante de la migración son las remesas intracomunitarias. Estas se podrían definir como el envío de dinero que una persona realiza de un Estado al exterior con la finalidad de poder beneficiar a su familia. Al respecto y para graficar los datos más recientes de la remesa intracomunitaria, se han elaborado los siguientes gráficos a partir de la información recopilada por la Secretaría General:



Fuente: Comunidad Andina, SG de 935 del 23 de junio de 2021

Gráfico: Elaboración propia



Fuente: Comunidad Andina, SG de 935 del 23 de junio de 2021

Gráfico: Elaboración propia



Fuente: Comunidad Andina, SG de 935 del 23 de junio de 2021

Gráfico: Elaboración propia



Fuente: Comunidad Andina, SG de 935 del 23 de junio de 2021

Gráfico: Elaboración propia

El envío de remesas intracomunitarias durante el tercer trimestre del 2020 alcanzó la cifra de 109,9 millones de dólares, lo que simboliza una reducción de 21,9% con relación al tercer trimestre del 2019. Es importante mencionar que la reducción de remesas intracomunitarias se debe a los efectos de la pandemia y la desaceleración económica en los Países Miembros. A pesar de ello, estos datos demuestran que Colombia es el mayor receptor de remesas de los Estados de la CAN. A su vez, Ecuador y Perú se mantienen como los principales emisores de remesas, por lo que es necesario que la CAN mantenga una política de protección frente a este derecho, debido a la vitalidad de su rol en la estabilidad económica familiar.

Como se mencionó anteriormente, la migración genera oportunidades y los Estados deben brindar contextos favorables para la inserción de los migrantes en el mercado laboral, lo cual, mejora la calidad económica de todos los actores involucrados en el proceso. El uso de remesas y la empleabilidad en el contexto del Covid-19, respetando las medidas de sanidad correspondientes, juega un rol fundamental en la reactivación económica intracomunitaria y permite que una mejor condición para los Países miembros.

Atendiendo las cifras y contextos descritos previamente, así como la necesidad de codificar los esfuerzos relacionados a la migración entre Países miembros y con el afán de reactivar la economía intracomunitaria, el pasado 12 de mayo del 2021 el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores finalmente aprobó la Decisión N° 878 – Estatuto Migratorio Andino. Decisión que se vino discutiendo en el seno de la mencionada instancia y ha tenido como resultado la adopción de esta norma supranacional que permite regular la residencia temporal y permanente para los ciudadanos andinos dentro del espacio de la Comunidad Andina.

Este nuevo documento presenta una serie de beneficios tanto a nivel turístico como a nivel de empleabilidad que se adopta en un contexto de urgencia económica y social en todos sus paralelismos.

6. La Decisión 878 – Estatuto Mi- gratorio Andino

La Decisión 878 que contiene el Estatuto Migratorio Andino es el primer producto que codifica los esfuerzos en materia migratoria dentro del Derecho Comunitario Andino, tomando en consideración los avances de la región y las medidas adoptada. Este instrumento consolida los beneficios migratorios a favor de los ciudadanos andinos en un único instrumento, aborda el turismo, la libre circulación, la residencia temporal y la residencia permanente.

Esta Decisión es el resultado del IV Foro Andino de Migraciones en el 2013, mediante el cual, se recomendó al Comité Andino de Autoridades en Migración adoptar un instrumento de norma supranacional en dicha materia que pueda unificar los términos y los diversos beneficios de la aplicación del principio de libre circulación, generando un beneficio palpable para incentivar el turismo y mejorar la calidad migratoria de los ciudadanos andinos.

Paulatinamente, el Comité Andino de Autoridades en Migración aprobó el Proyecto de Decisión en la XXVI Reunión del día 04 de mayo de 2021. En dicha oportunidad, el Comité le solicitó a la Secretaría General que eleve al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina para la aprobación del documento y la entrada en vigor de este, como parte de sus atribuciones.

6.1. Con relación al ámbito de aplicación y al objeto de la Decisión

Se decidió que el ámbito de aplicación de la presente Decisión abarque a los ciudadanos andinos y residentes permanentes extracomunitarios que realicen un movimiento migratorio con dirección hacia uno de los Países Miembros de la CAN distinto al de su nacionalidad o domicilio habitual. Esto implica que la competencia territorial del presente instrumento se aplicará al espacio territorial de los Países Miembros de la CAN,

delimitando la aplicación de esta norma supranacional y creando una condición similar al Espacio Schengen de la Unión Europea. Por otro lado, el objeto de la Decisión se estableció para regular el Derecho Comunitario Andino y poder codificar los principales principios, definiciones y normas en materia migratoria. La aplicación de este instrumento abarca a los ciudadanos andinos, sus familiares y residentes permanentes extracomunitarios.

6.2. Con relación a los derechos y deberes de los ciudadanos andinos y residentes permanentes extracomunitarios

La Decisión establece un reconocimiento al derecho a no ser discriminado por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social o cualquier otra razón. Este derecho se ha contemplado en la Decisión, puesto que la migración suele tener una connotación negativa producto de la xenofobia y la intolerancia frente al migrante y a su condición. Es necesario que los Estados reconozcan que todo individuo debe ser libre de un trato denigrante y utilizar todas las medidas posibles de concientización y protección al migrante, evitando actos xenófobos u otras manifestaciones agresivas y discriminantes.

Se reconoce, a su vez, que ninguna persona puede ser criminalizada por su condición migratoria y no podrá ser sujeto de sanciones penales que lo priven de su libertad. Al respecto, se ha determinado que las faltas migratorias solo podrán tener una connotación administrativa y deberán ser procesadas como tal. Ahora bien, es necesario señalar, que esta disposición solo se aplica para faltas de condición migratoria del ciudadano o residente, pero no excluye aquellos delitos de trata de personas o contrabando que pueden realizarse en la frontera de los Estados miembros de la CAN.

Además de ello, los ciudadanos y familiares que hayan obtenido la residencia temporal o permanente podrán gozar del trato nacional del Estado que los ha acogido, aplicándose la normativa interna del Estado en cuestión y de tener los beneficios de acuerdo con ley y otras peyorativas internacionales que se puedan aplicar en su condición. En el caso de los familiares que no cuenten con la nacionalidad de alguno de los Estados de la CAN, se verán beneficiados por las creencias de la residencia de la personal de la cual dependen económicamente.

Dentro del rubro de derecho a la educación, los ciudadanos contarán con un acceso a la educación garantizado en condiciones de igualdad con los nacionales. Esto implica que las instituciones escolares no podrán discriminar el ingreso de ningún alumno por su condición de migrante o que cuenten con una nacionalidad distinta, ni por la condición de sus padres. Se entiende que la normativa busca permitir que los miembros de la familia puedan continuar con sus vidas sin que la situación regula o irregular de los padres pueda perjudicar la impartición de la enseñanza pública o privada.

El derecho al sufragio también está amparado por el estatuto, puesto que, en caso de obtener una residencia permanente, las personas podrán ser parte de los comicios nacionales de su país de origen, beneficiándose de todas las facilidades y medidas de seguridad para ejercer su voto.

A su vez, en caso de la residencia permanente o temporal, se permitirá la transferencia de remesas. En ese sentido, el Estado en cuestión no podrá evitar o atentar a la libertad de transferir remesas, siempre y cuando se condiga con la normativa nacional.

Por otro lado, y, atendiendo a lo previamente explicado sobre la importancia de las remesas intracomunitarias y su rol en la estabilidad económica familiar, la Decisión 878 reiteró el derecho a transferir las remesas de manera libre al país de origen o residencia, siempre y cuando, se condiga con las normas internas del Estado en donde se encuentra.

6.3. Sobre los documentos de viaje exigidos y las ventanillas especiales migratorias

La Decisión 878 hace una mención a los documentos de viaje y su vigencia, la cual, se determinará por decisión del País Miembro emisor y dicho documento podrá ser utilizado para cualquier trámite judicial, administrativo, a necesidad en materia civil o para los efectos migratorios que el solicitante desee requerir. A su vez, se deja en constancia que, a pesar de la implementación de esta Decisión, se seguirá utilizando la Tarjeta Andina de Migración (TAM) para los fines por los cuales fue concebido en un principio. A su vez, se ratifica la vigencia del Sistema Estadístico de la TAM, mediante los Países Miembros podrán intercambiar información en materia migratoria para alertar sobre al-

guna situación excepcional de ciudadanos andinos, así como los requerimientos judiciales que se apliquen en su contra para mejorar la seguridad y la administración de justicia en la CAN.

A su vez, se ratifica la Decisión 526 mediante la cual se implementan las Ventanillas Especiales, solicitando su instalación en un plazo máximo de 36 meses a partir de la entrada en vigor del Estatuto Migratorio Andino para la atención especializada de los ciudadanos andinos y familiares.

6.4. Sobre la libre circulación andina

Como se mencionó previamente, el principio de libre circulación comunitario nació en la Unión Europea para facilitar la presencia de ciudadanos comunitarios en el espacio Schengen. Dicho principio fue recogido por la Decisión 878 consagrándola de manera expresa para los ciudadanos andinos en calidad de turistas siendo únicamente necesario la presentación de los documentos nacionales de identificación – DNI del país emisor si necesidad de otro documento adicional.

El plazo determinado para la estadía es de 90 días cabiendo la posibilidad de prorrogar dicho plazo por la misma cantidad sin que ello superen los 180 días calendario continuos, manteniendo una similitud con las concesiones establecidas por la Unión Europea para ciudadanos no comunitarios. En el caso de los residentes permanentes extracomunitarios que cuenten con uno de los documentos de la Resolución 1559, tendrán los mismos derechos establecidos en el Estatuto, sin embargo, en cuestiones de la normativa migratoria de cada Estado, tendrán que cumplir con los requisitos de documentación adicional exigidos.

6.5. Sobre la Residencia Temporal Andina (RTA) y la Residencia Permanente Andina (RPA)

Las estipulaciones en torno a la residencia están establecidas a partir de la premisa temporal y permanente. Es así, que los ciudadanos andinos están facultados de poder solicitar una Residencia Temporal Andina y una Residencia Permanente Andina dependiendo de la condición migratoria con la que cuenten o quieran postular.

Para el otorgamiento de la RTA, el ciudadano andino tendrá que solicitar dicha con-



dición ante el consulado con el que el país de destino cuente en su país de origen o, en caso se encuentre en el Estado de destino, ante la Entidad competente para ello. En caso de que la solicitud sea admitida, el ciudadano podrá entrar, salir, circular y permanecer en territorio del País de Inmigración tras haber presentado los documentos establecidos en el Estatuto.

En el caso de la RPA, el ciudadano andino tendrá que presentar la solicitud únicamente a la autoridad migratoria competente del País al que se dirige dentro de los 90 días antes del vencimiento de la RTA. En el caso de que la solicitud sea admitida, el ciudadano gozará con todos los derechos que goza una RTA, así como también, podrá gozar de todas las libertades civiles que cuenta cualquier nacional del país al que inmigra, así como también, de los derechos sociales, culturales y económicos.

Cabe resaltar que de acuerdo con las disposiciones internacionales establecidas por la Convención de la Haya sobre la Apostilla, los documentos deben estar debidamente legalizados mediante esta modalidad o certificado por la oficina consular del país de origen del ciudadano andino.

6.6. Con respecto a la observancia de cumplimiento del Estatuto y la protección del migrante

Como toda norma comunitaria adoptada por Cancilleres de los Estados Miembros de la Comunidad Andina, las disposiciones de este Estatuto son de obligatorio cumplimiento. Es así, que se establece que ningún País Miembro podrá restringir la circulación o permanencia adquirida por un ciudadano andino siempre y cuando este haya cumplido fehacientemente con los requisitos establecidos por la Decisión y por el Estado receptor.

Sin embargo, los Estados están facultados para restringir el ingreso a su territorio nacional o cancelar autorizaciones cuando se compruebe que el ciudadano andino no ha cumplido con los requisitos establecidos o cuando el mismo haya configurado una conducta sancionada en el País Miembro al cual ha inmigrado.

A su vez, se ha dispuesto que la Secretaría General, en conjunto con el Comité Andino de Autoridades de Migración – CAAM, se encarguen de la difusión y para que los ciudadanos andinos puedan conocer de los

derechos y atribuciones adoptadas a través del Estatuto Migratorio Andino. Esto permitirá que más ciudadanos se puedan beneficiar con estas disposiciones, así como también, conocer de los esfuerzos que la Comunidad Andina promueve a favor de la integridad comunitaria.

7. Conclusiones

- La UE codificó la libre circulación gracias al establecimiento del espacio Schengen, sin embargo, la aplicación de este principio tuvo sus orígenes en 1957, cuando la Comunidad Económica Europea aplicó la libre circulación en trabajadores intracomunitarios. La globalización y los retos de la nueva era demandaron que los Estados de la UE apliquen medidas migratorias y turísticas que fomenten el desarrollo socioeconómico.

- Las medidas adoptadas a partir del espacio Schengen abarcan distintos rubros como el de la unificación de trámites, vigencia de estadías y seguridad intracomunitaria. Estas disposiciones revelan que la seguridad es parte integral de cualquier medida de unificación migratoria y que es obligación de los Estados que se adopten de manera eficiente.

- Dentro de las distintas atribuciones y competencias de la CAN, se encuentra la capacidad que tiene esta organización de velar por la migración entre los ciudadanos pertenecientes a la CAN. Este pilar se condice con la finalidad integradora, de unión y de cooperación que prima dentro de la Organización.

- Los esfuerzos realizados por la CAN a través de las comisiones competentes y reuniones ministeriales, ha permitido que se adopte una serie de medidas con la finalidad de integrar a los ciudadanos andinos, darles facilidades migratorias, permitirle el acceso a una inmigración fluida y, sobre todo, garantizar los derechos fundamentales a los migrantes. Sin embargo, hasta el momento no se había adoptado una norma que compile o codifique dichas intenciones, por lo que la aprobación de la Decisión No. 878 – Estatuto Migratorio Andino es fundamental.

- La CAN ha codificado el principio de libre circulación implementando una serie de disposiciones especiales con la finalidad de asegurar un flujo migratorio que beneficie a todos los interesados, se promueva el

turismo, se siga accediendo al uso de las remesas internacionales y se mejore la empleabilidad y economía intracomunitaria.

- Este Estatuto abarca las principales modalidades de residencia, la protección del migrante, los documentos que acreditan su condición y su vigencia, así como los derechos y obligaciones a los que se someten los ciudadanos andinos que accedan tanto a la Residencia Temporal Andina como a la Residencia Permanente Andina.

- La UE y la CAN han adoptado medidas importantes en materia migratoria a favor de los ciudadanos comunitarios buscando el impulso del turismo, el desarrollo socioeconómico y el fortalecimiento del sentimiento de pertenencia entre la población de los Países Miembros. Estos instrumentos jurídicos de derecho comunitario configuran una oportunidad valiosa para reactivar la economía entre los Estados de la CAN, puesto que incentivan diversos sectores económicos a favor de los migrantes, sus familias y el Estado que los acoge.

8. Bibliografía

Acuña Alfaro, Jairo; Khoudour, David, “El potencial de la migración en América Latina y el Caribe, consultado el 19 de septiembre de 2021.

<https://www1.undp.org/content/undp/es/home/blog/2020/harnessing-the-potential-of-migration-in-latin-america-and-the-c.html>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Migración, derechos humanos y gobernanza”, consultado el 28 de julio de 2021. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Comunidad Andina (1996) Decisión 397.

Comunidad Andina (1997) Decisión 398.

Comunidad Andina (1998) Decisión 439.

Comunidad Andina (2001) Decisión 501.

Comunidad Andina (2001) Decisión 502.

Comunidad Andina (2001) Decisión 503.

Comunidad Andina (2001) Decisión 504.

Comunidad Andina (2001) Resolución 527.

Comunidad Andina (2002) Decisión 526.

Comunidad Andina (2003) Decisión 545.

Comunidad Andina (2003) Decisión 548.

Comunidad Andina (2003) Decisión 550.

Comunidad Andina (2004) Decisión 583.

Comunidad Andina (2008) Decisión 709.

Comunidad Andina (2018) SG de 807.

Comunidad Andina (2018) SG de 808.

Comunidad Andina (2019) SG de 851.

Comunidad Andina (2021) SG de 935.

Marzocchi, Ottavio. “La libre circulación de personas”, consultado el 20 de septiembre del 2021.

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

Ministerio del Interior de España. “Origen espacio Schengen”, consultado el 19 de septiembre del 2021 <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen/origen>.

Palma Martínez, Enrique; Ángeles Jimenez, Alex. “Migración y políticas públicas. Una aproximación al Estado de México”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009

Parlamento Europeo “La crisis migratoria en Europa”. consultado el 20 de setiembre del 2021.

<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170629STO78631/la-crisis-migratoria-en-europa>.

Santamaría, C.; Tintori, G.; Vespe, M. “Datos sobre migración en Europa”, Portal de Datos Mundiales sobre la Migración, consultado el 18 de septiembre de 2021. <https://migrationdataportal.org/es/regional-data-overview/europe>.

Scouts de España. “Razones para Emigrar”, consultado el 28 de julio de 2021, <https://www.scout.es/razonesparaemigrar/>.

El derecho internacional, precursor intelectual de la modernidad

Edgar Iván Ramírez Ángel



El verso “[u]na cita de hierro entre los mundos!” que Aurelio Martínez Mutis incluyó en su poema, *La Epopeya del Cóndor* (1913), sirve para describir con exactitud lo sucedido en la segunda mitad del siglo XV y durante el siglo XVI: el encuentro “de hierro” entre el naciente mundo moderno y los mundos antiguos y medievales de América y Europa respectivamente.



El surgimiento de la era moderna que trajo consigo el inevitable hundimiento en occidente de las sociedades premodernas, estuvo marcado por dos episodios principales. La sentencia arbitral de Guadalupe (Extramadura) dictada por el Rey Fernando de Aragón el 21 de abril de 1486, con la cual se dio un verdadero puntillazo a la sociedad feudal y se abolió definitivamente, en favor de los remensas y tras siglos de sangre, los llamados malos usos señoriales; y el fin de los imperios antiguos existentes en América con la caída del Incanato del Cusco en 1572. Ahora bien, su aparición en oriente tomó más tiempo. El fracaso de la misión de los Padres Mateo Ricci, Diego de Pantoja y sus compañeros, en las primeras décadas del siglo XVII, simbolizaron la imposibilidad de popularización del Tianzhu Shiyi (Verdadero Tratado del Señor del Cielo adorado en Occidente), lo que prolongaría el feudalismo en el Reino Central (Zhong Guo) del oriente, hasta bien entrado el siglo XX.

Del fragor del choque de estos dos mundos surgirían, amén de una inusitada explosión de ideas y de conocimientos geográficos, astronómicos y científicos, las monarquías y los Estados nacionales y el Derecho de las otras Gentes: el Derecho Internacional.

Reflexionando sobre las causas y consecuencias de este histórico choque, el sacerdote dominico español Francisco de Vitoria Compludo se convertiría en el precursor de la incipiente disciplina, al sostener de manera paradójica en 1532 que “el Papa no es señor civil del mundo sino solamente su señor espiritual” y que, por tanto, “el Papa no tiene potestad sobre los bárbaros y los infieles”. Ya el francés Jean Bodin (conocido en español como Juan Bodino) sentaría la avanzada tesis de que la existencia de la comunidad universal origina derechos de comercio y de comunicación entre los diversos Estados y pueblos. En la centuria siguiente el citoyen des Pays-Bas, Hugo Grotius (conocido en español como Hugo Grocio), diría con toda osadía pero también con toda franqueza y aún poesía, que “el mar es libre y no de Portugal” puesto que “un navío al cruzar las ondas, no crea más derecho sobre ellas que los vestigios de su paso”.

Vendrían después, pasados dos siglos gestacionales, los desarrollos técnicos del novedoso y civilizador derecho. El Pacta sunt servanda de Thomas Hobbes; el “los tratados solo son válidos cuando son ratificados por el Soberano”; el “existe un mar territorial de los Estados ribereños hasta donde llega

el disparo de un obús”; el “existe inmunidad de jurisdicción para los embajadores” de Cornelio Binkershoek; y, el Rebus sic stantibus de Emmerich de Vattel (conocido en español como Emerico de Vattel), entre muchas otras precisiones intelectuales que hoy constituyen genuinos principios del Derecho Internacional.

Se abría paso cruenta e incruentamente en el revolucionario occidente, arropado con los pañales del derecho, un nuevo mundo: el mundo de las libertades, particularmente económicas, que aún hoy, largos 500 años después, no termina de entenderse en muchos lugares de la tierra ni de tener qué defenderse contra tiros y troyanos que desde barricadas de todos los alminares y de no pocos pulpitos, o de plazas, batallan con notoria estulticia, so pretexto de la falta del utópico alcance de un inmediato bienestar total, por frenar y, peor aún, hacer retroceder la era moderna, la era de mayor prosperidad social e individual que registra la historia de la humanidad. Como reflexionó De Vitoria en sus escritos de economía moral en el siglo XVI, “[s]i los bienes se poseyeran en común, serían los hombres malvados, los avaros y ladrones quienes más se beneficiarían pues sacarían más y pondrían menos en el granero de la comunidad”.



Bienestar social e individual para el cual no poco han contribuido el comercio mundial y las normas de aplicación privada y pública que paulatinamente lo vienen encausando desde la segunda posguerra, dando claridad a su andadura.

En este inexorable y dinámico proceso evolutivo del intercambio de bienes y de ideas, característico de las economías modernas, la concepción de vicio y corrupción que se tenía de los artículos de lujo comenzó a perderse en el siglo XVIII, vigorizándose de manera notable su producción y comercio, incluidos el café, el azúcar, el té y la cocoa, como señala el profesor checo canadiense Vaclav Smil en su reciente libro *Grand Transitions -How the Modern World Was Made-* (Oxford University Press, 2021, página 191). No sin razón, Werner Sombart dijo en las primeras décadas del siglo XX que la búsqueda del lujo fue el motor principal del desarrollo del capitalismo y que “el lujo, que como hemos visto era en sí mismo hijo legítimo del amor ilegítimo, engendró el capitalismo” (citado por Smil, op. cit. pág 191) (traducción libre).

Aparecía así en el escenario mundial la sociedad de consumo, tantas veces demonizada por miopes analistas y pseudoanalistas que no ven o no quieren ver que el criticado consumo de bienes y servicios es la fuente insustituible de trabajo y sustento de millones de personas en todos los rincones de la tierra, si bien en ponderados casos reclama

por razones ambientales prudentes e inteligentes morigeraciones.

Este proceso singular del continuo crecimiento del bienestar general, allanado con la existencia de normas y acuerdos nacionales e internacionales, puede constatarse con la observación comparativa entre las sociedades rurales premodernas y las sociedades industrializadas e informatizadas de la era moderna y de la edad contemporánea.

Como señala Smil, la transición a la sociedad de consumo puede ser estudiada desde distintas vías. Un economista puede seguir el producto nacional derivado de los gastos no esenciales de los consumidores, es decir, sin incluir alimentos, energía y vivienda. Un historiador de los avances técnicos puede rastrear la propiedad de automóviles, electrodomésticos o bienes electrónicos (considérense, acota el suscrito autor, las avalanchas de compradores de todas las clases o estratos sociales, de todo tipo de electrodomésticos y productos tecnológicos, recientemente experimentadas en Colombia con motivo de los días sin IVA). Y un sociólogo puede analizar el consumo de comida fuera de casa o el dinero gastado en productos de lujo. Sin embargo, continúa Smil, la mejor vía para apreciar la distancia recorrida en términos de consumos físicos generales durante la transición de las sociedades tradicionales a las modernas economías, es comparar su movilización o rendimiento de recursos per

cápita (alimentos, materiales de construcción y utensilios y herramientas) (Op. cit. pág. 189) (traducción libre).

Hoy falta una ingente y permanente labor de explicación del paulatino desarrollo del bienestar social, para que los ciudadanos del siglo XXI entendamos los mecanismos y procesos del avance de las sociedades. Más ahora que la informática y las fomentadas redes sociales han mostrado su “poder de rebaño”, es algo que nadie sensato eludiría para evitar el retroceso de la era de las libertades hacia las ingratas épocas del poder generalizado de la fuerza sobre los ciudadanos de a pie.

Confiando en Clío, estas breves y pretenciosas elucubraciones habrán ido en la dirección que sabiamente trazó el profesor Arthur Nussbaum en los años 50 del siglo pasado para su monumental *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, precisando de esta manera el título de su obra “Estudio comparado en el linde del Derecho y de la Economía”.

Ninguno de los logros acá narrados hubiera sido posible, ni alcanzadas las cotas de bienestar creciente experimentadas por la humanidad, sin la avasalladora e imparable irrupción del mundo moderno frente a los mundos antiguos y premodernos de todos los continentes, y la consolidación de los indispensables cuerpos jurídicos reguladores de tamaña evolución social.



Conceptos

CONCEPTO NÚMERO 1

Consulta exportador autorizado agencia de aduanas

Fecha:

7 de abril de 2021

Problema jurídico:

¿Para acogerse a los beneficios de la desgravación arancelaria es posible que un importador colombiano, en la importación de productos provenientes de la Unión Europea, cuando el proveedor no ostenta la calidad de exportador autorizado, pero el fabricante que es también de la Unión Europea si tiene esa condición, acreditar el origen de las mercancías con otros documentos?

Regla:

El artículo 19 del Anexo II del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, establece la posibilidad de la emisión de un certificado de circulación de mercancías EUR.1 con base en la prueba de origen emitida previamente. Cuando los productos originarios se coloquen bajo control de una autoridad aduanera de la Unión Europea o de algún País Andino signatario del Acuerdo será posible reemplazar la prueba de origen inicial por una o más certificados de circulación de mercancías EUR.1 con el fin de enviar la totalidad o alguno de dichos productos a algún lugar dentro de la UE o de los Países Andinos signatarios.

Concepto

1. Se consulta a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales ("OALI") la posibilidad de que la condición de exportador autorizado del fabricante permita que el proveedor que no cuenta con esta condición pueda obtenerla, ya que, es miembro perteneciente a la Unión Europea y obtuvo en la factura comercial la nota de exportador autorizado del fabricante y así mismo que el importador de Colombia pueda acogerse a la desgravación arancelaria siguiendo el anexo II del Acuerdo Comercial.

2. De acuerdo con los términos de su consulta, esta Oficina entiende que los hechos que la fundamentan son los siguientes:

a. País de origen: Polonia.

Procedencia: Hamburgo.

Fabricante: Polonia

Proveedor: Francia, sin calidad de proveedor autorizado.

Subpartida: 6911100000

b. El fabricante de Polonia al momento de realizar la venta al proveedor de Francia indica la Nota de Exportador autorizado en la factura comercial; ¿Es posible que el proveedor de Francia incluya en la factura de venta al importador en Colombia esta nota para acogerse a los beneficios de la desgravación?

c. Favor notar que el fabricante de Polonia no puede hacer EUR.1 porque es un exportador autorizado por la aduana, entonces ésta exonera de hacer EUR.1. A cambio han agregado una mención especial en sus documentos que tiene el mismo valor que el EUR.1, ¿A pesar de ser un exportador autorizado puede solicitar EUR.1?

d. Para que el importador de Colombia pueda acogerse a la desgravación arancelaria, ¿Qué alternativas hay, teniendo en cuenta que el proveedor no cuenta con calidad de exportador autorizado pero el fabricante si cuenta con esa calidad?

3. Antes de responder a su solicitud, nos permitimos aclarar que no tenemos la competencia de pronunciarnos frente a hechos particulares. Lo anterior, pues los conceptos emitidos por las autoridades, primero, carecen de fuerza vinculante y, segundo, no tienen como objetivo la decisión de casos específicos.

4. Así, en el marco de nuestras competencias, podemos adelantar una valoración en

abstracto, es decir, una valoración sobre la interpretación de una disposición, o una serie de instrumentos normativos, frente a una hipótesis; no respecto de un evento específico[1]

Luego de esta claridad pasaremos a responder su inquietud.

5. El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una Parte y Colombia, Perú y Ecuador por otra, establece en las disposiciones contenidas en el Anexo II "Relativo a la Definición de Productos Originarios", la definición de Productos Originarios, el concepto de acumulación como de productos totalmente obtenidos, suficientemente elaborados o transformados, operaciones de elaboración o transformación suficiente, entre otros.

6. El Anexo II "Relativo a la Definición del Concepto de Productos Originarios y Métodos para la Cooperación Administrativa" del Acuerdo, establece en el numeral 1 del Artículo 15, como requisitos a las importaciones que se acojan a los beneficios del Acuerdo, la presentación bien sea de un Certificado de Circulación de Mercancías EUR.1 o la presentación de una declaración en factura para los casos señalados en el Artículo 20.

7. En este sentido, el Acuerdo establece claramente que para probar el origen de la mercancía se debe presentar de conformidad con la legislación aduanera de la Parte importadora, el Certificado de Circulación de Mercancías EUR.1 "o" una declaración en factura, es decir, la presentación del Certificado EUR.1 exceptúa la presentación de la declaración en factura y viceversa.

8. El artículo 16 del Anexo II del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, es claro en señalar que las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora emitirán un certificado de circulación de mercancías EUR.1 a solicitud escrita del exportador o de su representante autorizado bajo la responsabilidad del exportador.

9. En el párrafo 2 del mismo artículo, establece que el exportador que solicita la emisión de un certificado de circulación de mercancías EUR.1 debe estar preparado para presentar en cualquier momento, a solicitud de las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora donde se emite el certificado de circulación de mercancías EUR.1 todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originario de los productos que se exportan, así como

el cumplimiento de los demás requisitos del Anexo II.

10. Por su parte las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora que emitan los certificados de circulación de mercancías EUR.1, tomarán las medidas necesarias para verificar la condición de originarios de los productos y el cumplimiento de los demás requisitos del Anexo II.

11. Con fundamento en lo anterior, las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora emitirán el certificado de circulación de mercancías EUR.1 y dicho certificado se pondrá a disposición del Exportador tan pronto como se efectúe o garantice la exportación efectiva.

12. En tanto que la otra prueba de origen establecida bajo este Acuerdo Comercial, es decir, la «declaración en factura» puede ser expedida por: i) un exportador autorizado o ii) cualquier exportador respecto a un envío consistente en uno o más bultos que contengan productos originarios cuyo valor total no exceda de € 6.000.

13. En el párrafo del artículo 20 sobre "Condiciones para expedir una declaración en factura", se señala que el exportador que expide una declaración en factura estará preparado para presentar en cualquier momento a solicitud de la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte exportadora, todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originarios de los productos correspondientes, así como los demás requisitos del Anexo II.

14. En el párrafo 6 del mismo artículo, se indica que el exportador podrá expedir una declaración en factura cuando los productos a los que hace referencia se exportan o después de la exportación, siempre que se presente en la Parte importadora a más tardar dos años después de la importación de los productos a los cuales hace referencia en la factura.

15. Hasta aquí la OALI se percata que, en el Acuerdo Comercial, el que solicita o expide la prueba de origen es el exportador y que no se diferencia entre el exportador y el productor del bien a exportar, que entendemos en la práctica comercial puede coincidir, más no necesariamente. En todo caso, el exportador sea el productor o no del bien a exportar es el llamado a solicitar a la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte Exportadora la emisión del certificado

de circulación de mercancías EUR.1 y a su vez esta autoridad tendrá la facultad de solicitar al exportador, todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originaria de los productos y que demuestren el cumplimiento de los demás requisitos del Anexo II. A su vez, respecto a la declaración en factura, el artículo 20 del Anexo II señala que el exportador que expide la declaración en factura es el llamado a presentar en cualquier momento a solicitud de la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte exportadora, todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originarios de los productos, así como de los demás requisitos del Anexo.

16. Como primera conclusión, los productos originarios de la unión europea al importarse a los Países Andinos signatarios, se beneficiarán del Acuerdo Comercial presentando, de conformidad con la legislación interna de la Parte importadora, un certificado de circulación de mercaderías EUR.1 en los casos señalados en el artículo 20 párrafo 1 una declaración emitida por un exportador en una factura (en adelante «declaración en factura»), una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación. Las Partes señalaron que el certificado EUR.1 debe ser solicitado por el exportador, y la declaración en factura debe ser emitida por el exportador.

17. Según la definición de la Real Academia de la Lengua, las palabras “exportación” y “exportador” significa: “exportación” Del lat. exportatio, -ōnis. 1. f. Acción y efecto de exportar. 2. f. Conjunto de mercancías que se exportan.” Y “exportador” 1. adj. Que exporta. U. t. c. s.

18. En ese sentido, se entiende que el que realiza la acción de exportar debe sin importar su calidad (intermediario, proveedor, productor del bien que se exporta), según lo establece el artículo 26 del Anexo II, además de solicitar a la autoridad competente o aduanera de la Parte exportadora la emisión de un certificado de circulación de mercancías EUR.1, o el exportador que emite una declaración en factura, ya sea porque ostenta la calidad como exportador autorizado, o porque el envío consistente en uno o más bultos que contengan productos originarios cuyo valor total no exceda de € 6.000, reiteramos, debe conservar o mejor dicho está obligado a conservar los documentos soporte listados en los artículos 26 y artículo 27 subsiguiente del Anexo II.

19. Ahora bien, el artículo 19 del Anexo II, estableció o reguló la posibilidad de la emisión de un certificado de circulación de mercancías EUR.1 con base en una prueba de origen emitida previamente, según la cual:

“Cuando los productos originarios se coloquen bajo control de una autoridad aduanera de la Unión Europea o de algún País andino signatario será posible reemplazar la prueba de origen inicial por una o más certificados de circulación de mercancías EUR.1 con el fin de enviar la totalidad o alguno de dichos productos a algún lugar dentro de la UE o de los Países Andinos signatarios. Los certificados de circulación de mercaderías EUR.1 sustitutos serán emitidos por las autoridades competentes o autoridad aduanera de la Parte Exportadora, en este último caso, bajo cuyo control se encuentre el producto”

20. De la lectura de la disposición transcrita se colige que, para una mercancía sobre la cual ya se expidió un Certificado de Circulación de Mercancías EUR.1 o una declaración en factura, es posible reemplazar esa prueba de origen por una nueva, en este caso un certificado de circulación de mercancías EUR.1, con el fin de enviar dichos productos a algún lugar de la Unión Europea, el único requisito o condición es que el producto se coloque bajo control de la autoridad aduanera. Entenderíamos que esta posibilidad a la que se refiere el artículo 19 del Anexo II, se presenta cuando algún País Miembro de la Unión Europea es la Parte receptora o el importador de dichos bienes, por eso la exigencia de que la mercancía este bajo control aduanero y la posibilidad de reemplazar la prueba de origen ocurre cuando se pretenda enviar todo o parte de los productos que se importaron a otros lugares dentro de la Unión Europea acompañados de los respectivos certificados de circulación de mercaderías EUR:1.

21. Para la situación que plantea en la comunicación, la opinión de la OALI es que no le sería aplicable la regla contenida en el artículo 19 del Anexo II transcrita, en la medida que lo descrito en la norma como se explicó, sucede cuando una mercancía se va a exportar con destino a la UE, o algunos de los Países Andinos signatarios, pero debe permanecer bajo control aduanero y sobre la misma se emitirá una o varias certificaciones de circulación de mercancías EUR.1 según el caso.

22. Ahora bien, para el caso de consulta, si el producto es originario y producido en uno

de los países miembro de la Unión Europea, cumple con la regla de origen y con los demás requisitos establecidos en el Anexo II del Acuerdo, sin embargo, independientemente de que el productor sea un exportador autorizado y este a su vez haya enviado el producto al lugar del proveedor donde se realizará la exportación, la declaración en factura a la luz del artículo 26 del Anexo II, será uno de los documentos que el exportador deberá presentar a la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte Exportadora, que le servirá de fundamento para la solicitud del Certificado de Circulación de Mercadería EUR.1, claro, si el producto(s) a exportar supera(n) el valor de € 6.000. Si no supera ese valor, el exportador en Francia podrá emitir una declaración en factura en los términos establecidos en el artículo 20 del Anexo II.

23. Lo anterior, con fundamento en lo señalado en el artículo 26 del Anexo II del Acuerdo Comercial el cual dispone lo siguiente:

“Los documentos a los que se hace referencia en los artículos 16, párrafo (3) y 20 párrafo (3) que sirvan para probar que los productos amparados por un certificado de circulación de mercaderías EUR.1 o una declaración en factura pueden considerarse productos originarios de una Parte y cumplen con los demás requisitos de este Anexo podrán consistir en los siguientes:

(a) prueba directa de las operaciones efectuadas por el exportador o proveedor para obtenerlas mercancías en cuestión que figure, por ejemplo, en su contabilidad o libros internos;

(b) documentos que prueben la condición de originarios de los materiales utilizados, emitidos o expedidos en la Unión Europea o en los Países Andinos signatarios, siempre que estos documentos se utilicen de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales;

(c) documentos que prueben la elaboración o transformación de los materiales en la Unión Europea o en los Países Andinos signatarios cuando estos documentos se utilicen de conformidad sus respectivas legislaciones nacionales.

(d) Certificados de circulación de mercancías EUR.1 o declaraciones en factura que prueben la condición de originarios de los materiales utilizados, emitidos, expedidos en una Parte de conformidad con el Anexo II.”

Conclusiones

24. En relación con la primera pregunta, sobre la posibilidad de que un proveedor en un país distinto al del origen de la mercancía, pero dentro del bloque europeo, incluya en la factura de venta al importador en Colombia esta nota para acogerse a los beneficios de la desgravación, consideramos que a la luz de lo establecido en los artículos 16 y 20 del Anexo II del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, no pareciera posible, ya que, es el exportador es el llamado a emitir la prueba de origen. Quien si por alguna razón no contara con la calidad de exportador autorizado, el procedimiento señalado en el Acuerdo es que debe solicitar a la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte Exportadora, que respecto a esa mercancía, le emita un certificado de circulación de mercaderías EUR.1, claro está, si el producto tiene un valor superior a € 6.000, de lo contrario, si es un valor menor, el exportador de la mercancía, sin importar si tiene o no la calidad de exportador autorizados, deberá emitir una declaración en factura, en los términos señalado en el artículo 20 del Anexo II.

25. En relación con la segunda pregunta, de acuerdo con lo establecido en los artículos 16 y 20 del Anexo II del Acuerdo Comercial, si el fabricante no es la persona que va a exportar el bien, no es el sujeto señalado en

el acuerdo como el responsable de solicitar la prueba de origen a la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte Exportadora y tampoco a pesar de su calidad de exportador autorizado sería el llamado a emitir la declaración en factura.

26. Frente a la tercera pregunta, para que el importador de Colombia pueda acogerse a la desgravación arancelaria, ¿Qué alternativas hay, teniendo en cuenta que el proveedor no cuenta con calidad de exportador autorizado pero el fabricante si cuenta con esa calidad? La única alternativa que existe en el Acuerdo es que el exportador, aquella persona encargada de realizar los trámites y operación de exportación, solicite a la autoridad competente o autoridad aduanera de la Parte exportadora, que le sea emitido un certificado de circulación de mercaderías EUR.1, con fundamento en toda la información que se encuentra relacionada a en los artículos 16 y 26 del Anexo II

27. Finalmente, se reitera que la Oficina asuntos legales internacionales no está habilitada para definir situaciones particulares. Así que este concepto se limita a valorar la interpretación de una serie de instrumentos normativos frente a una hipótesis; no respecto de un caso específico.

28. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas

en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

[1] Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia de 15 de marzo de 2007, radicación No. 1801, C.P. Gustavo Aponte Santos: "En relación con los conceptos (...) No son, en estricto sentido, actos administrativos de contenido particular, pues no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues estos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley (...) La competencia de las autoridades está limitada a conceptuar en relación con las materias a su cargo, por lo que carece de facultad para hacerlo aún en relación con temas conexos a las mismas, y menos aún para interpretar por vía general la ley" (énfasis añadido).



Confidencialidad sobre los datos del productor de una mercancía en el Certificado de Origen para acceder al trato arancelario preferencial previsto en los Tratados de Libre Comercio celebrados entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, entre la República de Colombia y Canadá, y entre la República de Colombia y Corea del Sur.

Problema Jurídico:

¿Son confidenciales los datos del productor de la mercancía en los Certificados de Origen emitidos en el marco de lo dispuesto en los Tratados de Libre Comercio celebrados entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; entre la República de Colombia y Canadá; y entre la República de Colombia y Corea del Sur?

Regla:

En el marco de lo dispuesto en los Tratados de Libre Comercio celebrados entre la República de Colombia y los Estados de Canadá, Corea del Sur y Estados Unidos de América, y las normas que los desarrollan, las autoridades aduaneras de los países de importación requieren la identificación del productor y de su ubicación. En el caso del Acuerdo entre Colombia y Estados Unidos, el Artículo 67 del Decreto 730 de 2012 señaló que la información del productor es uno de los requisitos que deben ser incorporados en la certificación de origen, complementando así el listado señalado en el artículo 4.15 del Acuerdo. En cuanto a los Tratado de Libre Comercio suscritos por Colombia con Canadá y Corea del Sur, las instrucciones de diligenciamiento del Certificado de Origen contenidas en los respectivos Acuerdos indican que se debe diligenciar tanto el nombre del productor como su dirección; no obstante, en caso de que se desee mantener esa información confidencial, se podrá indicar que la misma está “disponible a solicitud de las autoridades competentes”.

Concepto

1. Acuerdo de Promoción Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia con los Estados Unidos (en adelante APC)

Conforme con lo establecido en el Artículo 10 del Decreto 210 de 2003, es función de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI), entre otras, la de asesorar al Ministro, a los Viceministros y a las Direcciones del Organismo en la aplicación e interpretación de la normatividad internacional relacionada con la misión del Ministerio, en ese sentido nos referiremos al análisis respecto al Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, el Tratado de Libre Comercio celebrado entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Colombia y el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Colombia.

2. En términos generales toda mercancía que se pretende importar al territorio colombiano deberá cumplir con la totalidad de los requisitos y exigencias establecidas para una importación en la legislación aduanera vigente en Colombia, es decir, el Decreto 1165 de 2019, cuya interpretación es de competencia privativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

3. En ese sentido si lo que se pretende es acceder un trato arancelario preferencial bajo el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos (APC), la declaración de importación deberá estar acompañada de una certificación escrita o electrónica emitida por el importador, exportador o productor, o en el conocimiento del importador de que la mercancía es originaria, incluyendo la confianza

razonable en la información que posee el importador respecto del origen de la mercancía.

4. El Certificado de Origen en el APC con Estados Unidos puede ser elaborado en cualquier formato siempre y cuando incluya, como mínimo los siguientes elementos, enunciados en el artículo 4.15 del Acuerdo:

“... (a) El nombre de la persona certificadora, incluyendo cuando sea necesario, información de contacto su otra información de identificación; (b) Clasificación arancelaria bajo el Sistema Armonizado y una identificación de la mercancía; (c) Información que demuestre que la mercancía es originaria; (d) Fecha de la certificación; y (e) En el caso de una certificación para múltiples embarques, emitida conforme al párrafo 4 b), el periodo que cubre el certificado (...)”

5. En virtud del artículo 4.15, la Certificación de Origen debe incluir dichos elementos, pero no se limita a los mismos. En ese sentido, como en el artículo 4.15 se indicó que las Partes están autorizadas para fijar otros elementos adicionales a los mencionados, el Gobierno de la República de Colombia estableció, además de la obligación de emitir un formato como el sugerido en el APC, otros elementos adicionales a los señalados en el artículo 4.15 transcrito, indicados en el artículo 67 del Decreto 730 de 2012 de implementación del este Acuerdo, dentro de los cuales se encuentra el literal a) **el nombre o razón social y dirección del productor y de ser conocido el teléfono y correo electrónico del mismo.**

6. Así, el artículo 67 del Decreto 730 de 2012, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 67°. Certificación de Origen. Cuando una certificación de origen sea la

base de la solicitud de tratamiento arancelario preferencial, la certificación de origen puede ser completada por el productor, exportador o importador de la mercancía. Dicha certificación no requerirá un formato preestablecido, siempre que contenga la siguiente información:

El nombre o razón social y dirección del productor y de ser conocido el teléfono y correo electrónico del mismo.

El nombre o razón social Y dirección del exportador si es diferente al productor; así como el número de teléfono Y correo electrónico del exportador de ser conocidos;

El nombre o razón social Y dirección del importador, así como el número de teléfono y correo electrónico si son conocidos. Si la persona que emite la certificación es el productor de la mercancía no está obligado a consignar esta información.

Descripción de la mercancía, que debe ser suficientemente detallada para relacionarla con la(s) factura(s) Y la nomenclatura del Sistema Armonizado;

Clasificación de la mercancía en la nomenclatura colombiana;

Regla o criterio de origen que cumple la mercancía, incluyendo, si fuera el caso, la especificación del cambio de clasificación arancelario o el método y valor de contenido regional que cumple la mercancía.

Número y fecha de la(s) factura(s), cuando se trate de una certificación para un solo embarque;

País de origen

Declaración juramentada en que incluya: La aceptación de su responsabilidad respecto a la veracidad y exactitud de la información que contiene el certificado de origen; El compromiso de mantener los documentos necesarios para sustentar la certificación; la obligación de informar por escrito a todas las personas a quienes el certificado fue entregado acerca de cualquier cambio que podría

afectar la exactitud o validez del mismo; la certificación de que las mercancías cumplen con los requisitos de origen del Acuerdo; y el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo en materia de tránsito y transbordo, en el caso de las certificaciones emitidas por el importador.

(g) en el caso de una certificación para múltiples embarques, emitida conforme al literal b) del párrafo segundo del presente artículo, el período que cubre la certificación.

(h) nombre, firma, la información de contacto de la persona que certifica y fecha de la certificación.

PARÁGRAFO PRIMERO. Una certificación del productor o exportador de la mercancía podrá llenarse sobre la base de: (a) el conocimiento del productor o exportador de que la mercancía es originaria; o (b) en el caso de un exportador, la confianza razonable en la certificación escrita o electrónica del productor de que la mercancía es originaria.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Una certificación de origen podrá aplicarse: (a) un solo embarque de una mercancía al territorio de Colombia o los Estados Unidos de América; o (b) múltiples embarques de mercancías idénticas, dentro de cualquier período establecido en la certificación escrita o electrónica, que no exceda los 12 meses a partir de la fecha de la certificación.”

7. La norma transcrita establece los elementos adicionales que deberá contener la prueba de origen bajo el APC con Estados Unidos, si presenta una certificación escrita, dentro del cual se encuentra el indicar la identificación del productor, la dirección y, de ser conocido, el teléfono y correo electrónico del mismo.

8. Luego de revisar detalladamente el contenido del Acuerdo no se observa ninguna referencia o mención que indique que la información sobre el productor sea de carácter confidencial. En ese sentido, **esta Oficina no considera que en el Acuerdo con Estados Unidos se haya establecido como confidencial la identificación del productor.** Esto puesto que, dado que las Partes estaban el libertad de agregar otros elementos del Certificado de Origen adicionales a los descritos en el Artículo 4.15 del Capítulo Cuarto del APC, la información del productor fue incorporada como requisito a indicar en dicha certificación en virtud de lo previsto en el literal a) del Artículo 67 del Decreto 730 de 2012.

9. Respecto a su inquietud sobre si el Certificado de Origen no indica la identificación del productor y en cuanto a la validez del

mismo, en el Acuerdo se observa que en el Capítulo Cuarto, para que una mercancía sea considerada como originaria bajo el APC vigente entre Colombia y los Estados Unidos, el importador debe cumplir con todos los requisitos que establece el Capítulo de Origen y sus Anexos, entre los cuales se destacan no solo las normas de origen, sino también los procedimientos y requisitos establecidos en el Capítulo. En caso dado que, la solicitud de tratamiento preferencial se haga con base en un Certificado de Origen, el mismo debe cumplir con los requisitos establecidos y desarrollados por las Partes con base en el artículo 4.15 que comprende, desde luego, los elementos establecidos por Colombia en el artículo 67 del Decreto 730 de 2012.

10. Pero las Partes acordaron incluir **como obligación respecto de las exportaciones, una previsión respecto a la validez del Certificado de Origen.** En ese sentido, en el artículo 4.20 se dispuso que:

“... cuando un exportador o un productor en su territorio haya proporcionado un Certificado de Origen y tenga razones para creer que el Certificado de Origen contiene o está basado en información incorrecta, el exportador o productor notificará prontamente por escrito cualquier cambio que pudiera afectar la exactitud o validez del Certificado de Origen a todas las personas a quienes el exportador o productor haya proporcionado el Certificado de Origen (...)

11. En nuestra opinión si el Certificado de Origen tuviese algún error o le faltase algún tipo de información, el exportador está obligado a reportarlo por escrito y a la brevedad, esto con el propósito que el Certificado de Origen **no pierda validez.** Lo dispuesto en el Párrafo 2 del artículo 4.20 indica que acarreará una sanción al importador, si el Certificado de Origen fue objeto de aclaración por parte del exportador luego de la intervención de la autoridad aduanera, es decir, si no lo hace voluntariamente.

12. Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Colombia y Canadá.

En el Tratado del Libre Comercio celebrado con Canadá, el Capítulo Cuarto sobre “Procedimientos de Origen y Facilitación del Comercio” estableció la denominada auto certificación, en la cual se certifica que una mercancía que se exporte del territorio de una Parte al territorio de la otra Parte califica como mercancía originaria.

13. La Partes, además de lo anterior, en cuanto a la expedición del Certificado de Origen dispusieron lo siguiente:

“2. Cada Parte permitirá que el Certificado de Origen sea presentado a su respectiva autoridad competente en inglés, francés o español. No obstante, cada Parte podrá exigir al importador que presente una traducción del Certificado de Origen a un idioma exigido por su legislación nacional.

3. Cada Parte:

(a) exigirá a un exportador en su territorio que diligencie y firme un Certificado de Origen para cualquier exportación de una mercancía para la cual un importador pueda solicitar trato arancelario preferencial en el momento de la importación de la mercancía en el territorio de la otra Parte; y

(b) dispondrá que, cuando un exportador no sea el productor de la mercancía en su territorio, el exportador podrá diligenciar y firmar el Certificado de Origen sobre la base de: su conocimiento respecto de si la mercancía califica como una mercancía originaria, basado en información que está en poder del exportador.

su confianza razonable en la declaración escrita del productor de que la mercancía califica como originaria.

un Certificado de Origen diligenciado y firmado para la mercancía, voluntariamente proporcionado al exportador por el productor.”

14. Las Partes acordaron una serie de alternativas respecto a la expedición del Certificado de Origen dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de que el productor proporcione al exportador una certificación de origen diligenciada y firmada por él, **así mismo señala que cuando el exportador no sea el productor,** éste último puede emitir el Certificado de Origen sobre la base de su conocimiento respecto de si la mercancía califica como una mercancía originaria, basado en la información que está en su poder y cuenta con la confianza razonable en la declaración escrita del productor de que la mercancía es originaria.

15. Luego de lo dispuesto en el Tratado de Libre Comercio con Canadá, no se puede afirmar que la información del productor sea confidencial. Es más, en nuestra opinión, del artículo 401 del Capítulo Cuarto, se desprende que cuando el exportador no es el productor, debe contar con una declaración del productor de que la mercancía es originaria y con base en esta certificación decide emitir el Certificado de Origen.

16. Lo anterior es el reflejo de lo señalado en el Circular No. 24 del 3 de agosto de 2011,

que estableció un formato de Certificado de Origen, en el cual se cuenta con una casilla (campo 3) que en su instructivo de diligenciamiento señala:

“Campo 3: Si existe un solo productor, indique el nombre legal completo, la dirección (incluyendo la dirección y el País) el número de teléfono, el número del fax y la dirección de correo electrónico de dicho productor. Si en el certificado se incluye a más de un productor, señale varios y adjunte la lista de todos los productores incluyendo sus razones sociales, direcciones (incluyendo la ciudad y el país) número de teléfono, número de fax y direcciones de correo electrónico haciendo referencia la(s) mercancía(s) descrita(s) en el campo 5, si desea que esta información se mantenga confidencial, puede anotar DISPONIBLE A SOLICITUD DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES”. (Negrita fuera de texto). (...)

17. De la lectura del instructivo de diligenciamiento del formato del Certificado de Origen del tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, se observa que la información sobre **la identificación del productor es de vital importancia al punto que**, si el exportador que no es el productor desea mantener esa información como confidencial, debe expresarlo con la indicación de que estará **disponible cuando la autoridad aduanera lo requiera**.

18. La información sobre la identificación y ubicación del que produce la mercancía objeto de solicitud de tratamiento arancelario preferencial, es de vital importancia para la autoridad aduanera del país de importación, al punto que las Partes acordaron incluir como una de las obligaciones respecto de las exportaciones (Artículo 404) la de que a solicitud de la autoridad competente, un exportador en su territorio **o un productor en su territorio que haya proporcionado un Certificado de Origen a ese exportador** de conformidad con el subpárrafo 3 (b) (iii) del Artículo 401, proporcionará una copia del Certificado de Origen a esa autoridad competente.

19. Además porque en caso de adelantar el procedimiento señalado en el artículo 406 del capítulo Cuarto, para que la autoridad aduanera pueda determinar que una mercancía importada a su territorio proveniente del territorio de la otra Parte, califica como una mercancía originaria, le está permitido llevar a cabo la verificación de tal circunstancia ya sea por medio de cartas de verifi-

cación, cuestionarios escritos o visitas de verificación a las instalaciones del exportador o del productor de la mercancía en el territorio de la otra Parte. Esto significa que la autoridad podrá requerir e incluso visitar las instalaciones de uno u otro, e inclusive ambos. La circunstancia descrita en el párrafo 18 del artículo 406 del Acuerdo nos permite concluir tal posibilidad:

“...18. Cuando en la realización de una verificación de origen de una mercancía importada en su territorio de conformidad con este Artículo, una Parte realice una verificación de origen de un material que es usado en la producción de la mercancía, la Parte efectuará la verificación de origen del material de conformidad con los procedimientos dispuestos en los párrafos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 20 (...).”

20. En este Acuerdo, a diferencia del APC con Estados Unidos, las Partes señalaron respecto a la falta de diligenciamiento del Certificado de Origen, en el artículo 402 “obligaciones respecto de las importaciones”, que en caso de que la autoridad aduanera de la Parte importadora determine que el Certificado de Origen no ha sido diligenciado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401, se debe garantizar que al importador “*le sea otorgado un período no menor a cinco días hábiles para proporcionar a la autoridad Competente un Certificado de Origen corregido.*”

21. Así mismo, y respecto a la validez del Certificado de Origen por no contener los requisitos del artículo 401, es importante tener en cuenta que, en el tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, se acordó como **una obligación respecto a las exportaciones que:**

“Artículo 404: Obligaciones Respecto de las Exportaciones

(...) (b) cuando un exportador o un productor en su territorio haya proporcionado un Certificado de Origen y tenga razones para creer que el Certificado de Origen contiene o está basado en información incorrecta, el exportador o productor notificará prontamente por escrito cualquier cambio que pudiera afectar la exactitud o validez del Certificado de Origen a todas las personas a quienes el exportador o productor haya proporcionado el Certificado de Origen; y (...)

... 2. Cada Parte podrá aplicar las medidas que las circunstancias ameriten cuando un exportador o un productor en su territorio no cumpla con cualquiera de los requisitos de este Capítulo.”

22. Por lo tanto, en nuestra opinión, al igual que el Acuerdo con Estados Unidos, consideramos que, incluso luego de ser requerido por la autoridad competente, si el Certificado de Origen tuviese algún error o le faltase algún tipo de información, el exportador está obligado a reportarlo por escrito y a la brevedad, esto con el propósito de que el Certificado de Origen no pierda validez. Lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo transcrito, indica que se acarreará una sanción al importador, si el Certificado de Origen fue objeto de aclaración por parte del exportador luego de la intervención de la autoridad aduanera, es decir, si no lo hace voluntariamente.

23. Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y La República de Corea

En el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Corea, se estableció en el la sección B del capítulo tres la regulación concerniente a los “Procedimientos de Origen”. Allí se dispone que para que una mercancía sea tratada como originaria y sea elegible para trato arancelario preferencial, deberá ser soportada por un Certificado de Origen (artículo 3.18). Respecto a su contenido establecer que:

*“... 2. El certificado de origen deberá **ser diligenciado y firmado por el exportador o productor** y deberá:*

(a) especificar que las mercancías descritas son originarias;

(b) estar en un formato impreso o en cualquier otro medio, incluso el formato electrónico; y

(c) ser completado en inglés de conformidad con el espécimen y las instrucciones establecidas en el Anexo3-B, el cual podrá ser modificado por acuerdo entre las Partes. No obstante, si llega a ser necesario para los procedimientos de revisión de acuerdo con el Artículo 4.10 (Revisión y Apelación), cada Parte podrá exigir que el importador presente una traducción del certificado de origen en el idioma requerido por su legislación.

3. Cuando un exportador en su territorio no sea el productor de la mercancía, el exportador podrá diligenciar y firmar el certificado de origen con base a:

(d) su conocimiento que la mercancía califica como una mercancía originaria; o

(e) el certificado de origen, o una declaración escrita de que la mercancía califica como originaria, entregada por el productor.

4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como requerimiento del productor que no es el exportador de la mercancía, de

proveer un certificado de origen, o una declaración por escrito de que la mercancía es originaria.

La anterior opinión se brinda en los términos de lo establecido en el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, reformada por la Ley 1755 de 2015, y no implica obligatoriedad alguna, así como tampoco puede interpretarse como asesoría legal de ningún tipo.” (Subrayado nuestro).

24. En este Tratado las Partes llegaron al acuerdo de que si el exportador desea diligenciar y firmar el Certificado de Origen, pero no es el productor, puede hacerlo basado en su conocimiento que la mercancía es originaria, o brindando una declaración escrita proporcionada por el productor de que la mercancía es originaria.

25. Lo anterior tiene directa relación con el contenido del formato de Certificado de Origen del Anexo 3-C. En el campo 3 se debe diligenciar el nombre y dirección del productor, teléfono (opcional) y correo electrónico (opcional).

26. En el instructivo del llenado del este formato se estableció lo siguiente:

“Campo 3: Si se trata de un productor, indique su nombre legal completo, dirección (incluyendo ciudad y país), número de teléfono, y dirección de correo electrónico. Si más de un productor está incluido en el Certificado, indique “VARIOS” y adjunte una lista de todos los productores, señalando sus nombres legales, direcciones (incluyendo ciudad y país), números de teléfono y direcciones de correo electrónico y de manera opcional cualquier número de identificación como el código fiscal, relacionándolos con cada mercancía(s) descrita en el Campo 5. Si desea que esta información sea confidencial, es aceptable indicar “DISPONIBLE A SOLICITUD DE LA ADUANA”.

27. Es interesante observar que el instructivo no parece contener la prescripción del campo mismo del formato, al indicar que los datos de teléfono y correo electrónico son opcionales. Lo que si no parece serlo, es la información sobre nombre completo, dirección (incluyendo ciudad y país).

28. Respecto a la validez del Certificado de Origen este Tratado incluyó algunas cláusulas muy particulares como la contenida en el artículo 3.24 sobre Discrepancias y errores de forma, la cual señala:

29. “ARTÍCULO 3. 24: DISCREPANCIAS Y ERRORES DE FORMA

El descubrimiento de ligeras discrepancias entre las declaraciones hechas en el certificado de origen y las formuladas en los documentos presentados ante la autoridad aduanera con el fin de cumplir con las formalidades para la importación de las mercancías, no supondrán ipso facto la invalidez o nulidad del certificado de origen si se comprueba debidamente que este documento efectivamente corresponde a los productos presentados.

Los errores de forma evidentes, tales como los errores de mecanografía, en un certificado de origen, no ocasionarían que dicho documento sea rechazado si se trata de errores que no pueden generar dudas en cuanto a la exactitud de las declaraciones contenidas en dicho documento”. (Subrayado nuestro)

30. De acuerdo con esta disposición, el descubrimiento de ligeras discrepancias entre las declaraciones hechas y las formuladas en los documentos presentados y el Certificado de Origen no supondrá ipso facto su invalidez. Lo que no se define es a qué se refieren con pequeñas discrepancias, pues no se determina el rango o margen de los errores. Sin embargo, en nuestra opinión, la ausencia de información respecto del productor en cuanto a su identificación y su dirección incluyendo el lugar y país donde se encuentra no podría ser calificada de pequeña discrepancia aun cuando se admitiría, por ejemplo, que la información de la dirección no sea exacta ni idéntica a la que aparezca en un documento como puede ser una lista de empaque, orden de pedido o factura. Solo se podrá omitir la información sobre la identificación del productor si se advierte que, en razón de su confidencialidad, la misma estará “DISPONIBLE A SOLICITUD DE LA ADUANA”.

31. Finalmente, el Tratado incluye una cláusula similar a la ya analizada en el APC con Estados Unidos y al TLC con Canadá, en materia de las obligaciones respecto a las exportaciones, la cual menciona lo siguiente en cuanto a la validez del Certificado de Origen:

“ARTÍCULO 3. 22: OBLIGACIONES RESPECTO A LAS EXPORTACIONES

2. Cada Parte dispondrá que un exportador o un productor en su territorio que haya proporcionado un certificado de origen, y tenga razones para creer que el certificado de origen contiene o está basado en información incorrecta, deberá notificar prontamente, y por escrito, a toda persona a quien el exportador

o productor haya proporcionado el certificado de origen de cualquier cambio que pudiera afectar la exactitud o validez del certificado de origen.” (Subrayado nuestro)

32. Al respecto observamos que esta vez no se menciona nada en cuanto a si el exportador o productor lo hace o no voluntariamente, y si no es voluntariamente, acarreará una sanción, de forma que la posibilidad de detectar un error puede ser tanto voluntaria como provocada. Lo que si se exige es que luego de conocer tal inconsistencia o establecer tal convencimiento, es decir cuando crea que la Certificación de Origen está basada en información incorrecta, el exportador o productor debe notificar prontamente y por escrito a toda persona a quien este haya proporcionado la Certificación de Origen de cualquier cambio que pudiere afectar su exactitud o validez.

Conclusión

33. Lo expuesto a lo largo de este escrito, nos conduce a concluir que la información sobre la identificación y ubicación del que produce una mercancía objeto de solicitud de tratamiento arancelario preferencial, bajo el Acuerdo de Libre Comercio vigente entre el Gobierno de Colombia con Canadá y del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia con la República de Corea, así como el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia con el de Estados Unidos, es de vital importancia para la autoridad aduanera del país de importación. Esto por cuanto las autoridades aduaneras de las Partes de los Acuerdos en mención pueden, con el propósito de determinar si una mercancía importada proveniente de otra Parte califica como mercancía originaria, requerir solicitudes escritas al importador, al exportador o al productor.

34. Inclusive, la autoridad aduanera puede adelantar visitas de verificación a las instalaciones del exportador o del productor en el territorio de la otra Parte conjuntamente con la autoridad aduanera de la Parte exportadora para inspeccionar las instalaciones y el proceso productivo de la mercancía y revisar los registros relativos a origen incluyendo los documentos contables.

35. También es cierto que aunque cada uno de estos Acuerdos contienen disposiciones semejantes, cada Acuerdo debe analizarse de manera individual, porque también se encuentran sutiles diferencias, que con respecto a la validez del Certificado de Origen es pertinente tener en cuenta a la hora de desconocer el origen.

36. Finalmente, el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) con Estados Unidos, en cuanto a la obligación de suministrar la información del productor en el Certificado de Origen escrito y electrónico, y al cambio repentino de posición respecto a la exigencia de dicha información, en el sentido que en el año 2012 la Autoridad Aduanera permitía mantener la confidencialidad de la información sobre el productor (si desea que esta información sea confidencial, se acepta indicar "DISPONIBLE A SOLICITUD DE LA ADUANA") no conocemos cual pueda ser la razón para que a partir del año 2017, la autoridad aduanera haya decidido modificar el instructivo en el sentido de establecer como obligatorio indicar en el campo 3 el nombre o razón social, dirección o ciudad, país teléfono y correo electrónico, así como indicar, en caso de que sean varios los productores la referencia a "VARIOS" obligando a adjuntar una lista de cada uno de ellos, con la indicación de la mercancía y los datos mencionados.

37. Al respecto consideramos, desde el punto de vista jurídico, que la información solicitada por la autoridad aduanera en cuanto a la información sobre identificación del productor y su decisión de no considerarla como información confidencial está respaldada o fundamentada en los elementos adicionales que Colombia impuso sobre contenido del Certificado de Origen escrito e incluso electrónico, en lo dispuesto en el artículo 63 del Decreto 730 de 2012 y la Resolución 32 de 2017.

38. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.



CONCEPTO NÚMERO 3

Número del concepto 2-2021-006596

Cobertura de Acuerdo Comercial entre la República de Corea y la República de Colombia.

Fecha:

19 de febrero de 2021

Problema jurídico:

¿Están incluidas la Secretaría de movilidad de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU en la cobertura del acuerdo comercial entre la República de Corea y la República de Colombia?

Regla:

La Secretaría de Movilidad y el IDU no son entidades cubiertas para los propósitos del Acuerdo Comercial vigente entre Colombia y Corea, de acuerdo con el Capítulo 14 y su Anexo 14A, toda vez que no forman parte de la lista de entidades cubiertas por tratarse de entidades que no fueron comprometidas en el Acuerdo textualmente y tampoco se entienden cubiertas ni por su naturaleza jurídica ni por su ubicación en la estructura jerárquica del estado colombiano.

Concepto

Se consulta acerca de la cobertura del Acuerdo Comercial entre la República de Corea y la República de Colombia con respecto a los intereses de una empresa coreana de participar en procesos licitatorios ante la secretaría de movilidad de Bogotá y el IDU, al respecto se efectúa el siguiente análisis:

1. La competencia de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, de acuerdo con los numerales 3 y 11 del artículo 10 del Decreto 210 de 2003, corresponde a la de conceptuar acerca de 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, así como respecto de los proyectos de acuerdos internacionales, leyes, decretos y actos administrativos relacionados con la misión del Ministerio, por lo que confirmamos que la respuesta se emite en el sentido de verificar si las dos entidades consultadas están cubiertas por el acuerdo comercial vigente entre la República de Corea y la República de Colombia.

2. De acuerdo con lo anterior, la normativa que regula su consulta se encuentra prevista en el Capítulo 14 con el respectivo Anexo 14 del Capítulo de Contratación Pública del Acuerdo analizado.

3. Sobre el particular, como antecedentes se encuentra que mediante ley 1747 del 26 de diciembre de 2014 se aprobó el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013. La Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-184 del 14 de abril de 2016, declaró exequible la Ley No. 1747 del 26 de diciembre de 2014 y el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea.

4. Los requisitos legales para la entrada en vigor del Acuerdo se cumplieron por parte de la República de Corea mediante nota verbal KEB/075/14 de mayo de 2014; Colombia lo hizo mediante nota del 15 de junio de 2016, informando sobre el cumplimiento de los procedimientos exigidos por sus ordenamientos jurídicos para poner en vigor el Acuerdo de Libre Comercio, el cual entró en vigor el 15 de julio de 2016.

5. En primer lugar, se debe confirmar con el estándar de aplicabilidad del acuerdo: (i) Que el acuerdo comercial esté vigente, (ii)

Que la entidad contratante esté incluida en el tratado o acuerdo; (iii) Que el valor estimado del proceso de contratación sea superior al valor a partir del cual el tratado o acuerdo es aplicable (umbral), y (iv) Que la contratación no esté excluida del ámbito de aplicación del tratado o acuerdo. Como no se posee mayor información sobre el valor ni si se trata de bienes o servicios en la licitación respectiva, se analizará el primer punto.

6. El primer aspecto referido a la revisión sobre la vigencia del Acuerdo Comercial, se cumple, y por lo tanto, para determinar el segundo estándar relativo a la inclusión de las entidades consultadas en la cobertura del Acuerdo, se revisara el Anexo 14, al Capítulo 14 con la finalidad de determinar si el IDU y en la Secretaria de Movilidad fueron listados o quedaron cubiertos por categoría, sección o nota en el Anexo al Capítulo.

7. En detalle (i) la Secretaria Distrital de Movilidad es un organismo del Sector Central cuya creación legal se estipuló en el artículo 105 del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006 de la Alcaldía de Bogotá, que dispuso la creación de la Secretaria Distrital de Movilidad, y el artículo 108 de la misma normativa, que dispuso que será un organismo del Sector Central con autonomía administrativa y financiera. Es decir que es una entidad que forma parte de la estructura Central de la Alcaldía de Bogotá, (ii) el Instituto de Desarrollo urbano IDU fue creado mediante el Acuerdo 19 de 1972 del Concejo de Bogotá y conforme a los estatutos de la Entidad establecidos en el Acuerdo 001 de 2009, es un Establecimiento Público, con Personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio Independiente, adscrito a la Secretaría Distrital de Movilidad, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

8. Conforme con lo anterior se trata de dos entidades que pertenecen al Nivel Subcentral del Gobierno de Colombia, particularmente al Nivel Municipal, por lo cual al revisar el Anexo 14 en la correspondiente Sección, apreciamos que la lista de Colombia en este Nivel solo Comprometió a las Gobernaciones, conforme a la siguiente lista:

Lista de Colombia:

1. Gobernación del Departamento de Amazonas
2. Gobernación del Departamento de Antioquia
3. Gobernación del Departamento de Arauca

4. Gobernación del Departamento de Atlántico

5. Gobernación del Departamento de Bolívar

6. Gobernación del Departamento de Boyacá

7. Gobernación del Departamento de Caldas

8. Gobernación del Departamento de Caquetá

9. Gobernación del Departamento de Casanare

10. Gobernación del Departamento de Cauca

11. Gobernación del Departamento de César

12. Gobernación del Departamento de Chocó

13. Gobernación del Departamento de Córdoba

14. Gobernación del Departamento de Cundinamarca

15. Gobernación del Departamento de Guainía

16. Gobernación del Departamento de Guaviare

17. Gobernación del Departamento de Huila

18. Gobernación del Departamento de La Guajira

19. Gobernación del Departamento de Magdalena

20. Gobernación del Departamento de Meta

21. Gobernación del Departamento de Nariño

22. Gobernación del Departamento de Norte de Santander

23. Gobernación del Departamento de Putumayo

24. Gobernación del Departamento de Quindío

25. Gobernación del Departamento de Risaralda

26. Gobernación del Departamento de San Andrés y Providencia

27. Gobernación del Departamento de Santander

28. Gobernación del Departamento de Sucre

29. Gobernación del Departamento de Tolima

30. Gobernación del Departamento de Valle del Cauca

31. Gobernación del Departamento de Vaupés

32. Gobernación del Departamento de Vichada.

9. Adicionalmente, al revisar si estas entidades fueron incluidas en la Sección C, relativa a Otras Entidades Cubiertas, encontramos el siguiente detalle en la lista de Colombia:

Lista de Colombia:

1. Agencia Logística de las Fuerzas Militares (Nota 1)

2. Fondo Rotatorio de la Policía Nacional (Nota 1)

3. Instituto de Casas Fiscales del Ejército

4. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

5. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES

6. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

7. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – SPC

8. Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA

10. De acuerdo con lo anterior, el IDU y la Secretaría de Movilidad no están incluidas en la cobertura del Acuerdo Comercial entre la República de Colombia y la República de Corea, ni a Nivel Subcentral, es decir, a nivel de Departamentos y Municipios ni en la Sección C, en la lista de Otras Entidades Cubiertas, como se puede apreciar en las listas del Acuerdo revisado.

11. Al respecto, aclaramos que los proponentes coreanos interesados en acceder a los procesos de compras públicas en Colombia lo pueden realizar sin ninguna limitación, ya que la normativa colombiana lo permite, pero el tratamiento previsto por el Acuerdo Comercial solo puede ser otorgado por las entidades cubiertas por el Acuerdo a los proveedores de Corea en las condiciones y en los términos previstos en el Acuerdo sobre Compras Públicas.

12. En este sentido la Secretaria de Movilidad y el IDU no son entidades cubiertas para los propósitos del Acuerdo Comercial vigente entre Colombia y Corea, de acuerdo con el Capítulo 14 y su anexo 14, toda vez que no forman parte de la lista de entidades cubiertas ni por su naturaleza jurídica ni por su ubicación en la estructura jerárquica del estado colombiano.

13. Finalmente, los conceptos emitidos por las autoridades, primero, carecen de fuerza vinculante y, segundo, no tienen como objetivo la decisión de casos específicos. Así, en el marco de nuestras competencias, adelantamos una valoración en abstracto, es decir, una valoración sobre la interpretación de una disposición, o una serie de instrumentos normativos, frente a una hipótesis; no respecto de un evento específico

Conclusiones

14. La Secretaria de Movilidad y el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU no están cubiertas para los propósitos del Acuerdo Comercial vigente entre Colombia y Corea, de acuerdo con el Capítulo 14 y su anexo 14, toda vez que no forman parte de la lista de entidades cubiertas ni por su naturaleza jurídica ni por su ubicación en la estructura jerárquica del estado colombiano.

15. A la luz de la normativa interna, los proponentes coreanos interesados en acceder a los procesos de compras públicas en Colombia lo pueden realizar sin ninguna limitación, pero el tratamiento previsto por el Acuerdo Comercial, solo puede ser otorgado por las entidades cubiertas por el Acuerdo en las condiciones y en los términos previstos en el Acuerdo sobre Compras Públicas referido.

16. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (nu-

meral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.



A photograph of graduates in white gowns and caps, seen from behind, with their arms raised in celebration. The scene is dimly lit, with a bright light source from the side creating a silhouette effect and highlighting the texture of the gowns. The background is dark and out of focus, suggesting an indoor graduation ceremony.

CONCEPTO NÚMERO 4

Opinión sobre el Concepto C-156 de 2020 de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente

Fecha:

24 de noviembre de 2020

Problema jurídico:

¿La exigencia del proceso de convalidación de títulos para la contratación pública de servicios profesionales desconoce los compromisos de comercio internacional asumidos por Colombia en el plano multilateral y bilateral?

Regla:

Teniendo en cuenta que Colombia no es Parte del Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública y que las compras públicas escapan del ámbito de aplicación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, la exigencia del proceso de convalidación no resultaría contraria a los compromisos multilaterales de Colombia ante la OMC. En el plano bilateral, la exigencia de convalidación tampoco incumple los compromisos asumidos por Colombia en el Acuerdo Comercial vigente con los Estados Unidos de América ya que esta aplica tanto para los proveedores extranjeros como para los nacionales, respetando así, de iure, la obligación de trato nacional prevista para las compras públicas en el Capítulo 9 del Acuerdo.

Concepto

1. Se solicita a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (“OALI”) que exprese su entendimiento sobre el concepto C-156 de 2020 emitido por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (CEE), al respecto a continuación el respectivo análisis.

2. CCE, en el concepto bajo consideración, absolvió dos preguntas formuladas por el solicitante en relación con la contratación por una entidad estatal de servicios profesionales, a saber:

“¿Se deben allegar los títulos de pregrado y posgrado otorgados en el exterior convalidados, o en caso contrario la entidad puede aceptar los títulos conforme lo indica la circular única de Colombia Compra Eficiente?; En caso de que la respuesta sea la segunda opción, ¿Cuál es el procedimiento o requisitos por parte de la entidad para la revisión del título?”

3. Como consideración preliminar, CCE definió el contrato de prestación de servicios siguiendo el artículo 32(3) de la Ley 80 de 1993. Sobre el particular, aclaró que éste era un contrato típico y que, para las entidades estatales, su contratación debía adelantarse vía contratación directa, independientemente de su cuantía y del tipo de servicio profesional (artículo 2.4(h) de la Ley 1150 de 2007).

4. También señaló, entre otros, que estos contratos podían celebrarse para asuntos del giro ordinario de la entidad, con personas jurídicas o naturales (en este caso, siempre y cuando la entidad no contara con personal que pudiera adelantar la tarea por contratar) y con una temporalidad definida. En específico, CCE aclaró que los servicios profesionales se caracterizan por demandar un conocimiento intelectual cualificado (énfasis añadido).

5. CCE aclaró, que para la acreditación de la formación académica se debe tener en cuenta el tipo de servicio por ser prestado (profesional, artístico o de apoyo a la gestión). De lo anterior, en términos de CCE,

“(…) si el objeto del contrato de prestación de servicios requiere del desarrollo de actividades que implican el ejercicio de una profesión o de conocimientos especializados que derivan de una formación académica, deben ser acreditados conforme a la normativa para el ejercicio de una profesión o actividad determinada, y de acuerdo con los parámetros o lineamientos que establece el Ministerio de Educación para su convalidación de títulos obtenidos en el exterior” (subrayado añadido).

6. La convalidación, siguiendo el Concepto, se sustenta en la necesidad de contar con servicios de educación de calidad, en el artículo 26 de la Constitución, en el artículo 3 de la Ley 40 de 1992, en el artículo 27 de la Ley 30 de 1992 y en la Resolución No. 10687 de octubre de 2019.

7. La Resolución No. 10687 de 2019 establece que la convalidación es el proceso administrativo de reconocimiento que hace el Ministerio de Educación Nacional a los títulos de educación superior otorgados en el exterior para que tengan plenos efectos legales en el país. Este proceso puede ser adelantado por tres vías diferentes, a saber, la acreditación o reconocimiento, el precedente administrativo y la evaluación académica.

8. Frente a la primera pregunta, CCE aclaró que la circular única de Colombia Compra Eficiente no se encuentra vigente. Siendo así, a la fecha, la única forma de lograr que un título de educación emitido en el exterior tenga plenos efectos legales en el país corresponde a los procedimientos de convalidación señalados por la Resolución No. 10687 de octubre de 2019, es decir, la acreditación o reconocimiento; el precedente administrativo, y la evaluación académica.

9. Sobre la segunda pregunta, CCE indicó que las entidades que pretendan contratar servicios profesionales, para constatar el conocimiento especializado, deben exigir que los títulos de educación obtenidos en el exterior sean convalidados ante el Ministerio de Educación Nacional según lo previsto por la Resolución No. 10687 de octubre de 2019.

Consideraciones de la OALI

10. Esta Oficina tiene competencia para conceptuar acerca de 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, en virtud de las funciones previstas en los numerales 3 y 11 del artículo 10 del Decreto 210 de 2003.

11. Por lo tanto, en aplicación del principio de separación funcional de los órganos que integran las distintas ramas del poder público, al igual que del principio de legalidad de las funciones atribuidas a los servidores públicos (establecidos en los artículos 113 y 123 de la Constitución Política) y del principio de exclusividad de las funciones previstas para las autoridades administrativas (conforme lo consigna el artículo 3 de la Ley 489 de 1998), corresponde a CCE la interpretación de la normativa sobre contratación pública, como ente rector del sistema de compra público colombiano.

12. Para esta Oficina el problema jurídico corresponde a la evaluación sobre la conformidad de la exigencia del proceso de convalidación para la contratación pública de servicios profesionales frente a los compromisos de comercio internacional de Colombia. Para efectos de mayor claridad, nos referiremos, primero, al marco multilateral de comercio y, luego, al marco bilateral, enfocándonos particularmente en el Acuerdo Comercial con los Estados Unidos.

13. Sobre el régimen multilateral de comercio, es decir, el contenido en el Acuerdo de Marrakech por el que se creó la Organización Mundial del Comercio (“OMC”), la regulación de los servicios se encuentra principalmente en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“GATS” por sus siglas en inglés). El GATS abarca cuatro modos de prestación de servicios, como se detalla a continuación:



Modo	Descripción
1	Suministro transfronterizo: servicios suministrados de un país a otro.
2	Consumo en el extranjero: consumidores o empresas se trasladan al Estado en donde se presta el servicio.
3	Presencia comercial: empresas extranjeras que abren filiales o sucursales para suministrar servicios en otro país (se entiende como inversión extranjera directa).
4	Presencia de personas físicas: el prestador del servicio se desplaza al Estado receptor para prestar el servicio

14. El GATS contiene normas específicas sobre no discriminación (trato nacional y nación más favorecida) y de acceso a mercados. Sin embargo, de acuerdo con el artículo XIII(1) del GATS, estas disciplinas no son aplicables “a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial”. Es decir, que la contratación pública se escapa de la regulación contenida en el GATS.

15. De hecho, el artículo XIII(2) del GATS impone a los Miembros de la OMC celebrar negociaciones sobre “la contratación pública en materia de servicios” en el marco del Acuerdo. A la fecha, no se ha acordado ningún instrumento vinculante sobre el particular.

16. Ahora bien, las compras públicas tienen una regulación particular en el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública. Este Acuerdo tiene disposiciones sobre no discriminación (trato nacional y nación más favorecida) (artículo IV); publicidad y transparencia sobre los sistemas de contratación (artículos VI y VII), y condiciones de participación y calificación de proveedores (artículos VIII y IX), entre otras.

17. Al respecto, Colombia no es Parte actualmente del mismo y, por lo tanto, este instrumento no es vinculante para el país ya que solo ostenta la calidad de Estado Observador. Siendo así, la exigencia del proceso de convalidación para la contratación pública de servicios profesionales no resultaría contraria a nuestros compromisos multilaterales como Miembros de la OMC.

18. En relación con el Acuerdo Comercial con los Estados Unidos, el Capítulo Once sobre el Comercio de Transfronterizo de Servicios -similar a lo que ocurre con el GATS en la OMC excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la contratación pública. Sobre el particular, el artículo 11.1(4) indica que

el “Capítulo no se aplica a (...) “contratación pública” o “contratación” tal y como se define en el Artículo 1.3”. Esta definición es:

“Contratación pública significa el proceso mediante el cual un gobierno adquiere el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial”.

19. Ahora bien, el Capítulo Nueve sobre Contratación Pública de este Acuerdo Comercial sí cubre la contratación de servicios según lo dispone su artículo 9.1(1). Esto, siempre y cuando la licitación de que se trate (i) cumpla con los umbrales aplicables según el Anexo 9.1 del Acuerdo Comercial; (ii) sea adelantada por una entidad cubierta, y (iii) no esté expresamente excluida de la cobertura del capítulo.

20. En lo sustancial, el artículo 9.2 de este Acuerdo Comercial incorpora la obligación de trato nacional, en los siguientes términos:

“Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores” (subrayado añadido).

21. En principio, de iure, esta Oficina no encuentra que la exigencia del proceso de convalidación para la contratación pública de servicios profesionales sea contraria con esta obligación de trato nacional pues, de la letra del texto, no se entiende que esta exigencia sea únicamente para los proveedores extranjeros.

22. Efectivamente, la convalidación del título es exigida con independencia de la

nacionalidad del proveedor, es decir, únicamente depende del lugar de emisión del título profesional. En este sentido, tanto un proveedor que sea nacional colombiano con título profesional obtenido en el exterior como un proveedor que sea extranjero con título profesional obtenido en el exterior tienen que cumplir con la misma exigencia, a saber, la convalidación de sus títulos, para participar en las licitaciones públicas del país. Siendo así, la exigencia bajo estudio no resultaría discriminatoria y, por lo tanto, resulta conforme con el estándar de trato nacional.

23. Ahora bien, el artículo 9.7 del Acuerdo Comercial indica que: “(...) cuando una entidad contratante solicite que los proveedores deban satisfacer ciertas condiciones de participación, la entidad deberá (...) limitar tales condiciones a aquellas que sean esenciales para garantizar que un proveedor posee la capacidad legal, comercial, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación pública” (subrayado añadido).

24. Enfatizamos que toda condición impuesta por una Entidad pública para la participación en una licitación -como, por ejemplo, la exigencia de convalidación del título de profesionales involucrados o la experiencia profesional- debe limitarse a aquellos requisitos estrictamente necesarios o esenciales para el cumplimiento del objeto a contratar dentro de la licitación específica.

25. Lo anterior implica, que, si el objeto contractual no debe ejecutarse en Colombia, o que, incluso ejecutándose en Colombia, el requerimiento realizado no resulta esencial para establecer la capacidad legal, técnica y financiera de un proveedor, con miras a cumplir a cabalidad con los requisitos y las especificaciones de las técnicas de contratación pública propuesta, dichas condiciones o requerimientos no resultarán procedentes y deberán limitarse.

26. Sin perjuicio de lo anterior, un análisis similar deberá realizarse caso por caso frente a cada tratado, cuando existe un proveedor eventualmente amparado por un instrumento bilateral de comercio en materia de compras públicas.

Conclusiones

27. En principio, la OALI considera que la exigencia del proceso de convalidación para la contratación pública de servicios profesionales no es contraria con los compromisos del país como Miembro de la OMC. Esto, debido a que esta se escapa de las disciplinas del GATS y el país no es parte del Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública.

28. De forma similar, la exigencia del proceso de convalidación para la contratación pública de servicios profesionales no es contraria a los compromisos del país contenidos en los Acuerdos Comerciales vigentes. Esto, debido a que se escapa de las normas allí contenidas sobre servicios y, en cuanto a las normas sobre contratación pública, no resulta, de iure, contraria al estándar de trato nacional pues no discrimina a proveedores con ocasión de su nacionalidad.

29. En todos los casos, debe efectuarse un análisis caso por caso frente al Acuerdo Comercial relevante. Siendo así, la evaluación de cada caso concreto se debe realizar frente al Acuerdo Comercial aplicable, no resultando posible abstraer una conclusión general aplicable a todos los compromisos bilaterales en firme.

30. Este concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020.



Aplicación del Decreto 1510 de 2013 en proceso de selección por licitación pública.

Fecha:

27 de enero del 2021

Problema jurídico:

¿Es necesario un certificado de reciprocidad entre Ecuador y Colombia para hacer parte de licitaciones en compras públicas?

Regla:

A la luz del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015, a las situaciones descritas en el literal (c), no les es exigible el certificado de reciprocidad para participar en una contratación de servicios adelantada por una entidad del Estado colombiano, regida por la Ley 80 de 1993, aclarando que, en este caso, se debe aplicar la Decisión 439 de 1998 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Concepto

1. Se consulta acerca de la aplicación del artículo 149 del Decreto 1510 de 2013 en un proceso licitatorio que adelantan las Fuerzas Armadas:

“Artículo 149. Concurrencia de varios acuerdos comerciales. Si un mismo proceso de contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales”

2. Inicialmente, en relación con la norma citada, es decir, el artículo 149 del Decreto 1510 de 2013, esta Oficina considera que la norma a que se hace alusión en la consulta no corresponde al tema consultado, en consideración a que Colombia no ha negociado ningún acuerdo sobre compras públicas con Ecuador, por lo cual sólo rige para ambos países, en la disciplina de compras públicas, el Acuerdo de la Comunidad Andina, específicamente la Decisión 439 o Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios, por lo que no se presenta concurrencia de acuerdos comerciales en el caso consultado.

3. Frente al entendimiento de la situación consultada [...] nos confirmaron que [...] versa sobre un proceso de contratación pública que adelantan las Fuerzas Armadas de Colombia para la adquisición de servicios y que existen empresas del Ecuador que desean participar, a las que les están exigiendo el certificado que se menciona en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2 “párrafo resaltado”; “según lo que entendemos este documento se debe solicitar en el ministerio de relaciones exteriores, ya ingresé a la página (<https://www.cancilleria.gov.co/juridicainternacional/trata>) de esta entidad, pero no indica los pasos que se deben seguir para solicitar dicha certificación” se dice en el correo aclaratorio.

4. Respecto de la competencia de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, de acuerdo con los numerales 3 y 11 del artículo

10 del Decreto 210 de 2003, corresponde a la de conceptuar acerca de 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, así como respecto de los proyectos de acuerdos internacionales, leyes, decretos y actos administrativos relacionados con la misión del Ministerio, por lo que confirmamos que la respuesta se emite en el sentido de los requisitos que deben cumplir los proveedores del Ecuador para participar en una licitación pública de servicios de una entidad colombiana.

5. De acuerdo con lo anterior, la normativa que regula su consulta se encuentra prevista en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, el cual establece el principio internacional de Trato Nacional. En consonancia con la norma:

“(i) La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a:

(a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) **a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.**

(ii) El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, **lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se re-**

fieren los literales (a) y (c) anteriores. (...) Negritas fuera de texto.

6. El caso consultado se ajusta a las condiciones descritas en el literal c) del artículo transcrito, es decir, se trata de servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina, en una licitación pública de servicios, por lo que teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia, contenida en la Decisión 439 de 1998, se aclara que, preliminarmente no es necesario solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores un certificado para acreditar las situaciones a las que se refiere en literal c mencionado en el numeral (ii), toda vez que en los casos de contratación pública de servicios el trato nacional se debe otorgar en virtud de lo previsto en la Decisión 439 de 1998.

7. Efectivamente, al revisar el Manual para la Aplicación de los Acuerdos Comerciales de Colombia vigentes, publicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, se constata que las entidades estatales deben tener en cuenta la Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la Comunidad Andina –CAN–, la cual incluye algunas obligaciones en materia de trato nacional, esta Decisión contempla en el ámbito de aplicación:

“CAPITULO III. AMBITO DE APLICACION

Artículo 3.- El presente Marco General se aplicará a las medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten el comercio de servicios, en todos los sectores de servicios y en los distintos modos de suministro, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local, como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello”

8. Antes de responder a su solicitud, es pertinente aclarar que el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación -disponible públicamente en el siguiente enlace virtual, se refiere a la situación consultada, aunque se trata una herramienta guía, por lo que no tiene carácter vinculante, siendo emitido con miras a facilit-

tar y apoyar a las entidades contratantes en Colombia en el cumplimiento de los acuerdos comerciales vigentes para en Colombia.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf (en adelante "Manual")

9. De acuerdo con lo anterior, el ámbito de aplicación de la Decisión 439 de 1998, las licitaciones públicas sobre adquisición de servicios, en principio se rigen por esta disposición normativa, es decir, que los procesos de adquisición de servicios en los Países Miembros de la CAN se rigen por lo previsto en esta Decisión. En este sentido, la norma dispone:

"Artículo 4.- El presente Marco General no será aplicable a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.

La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.

El presente Marco Regulatorio no será aplicable a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo." (Subrayado fuera de texto)

10. Por lo anterior, se permite absolver la consulta con base en el Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, vigente entre Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, específicamente con base en lo previsto en la Decisión citada. En términos generales, los proponentes interesados en acceder al tratamiento previsto por un acuerdo comercial vigente en materia de compras públicas deben verificar lo siguiente:

a. Que el tratado o acuerdo haya sido ratificado por Colombia y esté vigente para el momento;

b. Que la entidad contratante esté incluida en el tratado o acuerdo;

c. Que el valor estimado del proceso de contratación sea superior al valor a partir del cual el tratado o acuerdo es aplicable (umbral), y

d. Que la contratación no esté excluida del ámbito de aplicación del tratado o acuerdo.

11. Este análisis se debe adelantar caso a caso. Sin embargo, en relación con la consulta, se precisa que lo relativo al cubrimiento de las licitaciones públicas sobre servicios en los Países Miembros de la CAN se rige por el principio de Trato Nacional, incorporado en la Decisión 439, en el artículo 4 citado, por lo que corresponde al interesado verificar si el proceso está cubierto o no por la mencionada norma andina.

12. Para confirmar si es aplicable esta Decisión 439 al proceso del interés de la solicitante, se debe revisar el contenido del artículo 11 de la citada norma:

Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Marco General, cada País Miembro podrá adoptar o aplicar medidas necesarias para:

1. Proteger la moral o preservar el orden público;

2. Proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, y preservar el medio ambiente;

3. Proteger los intereses esenciales de su seguridad nacional;

4. Garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o prestadores de servicios de otros Países Miembros, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con el compromiso de trato nacional contenido en el artículo 8;

5. Aplicar disposiciones destinadas a evitar la doble tributación contenidas en acuerdos internacionales suscritos por el País Miembro, aun cuando tales medidas fueren incompatibles con la obligación de trato de nación más favorecida contenida en el artículo 7; y,

6. Lograr la observancia de leyes y reglamentos relativos a:

a) La prevención de prácticas que induzcan a error y de prácticas fraudulentas o relativas a los efectos de incumplimiento de los contratos de servicios;

b) La protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; y

c) La seguridad pública.

Las medidas enumeradas en el presente artículo, no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas en favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no del acuerdo de integración subregional.

13. Las medidas citadas facultan a los Países Miembros para excluir sus procesos de compras públicas de la aplicación de esta Decisión; lo que puede inferirse que la Decisión faculta a los países miembros de la CAN para excluirse de aplicar la obligación de trato nacional, si se encuentran bajo los casos mencionados en el artículo 11 antedicho.

14. Ahora bien, con relación a la exigencia de un certificado que acredite la existencia de acuerdo o tratado comercial entre Colombia y Ecuador, aclaramos que a la luz del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015, que comprende dos regímenes de trato nacional independientes y mutuamente excluyentes, trato nacional por Acuerdo o Trato nacional por reciprocidad, la situación bajo examen se circunscribe a lo descrito en el literal (c), es decir, se trata de un oferente de un País Miembro de la CAN y por lo tanto, al existir una disposición específica que la regula, se debe proceder conforme a lo dispuesto por



la Decisión 439 de 1998, es decir, en estos casos no se requiere certificado que acredite la reciprocidad para otorgar el trato nacional a los demás oferentes de los países miembros de la CAN.

15. Se aclara que esta Oficina no tiene la competencia para pronunciarse frente a hechos particulares. Lo anterior, pues los conceptos emitidos por las autoridades, primero, carecen de fuerza vinculante y, segundo, no tienen como objetivo la decisión de casos específicos. Así, en el marco de nuestras competencias, adelantamos una valoración en abstracto, es decir, una valoración sobre la interpretación de una disposición, o una serie de instrumentos normativos, frente a una hipótesis; no respecto de un evento específico ¹.

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia de 15 de marzo de 2007, radicación No. 1801, C.P. Gustavo Aponte Santos: "En relación con los conceptos (...) No son, en estricto sentido, actos administrativos de contenido particular, pues no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues éstos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las

Conclusiones

16. En relación con la consulta precisamos que el acuerdo vigente entre Colombia y Ecuador es el Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena o Comunidad Andina, que rige entre Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador.

17. A la contratación de servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina, le es aplicable la regulación andina específica sobre la materia, es decir, la Decisión 439 de 1998 que contiene Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

18. A la luz del artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, a las situaciones descri-

competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley (...) La competencia de las autoridades está limitada a conceptuar en relación con las materias a su cargo, por lo que carece de facultad para hacerlo aún en relación con temas conexos a las mismas, y menos aún para interpretar por vía general la ley" (énfasis añadido).

tas en el literal (c), no les es exigible el certificado de Reciprocidad para participar en una contratación de servicios adelantada por una entidad del estado colombiano regida por la Ley 80, aclarando que en este caso se debe aplicar la Decisión 439 de 1998.

19. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

CONCEPTO NÚMERO 6

Radicación relacionada: 2-2021-016094

Solicitud de aclaración acerca de la emisión del certificado de origen *a posteriori* en acuerdos comerciales.

Fecha:

7 de abril de 2021

Problema jurídico:

¿Es posible que las actividades de la Federación Colombiana de Agentes Logísticos en Comercio Internacional se vean afectadas por una falla en la interpretación de la entrega del certificado de origen, derivada de no atender los acuerdos negociados, en la medida en que las autoridades competentes entiendan que toda importación debe cumplir con los requisitos exigidos antes del embarque de mercancía?

Regla:

De acuerdo con el Decreto 1165 del 2019 frente a la obligación aduanera contenida en el artículo 11, la información o documentación debe ser entregada anticipadamente; sin embargo, según los artículos 310, 311, 312 y 313 de esa regulación, se establece que la vigencia de la prueba de origen dependerá de los acuerdos comerciales, por lo que la prueba de origen será exigida antes, durante o después de la importación, en la forma en cual se haya estipulado en los compromisos adquiridos por Colombia con sus socios comerciales.

Concepto

1. Se consulta la posibilidad de expedición de un certificado de origen con posterioridad al embarque de la mercancía según lo pactado en cada acuerdo comercial.

Cuestiones preliminares

2. Antes de proceder a absolver las inquietudes de los usuarios, es necesario e importante mencionar que esta Oficina no tiene competencia para pronunciarse sobre hechos particulares o casos específicos y que nuestros pronunciamientos tampoco son vinculantes.

Esto se desprende de lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al señalar que, salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. En el numeral 3 del 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, faculta a esta Oficina para “[c]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 (...)”.

3. Luego de precisar cuál es el alcance de nuestros conceptos, pasaremos a hacer una breve explicación sobre porqué cada acuerdo comercial, regula de manera distinta aspectos que parecen comunes, como es la emisión del certificado de origen, el momento a partir del cual la prueba de origen tiene validez, entre otros aspectos.

4. Lo cierto es que en términos generales, la expedición del certificado de origen comúnmente podría darse previo a la expedición o embarque de la mercancía, e inclusive en el mismo momento de su exportación, esto por cuanto su emisión está directamente relacionada con la operación de comercio que al efecto, se pretende realizar en consideración de algún Acuerdo Comercial en vigor, a partir de la operación de compraventa de una mercancía que, comúnmente ocurre antes de que la mercancía haya sido despachada,

embarcada o exportada con destino al territorio de la otra Parte del acuerdo de que se trate. Sin embargo, de acuerdo a la dinámica del comercio exterior, no necesariamente esto debe ocurrir así, por lo que en gran parte de los Acuerdos Comerciales, se puede dar la emisión del certificado de origen con posterioridad al embarque.

5. En todo caso, para cuando se cuente con esa prerrogativa de emisión de la prueba de origen de manera posterior a la fecha de embarque para la exportación, es importante tener en cuenta, las disposiciones en cada uno de esos Acuerdos, sobre los requisitos de tránsito, transbordo o expedición directa.

6. Los eventos mencionados y otros que posiblemente se desarrollaran en este concepto, nos ilustrarán de alguna manera que, el momento de expedición de la prueba de origen tiene un especial valor y significado para las Partes al momento de suscribir los distintos acuerdos comerciales, sin que para ello necesariamente se pueda trazar una línea distintiva entre acuerdos comerciales antiguos y otros más recientes.

7. Después de esta breve introducción y para comprender el posible impacto en las operaciones de comercio sobre todo lo relacionado a las reglas y procedimiento de origen, en particular, los detalles sobre el momento de la emisión de la prueba de origen o si por el contrario, en ellos se guardó silencio sobre este particular, es imperioso tener en cuenta que cada acuerdo es particularmente distinto. En ese sentido, procederemos a analizar las disposiciones pertinentes a cada Acuerdo individualmente, con el propósito de establecer lo acordado por las Partes, respecto al momento de la emisión de la prueba de origen, si su expedición se debe dar: (i) antes, (ii) con la exportación, o (iii) con posterioridad a la exportación.

8. Los certificados de origen según el Acuerdo de Complementación Económica ACE No 59 (CAN MERCOSUR), Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (G2), Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá y Acuerdo de Promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos, tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia (ACE No. 24) y CAN.

Partiendo del entendimiento sobre las razones por las cuales el momento de expedición de la prueba de origen, de acuerdo con los compromisos asumidos por la Partes y que

en cada uno de los Acuerdos puede llegar a ser distinto, procedemos a su revisión en el orden dispuesto por usted en su comunicación, veamos:

9. Acuerdo de Complementación Económica entre Colombia con los Países del MERCOSUR (ACE No. 72)

El Anexo IV del ACE No. 72 el cual fuera el anterior ACE 59, incorporado mutatis mutandis, regula el “Régimen de Origen”, en la Sección II lo relativo a la “Declaración y Certificación del Origen”, su definición (Art. 9); los requisitos para la emisión y validez del certificado de origen (Art. 10); el contenido de la declaración jurada (Art. 11) y su validez (Art. 12).

10. Lo define como el documento que certifica que las mercancías cumplen con las disposiciones en materia de origen y que ampara una sola operación de importación de una o de varias mercancías y su versión original debe acompañar al resto de la documentación, al tramitar el despacho aduanero.

11. También indica que, debe ser expedido por la autoridad aduanera, con base en una declaración jurada, dentro de la cual se debe consignar el número de la factura en el campo reservado para ello en el certificado de origen.

12. En el artículo 10 sobre “Emisión y validez del Certificado de Origen” indica que “...*El certificado de origen no podrá ser expedido con antelación a la fecha de la factura comercial si no en la misma fecha o dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes (...)*”

13. La certificación de origen debe expedirse con fundamento en una declaración jurada cuyo término de validez es de tres años contados a partir de la fecha de su recepción por la autoridad aduanera, en el acuerdo se estableció (artículo 12) que la información, entre otra la relativa al productor y/o exportador, descripción de la mercancía, clasificación arancelaria, su valor, la Partes acordaron la posibilidad de modificarla antes de la expiración de dicho plazo. Esto significa que la declaración jurada, es utilizada por la autoridad aduanera para la expedición de los certificados de origen que se le solicite por el período de tres años.

14. De otro lado, las Partes del ACE- 72 consideraron importante precisar a través del artículo 30, sobre “obligaciones de los importadores”, los requisitos que un impor-

tador debe acreditar al momento de la importación para gozar de tratamiento arancelario preferencial, dentro de los cuales, además de declarar en el documento aduanero de importación previsto en su legislación que la mercancía califica como originaria con base en un certificado de origen debidamente emitido, **está el de proporcionar el original del certificado de origen cuando lo solicite su autoridad aduanera;** y proporcionar la documentación que acredite la expedición directa a que hace referencia el artículo 14 del presente Régimen, cuando lo solicite su autoridad aduanera.

15. Finalmente, las Partes del Acuerdo en el mismo artículo 30, acordaron que: "... una vez aceptado el documento aduanero de importación por parte de las autoridades aduaneras, no podrá presentarse posteriormente a este momento el certificado de origen para efectos de solicitar el tratamiento arancelario preferencial, salvo que conforme a la legislación nacional de la Parte Signataria importadora se otorgue un plazo para la presentación del certificado de origen (...)" *(Subrayado nuestro)*.

16. Sin ser los llamados a interpretar las disposiciones concernientes a los procedimientos aduaneros por carecer de competencia, observamos que el numeral 8 del artículo 189 del Decreto 1165 de 2019, cuyo texto se transcribe a continuación, permite previa constitución de una garantía la presentación del certificado de origen posterior a la aceptación del documento aduanero de importación, veamos:

17. "Artículo 185. AUTORIZACION DE LEVANTE. La autorización de levante procede cuando ocurra uno de los siguientes eventos: (...) Cuando practicada inspección aduanera o documental se establezca que el importador se ha acogido a un tratamiento arancelario preferencial y la mercancía declarada no se encuentre amparada por certificado de origen, o no reúna los requisitos legales o no se cumple con las condiciones expedición directa, tránsito y/o transbordo, y el importador dentro los cinco(5) días siguientes renuncia a tratamiento, efectuando la corrección respectiva en Declaración de Importación y liquidando los tributos aduaneros y la sanción prevista en el artículo 615 de este Decreto. También procede el levante cuando el importador opta por constituir una garantía que asegure la obtención y entrega a la Aduana del Certificado de Origen, o los documentos que comprueben las condiciones de expedición directa, tránsito y/o transbordo, o en su defecto, el pago de los tributos aduaneros y



sanciones correspondientes. Cuando el Certificado de Origen ofrezca dudas a la autoridad aduanera, se aplicará lo previsto en el respectivo acuerdo comercial. (...)" *(Subrayado nuestro)*

18. Sin embargo, en nuestra opinión, la expedición posterior al embarque del certificado de origen solo sería posible si la mercancía se envía directamente del territorio de una Parte con destino al territorio de la otra Parte, sin que en su trayecto haya ocurrido un tránsito, transbordo o almacenamiento. La razón es la cláusula de expedición directa, veamos:

"Artículo 14-

Expedición directa

Para que una mercancía originaria se beneficie del tratamiento preferencial, deberá expedirse directamente de la Parte Signataria exportadora a la Parte Signataria importadora. A tal fin, se considera expedición directa:

a) Las mercancías transportadas únicamente por el territorio de una o más Partes Signatarias del Acuerdo;

b) Las mercancías en tránsito, a través de uno o más países no signatarios del Acuerdo, con o sin transbordo o almacenamiento temporal, bajo la vigilancia de la autoridad aduanera del país o los países de tránsito, siempre que:

(i) El tránsito estuviera justificado por razones geográficas o consideraciones relativas a requerimientos de transporte; (ii) No estuvieran destinadas al comercio, uso o empleo en el país de tránsito; y (iii) No sufran durante su transporte o depósito, ninguna operación distinta a la carga, descarga o manipuleo, para mantenerlas en buenas condiciones o asegurar su conservación.

Para los efectos de lo dispuesto en el literal b) precedente, en caso de transbordo o almacenamiento temporal realizado en un país no signatario del Acuerdo, las autoridades aduaneras podrán exigir adicionalmente un documento de control aduanero de dicho país no signatario, que acredite que la mercancía permaneció bajo supervisión aduanera."

19. Lo anterior significa que no sería posible a la luz de esta disposición, para una mercancía que va a ser sometida durante su transporte a un tránsito, transbordo o almacenamiento temporal, por ejemplo, en una zona franca, que no esté acompañada de la prueba de origen, documento indispensable para que las autoridades aduaneras del lugar de tránsito puedan ejercer la vigilancia aduanera requerida y la mercancía no pierda origen. Además, el ACE-72 previó que el término de validez de un certificado de origen es de ciento ochenta (180) días calendario,

contados a partir de la fecha de su emisión. Este término de validez del certificado de origen será suspendido por el tiempo que la autoridad aduanera haya autorizado dichas operaciones o regímenes.

20. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (G2)

El Capítulo VII sobre procedimientos aduaneros del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (G2) establece entre otras disposiciones, la definición del certificado de origen (7-01), la declaración y certificación de origen (7-02), las obligaciones respecto a las importaciones y en el Capítulo VI se estableció la cláusula sobre transbordo y expedición directa, indispensable para abordar el objeto de esta consulta.

21. El Acuerdo en su Artículo 7-02, referente a la declaración y certificado de origen señaló lo siguiente:

“Artículo 7-02: Declaración y Certificación de Origen (Decisión No. 60 de Abril 4 de 2010)

1. Las Partes acordarán un certificado de origen que servirá para certificar que un bien que se exporte del territorio de una Parte a territorio de otra Parte califica como originario. La Comisión Administradora adoptará las modificaciones al certificado de origen, que le someta el Grupo de trabajo de procedimientos aduanales conforme al artículo 7-11 del Tratado.

2. Cada Parte establecerá que para la exportación a otra Parte de un bien respecto del cual el importador tenga derecho a solicitar trato arancelario preferencial, el exportador llene y firme un certificado de origen respecto de ese bien. El certificado de origen del exportador requerirá de la validación por parte de la autoridad competente de la Parte exportadora.

3. En caso de que el exportador no sea el productor del bien, llenará y firmará el certificado de origen con fundamento en una declaración de origen que ampare al bien objeto de la exportación, llenada y firmada por el productor del bien y proporcionada voluntariamente al exportador. La declaración de origen que llene y firme el productor no se validará en los términos del párrafo 2 del presente artículo.

(...)“

22. El párrafo 2 indica que para la exportación a otra Parte de un bien respecto del cual el importador tenga derecho a solicitar trato arancelario preferencial, el exportador debe

llenar y firmar un certificado de origen respecto de ese bien.

23. Ahora bien, conforme al sentido corriente de texto y la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena, párrafo 1 sobre el Derecho de los Tratados en el sentido que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de este en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, la anterior prescripción implicaría en principio que, para la exportación del bien, se debe expedir un certificado de origen. Una lectura es que dicho certificado debe expedirse previo a la exportación, entendida esta como el mero hecho de despacho de un bien hacia otro mercado. Sin embargo, en el contexto de un acuerdo bilateral de comercio, la exportación es parte de un acto complejo, que no se satisface con la mera expedición de un bien, sino que también implica poder hacerse acreedor a las preferencias arancelarias, mediante la presentación de la prueba de origen en el otro mercado. Así las cosas, el concepto “para la exportación” puede leerse en un contexto temporal: “previo a la exportación”; como puede leerse en un contexto funcional: “para efectos de concretar el acto de exportación hacia otro mercado”. Lo último, en el marco de un acuerdo bilateral, implica que el acceso al mercado de destino se dé con la preferencia arancelaria acordada en ese instrumento.

24. Si bien, lo normal y usual es que el certificado de origen deberá ser expedido previamente a la exportación de la mercancía objeto de trato arancelario preferencial, como fue explicado anteriormente, resulta incierto que, de la redacción de la norma, como se ha descrito antes, pueda desprenderse que este es un requisito sine qua non previa a la expedición del bien al mercado de destino. Entendiendo esta expedición como la operación de embarque y salida de la mercancía del territorio de una Parte al territorio de la otra Parte del Acuerdo.

25. En lo que sí es categórico el acuerdo es que dicho certificado no podrá tener una vigencia superior a un año a partir de la fecha de su firma por la autoridad de origen de la parte exportadora del acuerdo (Art. 7.02 párrafo 5). El acuerdo por otra parte guarda silencio sobre la posibilidad de expedir un nuevo certificado vencido el año de vigencia del mismo.

26. Sin embargo, bajo el mismo análisis realizado anteriormente respecto bajo el ACE-72, es preciso mencionar que en nuestra

opinión, dicho certificado si debe ser expedido y acompañar a la mercancía en el momento de su exportación, cuando durante su transporte deba ocurrir una operación de tránsito por tercer país en los términos descritos en el artículo 6.12 del TLC, dado que, un bien no perderá su condición de originario cuando, al estar en tránsito por el territorio de uno o más países no Parte, con o sin transbordo o almacenamiento temporal, bajo la vigilancia de la autoridad aduanera competente en esos países: “(...) el tránsito esté justificado por razones geográficas o por consideraciones relativas a requerimientos de transporte; no esté destinado al comercio, uso o empleo en el o los países de tránsito; y durante su transporte y depósito no sea sometido a operaciones diferentes del embalaje, empaque, carga, descarga o manipulación para asegurar su conservación.” (Artículo 6.12 párrafo 2)

27. Lo anterior implica que el bien debe estar acompañado de un certificado de origen, por cuanto no es posible predicar que el origen de un bien en tránsito se conserva, si antes no existe la prueba de que dicho origen existe.

28. Finalmente, el Artículo 7-03 establece respecto a las obligaciones respecto a las importaciones, que: “Cada Parte requerirá del importador que solicite trato arancelario preferencial para un bien de otra Parte, que: a) declare por escrito, en el documento de importación con base en un certificado de origen válido, que el bien califica como originario; b) tenga el certificado de origen en su poder al momento de hacer esa declaración; y c) presente o entregue el certificado de origen cuando lo solicite la autoridad competente.

29. (...)” En ese orden, a la autoridad de la parte importadora le compete exigir que el importador en el momento de la importación, aparte de demostrar que se cumple con lo relativo a despacho directo y tránsito, cumpla con lo siguiente: Declare por escrito, en el documento de importación con base en un certificado de origen válido, que el bien califica como originario; Presente un certificado de origen validado por la autoridad competente de la parte exportadora. Entregue el certificado de origen cuando lo solicite la autoridad competente. Aquí cabe la posibilidad que señala el numeral 8 del artículo 189 del Decreto 1165 de 2019, que permite previa constitución de una garantía, la entrega del certificado de origen posterior a la aceptación del documento aduanero de importación.

30. En consecuencia, reiteramos que en el Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (G2), no se precluye, a priori, la posibilidad de la expedición de un certificado de origen con posterioridad al embarque de la mercancía, si bien es necesario decirlo es la práctica usual frente a este instrumento en el contexto del tratado en mención, y dependería dicha expedición del certificado de manera posterior al embarque de la mercancía, de que la autoridad del país de origen certifique válidamente el origen conforme la legislación nacional aplicable. Lo anterior, sin perjuicio que dicha certificación sea anterior, en cualquier caso, a un acto de tránsito por tercer país, y que la misma se expida con anterioridad al acto de importación.

31. Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá

El TLC con Canadá estableció en el Capítulo Cuatro, artículo 401, que un certificado de origen tiene el propósito de certificar que una mercancía que se exporta del territorio de una Parte al territorio de la otra Parte califica como mercancía originaria.

32. Previó así mismo que el Certificado de origen debe ser diligenciado y firmado por el exportador del bien en su territorio (auto certificación) y que cuando el exportador no sea el productor del bien, el exportador podrá diligenciar y firmar el certificado de origen so-

bre la base de su conocimiento que la mercancía es originaria, la confianza razonable en la declaración expedida por el productor de que la mercancía califica como originaria o en un certificado de origen diligenciado y formado por el productor y proporcionado al exportador.

33. Además, y sobre las obligaciones respecto a las importaciones, el artículo 402 dispuso que cada Parte podrá exigir a un importador en su territorio que solicite trato arancelario preferencial para una mercancía importada desde el territorio de la otra Parte que: realice una declaración por escrito basada en una certificación de origen válido, sobre que la mercancía califica como originaria; tenga el certificado de origen en su poder al momento de hacer dicha declaración; c) proporcione a solicitud de la autoridad competente de la parte importadora, el certificado de origen, además de cualquier otra documentación relacionada con la importación de la mercancía.

34. Se enfatiza en el párrafo 4 del Artículo 402, sobre la importancia del cumplimiento de la regla sobre transporte de la mercancía, en cuanto a que la autoridad competente de la Parte importadora podrá exigir al importador que solicita el trato arancelario preferencial, que demuestre que la mercancía fue transportada de conformidad con lo establecido en el artículo 314 de Capítulo Tres sobre

Reglas de Origen – Tránsito y Transbordo, presentando el conocimiento de embarque o la guía aérea, indicando además, la ruta del embarque, los puntos de embarque y transbordo previos a la importación de la mercancía. Como también de toda la información, sobre cuando la mercancía haya sido enviada o transbordada a través de puntos fuera del territorio de las Partes, presentándole **una copia de los documentos de control aduanero** que le indique a la autoridad de la Parte importadora, que la mercancía permaneció bajo control aduanero, mientras se encontraba fuera del territorio de las Partes. De otra parte, en el párrafo subsiguiente, número 5 del mismo artículo 402, las Partes de este acuerdo previeron que cuando una mercancía que hubiere calificado como originaria al momento de la importación al territorio de una de las Partes, sobre ella no se solicitó trato arancelario preferencial, la Parte importadora permita al importador, dentro de un periodo de no menos de un año a partir de la fecha de la importación, o en otro plazo más largo, si la legislación doméstica de la Parte importadora lo contempla, presentar una solicitud de trato arancelario preferencial y solicitar el reembolso de los aranceles pagados en exceso como resultado de no haber dado trato preferencial a la mercancía, siempre y cuando el importador presente: una declaración por escrito manifestando que la mercancía es originaria; el certificado de origen; y cualquier otra documentación relacionada



con la importación de la mercancía según lo exija la Parte importadora.

35. Esta última prerrogativa es lo que comúnmente se conoce como certificación de origen posterior a la importación, situación distinta a la que nos ocupa, en el sentido de que el certificado de origen se expide con posterioridad al despacho de la mercancía, para la solicitud del trato arancelario preferencial.

36. En los anteriores acuerdos, ACE-72 y G2, las Partes jamás previeron la expedición del certificado de origen posterior al despacho aduanero, esto es, cuando la mercancía ha sido declarada y sobre ella se han liquidado y pagado el arancel y el IVA en el momento de su importación. En estos dos acuerdos, no existe la posibilidad de solicitar la devolución de los aranceles, así la mercancía calificara como originaria al momento de su importación, la razón es porque que las Partes no consideraron otorgar esa posibilidad bajo ambos acuerdos.

37. En cambio, en el TLC con Canadá, las Partes asumieron el compromiso de reconocer el origen a una mercancía que hubiese calificado como originaria al momento de la importación al territorio de una de las Partes, pero no se hubiese solicitado el trato arancelario preferencial en ese momento.

38. En conclusión, en el TLC con Canadá, se guarda silencio sobre la expedición del certificado de origen posterior al embarque o a la exportación de la mercancía. Sin embargo, para que la mercancía pueda calificar como originaria, deberá cumplir con la regla de transporte directo cuando durante su transporte haya permanecido en territorio de un Estado no Parte. Para lo cual, la autoridad competente de la Parte importadora, podrá exigir al importador que solicita el trato arancelario preferencial, le demuestre que la mercancía fue transportada de conformidad con lo establecido en el artículo 314 de Capítulo Tres sobre Reglas de Origen – Tránsito y Transbordo, a través del conocimiento de embarque, la guía aérea, en la cual se indique la ruta del embarque, los puntos de embarque y transbordo previos a la importación de la mercancía, así como la información de cuando la mercancía haya sido enviada o transbordada a través de puntos fuera del territorio de las Partes, y de la copia de los documentos de control aduanero, indicando a la autoridad de la Parte importadora, que la mercancía permaneció bajo control aduanero mientras se encontraba fuera del territorio de las Partes.

39. Considerando que, si el certificado de origen es emitido con posterioridad al em-

barque de la mercancía, en nuestra opinión la mercancía deberá ser transportada directamente sin que haya hecho tránsito en el territorio de un tercer Estado. Igualmente se entendería que bajo el supuesto establecido en el párrafo 5 de solicitud de devolución de los aranceles pagados sobre una mercancía que calificaba como originaria al momento de la importación, crearíamos que únicamente podría calificar como tal, además de cumplir con la regla de origen, aquella mercancía despachada directamente, sin que haya ocurrido la figura de tránsito o transbordo fuera del territorio de las dos Partes del TLC.

40. Acuerdo de Promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos (en adelante APC).

El artículo 4.15 del Capítulo Cuarto del APC establece que un importador podrá solicitar trato arancelario preferencial basado en: I) una certificación escrita o electrónica emitida por el importador, exportador o productor (auto certificación) y (II) el conocimiento del importador de que la mercancía es originaria, incluyendo la confianza razonable en la información que posee el importador respecto del origen de la mercancía.

41. También señala para cuando la certificación de origen es escrita, que pueda ser elaborada en cualquier formato siempre y cuando incluya, pero no limita a que cada Parte pueda exigir más, los siguientes elementos: *“... El nombre de la persona certificadora, incluyendo cuando sea necesario, información de contactos u otra información de identificación; Clasificación arancelaria bajo el Sistema Armonizado y una identificación de la mercancía; Información que demuestre que la mercancía es originaria; Fecha de la certificación; y En el caso de una certificación para múltiples embarques, emitida conforme al párrafo 4 b), el periodo que cubre el certificado.”*

42. De acuerdo con la prerrogativa acordada por las Partes de establecer requisitos adicionales, Colombia dispuso en el artículo 67 del Decreto 730 de 2012 de implementación del este Acuerdo, nuevos elementos a consignar en la certificación de origen, como, por ejemplo, información sobre la regla o criterio de origen, si fuere del caso, la especificación del cambio de clasificación arancelaria o el método de valor de contenido regional que cumple la mercancía y otros.

43. En este acuerdo las Partes deciden respecto al tránsito y transbordo (artículo 4.13), que una mercancía no se considerará originaria, si:

“(a) sufre un procesamiento ulterior o es objeto de cualquier otra operación, fuera del territorio de las Partes, excepto la descarga, recarga o cualquier otra operación necesaria para mantener la mercancía en buenas condiciones o para transportarla a territorio de una Parte; o (b) no permanece bajo el control de las autoridades aduaneras en el territorio de un país no Parte.”

44. Finalmente en el Artículo 4.19 sobre “Obligaciones respecto de la importaciones” las Partes acordaron que podrán requerir a un importador que solicite trato arancelario preferencial, basado en una certificación de origen, para que provea o haga los arreglos para que el proveedor o exportador presente toda la información sobre la cual dicho importador o exportador sustenta tal certificación, en el sentido de demostrar que la mercancía es originaria conforme al artículo 4.1 y artículo 4.13 (Tránsito y Transbordo), así como los subpárrafos e) y f) 2 del artículo 4.19 del Capítulo Cuarto del APC.

45. Al igual que en el TLC con Canadá, este acuerdo contempla la posibilidad en el párrafo 5 del artículo 4.19, que cuando una mercancía era originaria cuando fue importada al territorio de una Parte, pero el importador de la mercancía no hizo una solicitud de trato arancelario preferencial al momento de la importación, el importador pueda, a más tardar un año después de la fecha de importación, hacer la solicitud de trato arancelario preferencial y solicitar un reembolso de cualquier exceso de derechos pagados como resultado de no haber solicitado el trato arancelario preferencial, presentando a la Parte: *“(…”*

(a) una declaración por escrito, manifestando que la mercancía era originaria al momento de la importación; (b) una copia escrita o electrónica de la certificación, si una certificación es la base de la solicitud, u otra información que demuestre que la mercancía era originaria; y (c) otra documentación relacionada con la importación de las mercancías, según lo requiera la Parte importadora. (...)”

46. En conclusión, si bien el APC entre Colombia y Estados Unidos, guarda silencio sobre el momento de expedición del certificado de origen, respecto a si se debe hacer antes del embarque o si se puede expedir con posterioridad al mismo, en nuestra opinión, para que la mercancía pueda calificar como originaria, deberá estar acompañada de la certificación de origen, es decir haber sido expedida dicha certificación previo al embarque si la misma estuvo en tránsito por el territorio de un tercer país y/o fue transbordada. Si por



el contrario, la mercancía fue despachada directamente del territorio de Estados Unidos hacia el territorio colombiano, consideramos que el importador puede solicitar trato arancelario preferencial, presentando al momento del despacho aduanero, una certificación escrita o electrónica emitida por el importador, exportador o productor (auto certificación), e incluso con el conocimiento del importador de que la mercancía es originaria, incluyendo la confianza razonable en la información que posee el importador, respecto del origen de la mercancía, sin considerar que el certificado de origen escrito o electrónico, se haya expedido de manera previa o con posterioridad al embarque.

47. Para el otro evento contemplado en el párrafo 5 del artículo 4.19 del capítulo Cuarto del APC, en nuestra opinión, sólo podrá perfeccionarse bajo el supuesto que la mercancía haya sido despachada directamente, sin que se haya configurado un tránsito o un transbordo fuera del territorio de las dos Partes del TLC, en los términos señalados en artículo 4.13 del APC.

48. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia (ACE - 24)

En el capítulo Cuarto sección B, se encuentra todo lo relacionado con la emisión y validez del certificado de origen, así que el artículo 4.14 sobre certificado de origen, indica que un importador podrá solicitar el tratamiento arancelario preferencial bajo este acuerdo “basado en un certificado de origen escrito o electrónico por la autoridad competente de la Parte exportadora a solicitud del exportador”. En el mismo sentido, el artículo 4.14 (5) establece que estos certificados servirán para “certificar que una mercancía que se exporte del territorio de una Parte al territorio de otra Parte califica como originaria” y dispone además que en su diligenciamiento se deberá seguir el formato diseñado para el efecto en el Anexo del Capítulo Cuarto.

49. Ahora bien, respecto a si debe ser expedido antes del embarque o exportación de la mercancía, el párrafo 6 del artículo 4.14 (6) solo indica que los certificados de origen bajo el ALC “tendrán una validez de un año a partir de la fecha en la cual fue emitido”, luego este artículo guarda silencio sobre el momento en el cual los certificados de origen deben ser emitidos por la parte exportadora.

50. En cambio, en el artículo subsiguiente, establece las obligaciones relativas a las importaciones, indicando en el Artículo 4.17 que:

“La autoridad aduanera de cada Parte exigirá que el importador que solicite tratamiento arancelario preferencial para una mercancía: (a) declare por escrito en el documento de importación requerido por su legislación, en base a un certificado de origen, que una mercancía califica como mercancía originaria; (b) tenga el certificado de origen en su poder al momento en que se haga la declaración; (c) proporcione, si la autoridad aduanera lo solicita, el certificado de origen o copias de este; y

(d) presente inmediatamente una declaración corregida y pague el arancel correspondiente cuando el importador tenga motivos para creer que el certificado de origen en que se sustenta la declaración de aduanas tiene información incorrecta. El importador no podrá ser sancionado cuando en forma voluntaria presente la declaración de mercancías corregida, previo a que la autoridad aduanera haya iniciado el ejercicio de sus facultades de verificación y control o antes de que las autoridades aduaneras notifiquen la revisión, de conformidad con la legislación de cada Parte. (...)”

51. De lo anterior, se puede observar que, sobre la expedición del certificado de origen, no se establece el momento de emisión del certificado de origen en el sentido de que este deba ser expedido antes de la exportación de la mercancía. Por lo que en nuestra opinión los certificados de origen emitidos bajo el ACE-24 podrán ser fechados luego del embarque, pero en todo caso, debe existir y ser válido para el momento en que se tramite el documento de importación.

52. Sin embargo, esta prerrogativa de emisión del certificado con posterioridad al embarque o exportación de la mercancía debe ser observada a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo respecto a la cláusula de transporte directo. El artículo 4.12: “Transito y Transbordo” del TLC con Chile, con lo que se indica a continuación:

“Artículo 4.12: Tránsito y Transbordo

Cada Parte dispondrá que una mercancía no perderá su calidad de originaria, si:.. (a) no sufre un procesamiento ulterior o es objeto de cualquier otra operación, fuera del territorio de las Partes, excepto la descarga, recarga, fraccionamiento o cualquier otra operación necesaria para mantener la mercancía en buenas condiciones o para transportar la a territorio de una Parte; y (b) permanece bajo el control de las autoridades aduaneras en el territorio de un país no Parte.”

53. Teniendo en cuenta la norma transcrita, en nuestra opinión no se concibe que una mercancía permanezca bajo el control aduanero de la autoridad de aduana del territorio de un país no Parte del Acuerdo, si no viene acompañada de la prueba de origen, que es por excelencia el documento que prueba la condición de origen.

54. Consideramos que no puede ser confundida la figura establecida en el artículo 4.18: Devolución de Derechos de Aduana, cuando las Partes asumieron el compromiso de reconocer el trato arancelario presencial a una mercancía que calificaba como originaria al momento de su importación, pero que el importador no solicitó el trato arancelario preferencial al momento de su importación con la expedición del certificado de origen con posterioridad al embarque ya explicado ampliamente.

55. Para el caso de la solicitud de devolución de los aranceles cancelados, el Acuerdo permite que el importador pueda, a más tardar un (1) año después de la fecha de importación, solicitar ante la autoridad aduanera de la Parte importadora, la devolución de los aranceles aduaneros pagados en exceso, por no haber solicitado tratamiento arancelario preferencial para esa mercancía al ser importada, siempre que la solicitud vaya acompañada de: (a) una declaración por escrito indicando que la mercancía califica como originaria en el momento de la importación; (b) el certificado de origen o su copia; y (c) cualquier otra documentación relacionada con la importación de la mercancía, tal como lo pueda requerir la autoridad aduanera.

56. Consideramos igualmente que bajo la situación prevista en el Artículo 4.18 del capítulo cuarto sobre solicitud de devolución de aranceles, si la mercancía calificaba como originaria al momento de su importación, la misma igualmente tendría que cumplir con lo señalado en el artículo 4.12, transcrito. En ese orden, la única posibilidad para ser acreedora a la devolución de derechos, consideramos es que la mercancía hubiese sido despachada directamente y sin que haya permanecido en tránsito o sido objeto de descarga, recarga, fraccionamiento o cualquier otra operación, en el territorio de una no Parte del Acuerdo, por lo que como se advierte, para que la autoridad aduanera del Estados no Parte se entere de que se trata de una mercancía originaria, debe contar con el certificado de origen debidamente expedido.

57. Decisión 416 "normas especiales para la calificación de origen y certificación de origen de las mercancías"

El artículo 12 de la Decisión 416, señala que el cumplimiento de las normas y de los requisitos específicos de origen deberá comprobarse con un certificado de origen emitido por las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas para tal efecto por el País Miembro exportador.

58. Para la expedición de una certificación del origen en la Comunidad Andina, las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas deberán contar con una declaración jurada suministrada por el productor, en el formato a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión.

59. Sobre la emisión del certificado de origen, la decisión únicamente prevé que la fecha del certificado de origen debe coincidir o ser posterior a la fecha de emisión de la factura comercial, e indica de igual forma que, a los fines de la expedición de la certificación de origen, en todos los casos, la factura comercial deberá presentarse conjuntamente.

60. En el artículo 16 de la decisión, señala que las autoridades aduaneras del País Miembro importador no podrán impedir el desaduanamiento de las mercancías en casos de duda acerca de la autenticidad de la certificación, presunción de incumplimiento de las normas establecidas en esta Decisión, o cuando el certificado de origen no se presente, contenga errores, o esté incompleto. En tales situaciones se podrá exigir la constitución de una garantía por el valor de los gravámenes aplicables a terceros países, de conformidad con las legislaciones nacionales de los Países Miembros. Además, las partes acordaron que, cuando el certificado de origen no se presente, las autoridades aduaneras del País Miembro importador otorgarán un plazo de quince días calendario a partir de la fecha de despacho a consumo o levante de la mercancía, para la debida presentación de dicho documento. Vencido el plazo, se harán efectivas las garantías o se cobrarán los gravámenes correspondientes.

61. Como la Decisión guarda silencio sobre si el certificado de origen tiene que ser emitido antes del embarque de la mercancía, pero si regula cuando puede ser exigido por la autoridad aduanera del País Miembro importador, claramente se permite que el certificado de origen sea emitido con posterioridad al embarque. Lo que si debe ser es que la fecha del certificado debe coincidir con la fecha de la factura e incluso se permite que sea posterior a la fecha de emisión de la factura, como también al momento de solicitar la emi-

sión del certificado de origen la factura debe presentarse conjuntamente con la solicitud.

62. De los certificados de origen en los Acuerdo más recientes como por ejemplo, en el Acuerdo Comercial de la Unión Europea y Colombia, Perú y Ecuador, Acuerdo de Colombia con los Estados AELC, el Protocolo Adicional de Alianza del Pacífico, el TLC entre Colombia e Israel y TLC entre Colombia y Corea.

Según se desprende de su comunicación, para la Federación colombiana de agentes logísticos en comercio internacional los acuerdos más recientes, por ejemplo, Unión Europea, los Estados AELC, la Alianza del Pacífico, Israel y Corea, prevén además de la expedición de la prueba de origen al momento de la exportación, la posibilidad de la expedición de la prueba de origen en fecha posterior al embarque.

63. Sobre esta apreciación, reiteramos lo dicho para los acuerdos ya analizados, cada acuerdo es un acuerdo de voluntades único y se configura en ley para las Partes, puede que sea el resultado de la suma de muchos elementos contenidos en varios acuerdos preexistentes de las Partes o la mezcla de ellos. Siendo así no existe otro camino distinto al de analizar si en ellos se acordó la posibilidad de la expedición del certificado de origen posterior al embarque o exportación o no y también si las Partes previeron en cada uno de ellos la posibilidad de solicitud de devolución de derechos arancelarios, del bien sobre el cual no se hizo una solicitud de tratamiento preferencial al momento de la importación, veamos:

64. Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una Parte y Colombia, Perú y Ecuador, por otra Parte.

El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, regula lo relacionado con la emisión y validez a la prueba de origen el Anexo II "Relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y métodos para la cooperación administrativa".

65. Allí se indica que, para poder acogerse a las preferencias arancelarias bajo el Acuerdo Comercial con la UE, es necesario cumplir con las reglas y procedimientos de origen y regula además los métodos para la Cooperación Administrativa. Entre ellas, el importador debe presentar el Certificado de Circulación de Mercancías EUR.1, cuyo ejemplar se encuentra en el Apéndice 3 del Anexo II, o una



declaración emitida por un exportador en una factura (declaración en Factura), una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación (Ej. la lista de empaque), según lo dispone el artículo 20 del Anexo II.

66. Por otra parte, para determinar si es posible mantener el origen y acogerse a las preferencias arancelarias bajo el Acuerdo Comercial, se debe revisar la cláusula de transporte directo.

67. De conformidad con el Artículo 13 "Transporte directo" del Anexo II del Acuerdo, el tratamiento preferencial aplica únicamente a los productos que satisfagan los requisitos del anexo en mención y que sean transportados directamente entre la Unión Europea y los Países Andinos signatarios (Colombia-Perú-Ecuador). No obstante, los productos podrán ser transportados a través de otros territorios, incluyendo transbordos o almacenamiento temporal en esos territorios, siempre que permanezcan bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito o de almacenamiento temporal y no se sometan a operaciones distintas a las de descarga, carga o cualquier otra operación destinada a conservarlos en buen estado.

68. El documento de transporte deberá indicar el lugar de destino de la mercancía a uno de los tres Países andinos signatarios y para demostrar que cumple con las condiciones descritas de transporte directo, el artículo en

mención señala que las autoridades aduaneras de la Parte importadora podrán solicitar los siguientes documentos soporte: "(...)"

Documentos de transporte, tales como la guía aérea, el conocimiento de embarque, manifiesto de carga o documento de transporte multi modal o combinado, que certifique el transporte desde el país de origen hasta la Parte importadora; Documentos aduaneros que autoricen el transbordo o almacenamiento temporal; o a falta de lo anterior, cualquier documento de respaldo. (...)"

69. En este sentido, para que en un país andino signatario (Colombia-Ecuador-Perú) puedan acogerse al tratamiento preferencial bajo el Acuerdo con la UE, debe presentar como soporte al momento de la importación en el territorio de una de las Partes, además de la prueba de origen, el documento de transporte que acredite el transporte directo desde un País Miembro de la UE hasta un país andino signatario (Colombia-Ecuador-Perú). Ahora bien, si la mercancía fue transportada a través de otros territorios (diferentes al país de destino final de la mercancía), incluyendo transbordo o almacenamiento temporal, debe presentar el documento aduanero expedido por la autoridad competente que certifique que la mercancía permaneció bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito o de almacenamiento temporal y que no se sometió a operaciones distintas a las de descarga, carga o cualquier otra operación destinada a conservarlos en buen

estado. De la misma forma, el certificado de origen debe tener un destinatario en el país de importación.

70. Ahora bien, el Acuerdo Comercial con la UE especifica expresamente la obligación de la emisión del Certificado EUR 1 en el párrafo 7 del artículo 16 "Procedimiento para la emisión de un certificado de circulación de mercancías EUR.1", lo siguiente:

"Las autoridades competentes o autoridades aduaneras emitirán un certificado de circulación de mercancías EUR.1 y dicho certificado se pondrá a disposición del exportador tan pronto como se efectúe o garantice la exportación efectiva."

71. La anterior precisión y lo dispuesto en el artículo 17 del Anexo II indica, que esta prueba de origen debe ser expedido cuando se efectuó la exportación o cuando la misma esté garantizada.

72. En este acuerdo las Partes incluyeron la posibilidad de la emisión del Certificado de Circulación EUR.1 con posterioridad a la importación, de manera excepcional, después de la exportación de los productos, únicamente cuando se presente una de las siguientes circunstancias: "(...)"

(a) no se emitió un certificado de circulación al momento de la exportación debido a errores u omisiones involuntarias o circunstancias especiales; o

(b) se demuestra a satisfacción de las autoridades competentes o autoridades aduaneras que se emitió un certificado de circulación de mercancías EUR.1 pero que no fue aceptado al momento de la importación por razones técnicas. (...)

73. Sin embargo, en nuestra opinión, inclusive bajo la circunstancia señalada en el párrafo a) transcrito y tratándose ya sea de un Certificado EUR.1 o de una declaración en factura, nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación (Ej. la lista de empaque), que en ese caso guarda silencio sobre el momento de su emisión, consideramos que la prueba de origen debe acompañar a la mercancía desde su embarque o exportación, si ocurre que durante el trayecto, ha sido transportada a través de otros territorios, incluyendo transbordos o almacenamiento temporal en esos territorios, esto con el propósito de poder cumplir con las condiciones dispuestas en el artículo 13 del Anexo II del acuerdo.

74. Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y los Estados AELC

El Acuerdo Comercial entre Colombia y los estados AELC, establece lo concerniente a la emisión y validez a la prueba de origen en el Anexo V "Referido en el Artículo 2.3 con relación a las Reglas de origen y a la Cooperación Administrativa Mutua en Asuntos Aduaneros".

75. Indica que para poder acogerse a las preferencias arancelarias bajo este acuerdo, es necesario cumplir con las reglas y procedimientos de origen, entre los cuales se establece la obligación del importador de presentar al momento de la importación del Certificado de Circulación de Mercancías EUR.1, cuyo ejemplar se encuentra en el Apéndice 3^a del Anexo V, o una declaración de origen texto de la cual figura en el Apéndice 3b del Anexo V dada por un exportador en una factura (declaración en Factura), una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación (Ej. la lista de empaque), según lo dispone el artículo 20 del Anexo V.

76. Así como en el Acuerdo comercial con la UE, en este acuerdo se especifica expresamente la forma de la emisión del Certificado EUR 1 en el párrafo 7 del artículo 16 "Procedimiento para la emisión de un certificado

de circulación de mercancías EUR.1", lo siguiente:

"Las autoridades competentes o autoridades aduaneras emitirán un certificado de circulación de mercancías EUR.1 y dicho certificado se pondrá a disposición del exportador tan pronto como se efectúe o garantice la exportación efectiva".

77. No obstante, se debe considerar respecto a la posibilidad de emisión de un certificado de circulación EUR, luego de la exportación, siempre y cuando, según el artículo 17, ocurran idénticas circunstancia excepcional a las ya descritas y analizadas en el referido acuerdo comercial con la UE.

78. También se incluye dos eventualidades adicionales en las que se permite la emisión del Certificado EUR.1 de manera posterior al embarque y son las descritas en los artículos 18 y 19 del Anexo V, que básicamente ocurren en caso de robo o pérdida o destrucción del certificado EUR.1, en cuyo caso el importador que solicitó a la autoridad competente del país de exportación que lo emitió, un duplicado sobre la base de los documento en su poder y el otro caso, es cuando los productos originarios se coloquen bajo control de la aduana de un estado AELC o en Colombia, en cuyo caso será posible reemplazar la prueba de origen inicial, por uno o más certificados de circulación EUR.1 con el propósito de enviar la totalidad o alguno de dichos productos a otra Parte o a algún lugar dentro de la parte importadora. En este caso los certificados EUR.1 serán emitidos de conformidad con la legislación de la Parte importadora, por la autoridad competente y en coordinación aduanera bajo cuyo control se encuentren los productos.

79. Salvo los casos mencionados anteriormente, la regla general y en una situación normal es que la mercancía este acompañada de la prueba de origen desde el mismo momento del embarque o exportación de los productos originarios.

80. Solo cuando se trate de una declaración de origen en una factura, una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación (Ej. la lista de empaque), según lo dispone el artículo 20 del Anexo V, se podría elaborar la prueba de origen posterior al embarque, siempre y cuando sea transportada directamente sin que haya sido transportada por el territorio de un tercer país, porque de

lo contrario nuestra opinión, el producto debe estar acompañado de la misma dada la obligación contenida en el artículo 14 del Anexo V de este acuerdo.

81. Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Alianza del Pacífico

El Protocolo adicional al Acuerdo Marco de Alianza del Pacífico, establece en el capítulo Cuarto las "Reglas de Origen y Procedimientos relacionados con el Origen".

En el artículo 4.17 del capítulo Cuarto, se especifica que el importador podrá solicitar tratamiento arancelario preferencial basado en un certificado de origen escrito o electrónico emitido por la autoridad competente, en base a la solicitud que le presente el exportador. Además, señala que el certificado de origen será emitido, a más tardar, en la fecha de embarque de la mercancía.

82. Sin embargo, en su párrafo 3 y no obstante lo indicado en el párrafo 1 descrito, un certificado de origen, podrá ser emitido con posterioridad a la fecha de embarque de la mercancía, siempre que:

"(...)

(a) no se haya emitido a la fecha de embarque debido a errores, omisiones involuntarias, o cualquier otra circunstancia que pueda ser considerada justificada de conformidad con la legislación de la Parte exportadora, o

(b) se demuestre, a satisfacción de la autoridad competente para la emisión de certificados de origen, que el certificado de origen emitido no fue aceptado al momento de la importación. El periodo de vigencia debe mantenerse según lo indicado en el certificado de origen que se emitió originalmente. (...)

83. En consideración a las circunstancias por las que se estableció la posibilidad de emitir un certificado de origen en fecha posterior al embarque, se entiende que las Partes consideraron indispensable que la emisión del certificado de origen se realice antes del embarque o máximo en el mismo momento, porque la excepción debe ser rigurosamente demostradas, a diferencia de otros Acuerdos que como se ha explicado, se observa que sobre ese aspecto las Partes decidieron guardar silencio.

84. Lo anterior se reafirma al considerar lo dispuesto en el artículo 4.15 que es la cláusula de tránsito y transbordo, veamos: *"ARTÍCULO 4.15: Tránsito y Transbordo*

1. Para que las mercancías conserven su carácter de originarias y se beneficien del tratamiento arancelario preferencial, éstas deberán haber sido expedidas directamente de la Parte exportadora a la Parte importadora. Para tal efecto, se considerarán expedidas directamente:

- (a) las mercancías transportadas únicamente por el territorio de una o más Partes;
- (b) las mercancías en tránsito a través de uno o más países que no sean Parte del presente Protocolo Adicional, con o sin transbordo o almacenamiento temporal, siempre que:
 - (i) no sean objeto de ninguna operación fuera del territorio de las Partes, excepto la carga, descarga, fraccionamiento o cualquier otra operación necesaria para mantener la mercancía en buenas condiciones, y (ii) permanezcan bajo el control de las autoridades aduaneras en el territorio de un país no Parte.

2. El importador podrá acreditar el cumplimiento del párrafo 1(b):

- (a) en caso de tránsito o transbordo, con documentos de transporte, tales como la guía aérea, el conocimiento de embarque, la carta porte, o el documento de transporte multimodal o combinado, según corresponda;
- (b) en caso de almacenamiento, con documentos de transporte, tales como la guía aérea, el conocimiento de embarque, la carta porte, o el documento de transporte multimodal o combinado, según corresponda, y los documentos emitidos por la autoridad aduanera u otra entidad competente que de conformidad con la legislación del país que no es Parte acrediten el almacenamiento, o
- (c) a falta de lo anterior, cualquier otro documento de respaldo emitido por la autoridad aduanera u otra entidad competente, de conformidad con la legislación del país que no es Parte. (...)

85. Tratado de Libre Comercio entre la república de Colombia y el Estado de Israel

En este acuerdo se regula el Capítulo Tres lo concerniente a "REGLAS DE ORIGEN" y en su artículo 3.16 sobre "procedimiento para la emisión de certificado de origen", establece que cuando se habla de prueba de origen se refiere tanto a un certificado de origen electrónico como al de papel.

86. También se indica que los productos originarios del territorio de Israel al importarse al territorio de la República de Colombia, y viceversa, se beneficiarán de este Acuerdo presentando, de conformidad con la legislación interna de la Parte importadora:

- (...)
- (a) un Certificado de Origen, cuya ejemplar figura en el Anexo3-B; o



(b) en los casos señalados en el Artículo 3.19, una declaración emitida por un exportador (en adelante, "Declaración en Factura"), en una factura, una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación; el texto de la Declaración en Factura figura en el Anexo3-C. (...)

87. Respecto a la emisión del certificado de origen señala que "(...) Las autoridades aduaneras de la Parte exportadora emitirán un Certificado de Origen a solicitud escrita en papel o electrónica del exportador o de su representante autorizado bajo la responsabilidad del exportador, de acuerdo con la regulación doméstica de la Parte exportadora. (...)

88. Al igual que en los Acuerdos con la UE y los Estados AELC, el Artículo 4.16 dispone que:

"(...) 7. Las autoridades aduaneras emitirán un Certificado de Origen y dicho certificado se pondrá a disposición del exportador tan pronto como se efectúe o garantice la exportación efectiva."

89. Sin embargo, dice el artículo subsiguiente, el 3.17 que se podrá emitir excepcionalmente un certificado de origen a posteriori, es decir, después de la exportación de los productos "...si no se emitió en el momento de la exportación, debido a errores u omisiones involuntarias o circunstancias especiales; o si se demuestra a satisfacción de las autoridades aduaneras que el certificado fue emitido pero que no fue aceptado al momento de la importación por razones técnicas."

90. Al respecto de la emisión del certificado de origen posterior al embarque, el Artículo 3.17 especifica que:

"2. Para la aplicación del párrafo 1, el exportador indicará en su solicitud el lugar y fecha de la exportación de los productos a los cuales se refiere el Certificado de Origen, y señalará las razones de su solicitud.

3. Las Autoridades Aduaneras de la Parte exportadora podrán emitir un Certificado de Origen a posteriori únicamente después de verificar que la información suministrada en la solicitud del exportador concuerda con la del expediente correspondiente.

4. En concordancia con este Artículo, en los Certificados de Origen se indicará que fueron emitidos a posteriori en la casilla indicada en el Anexo3-B. (...)

91. En nuestra opinión la voluntad de las Partes de este acuerdo es que la expedición

del certificado de origen sea previa a la exportación, por cuanto se insta a la autoridad aduanera a emitir la certificación de origen a posteriori, cuando se haya verificado que la información suministrada en la solicitud del exportador concuerda con la información que fuera presentada por el exportador y que consta en el expediente.

92. Ahora bien, la cláusula alusiva al transporte directo, contenida en el Artículo 3:13 del Capítulo Tres, determina que el tratamiento arancelario preferencial es aplicable a los productos que satisfagan los requisitos allí establecidos, entre otros la condición de que sean transportados directamente, con algunas novedades, veamos:

ARTÍCULO 3.13: TRANSPORTE DIRECTO

1. El tratamiento preferencial contemplado en este Acuerdo se aplica únicamente a los productos que satisfagan los requisitos de este Capítulo que sean transportados directamente entre los territorios de las Partes. Sin embargo, los productos originarios de los territorios y que constituyan un solo envío que no sea fraccionado podrán ser transportados a través de territorios de no Partes, de presentarse la ocasión, incluyendo trasbordos o almacenamiento temporal en esos territorios, siempre que permanezcan bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito o de almacenamiento temporal; y (a) el tránsito esté justificado por razones geográficas o por consideraciones relacionadas con requisitos de transporte; y (b) no se prevé comercialización, consumo, uso o utilización en el territorio de la no Parte cuando la mercancía esté en tránsito; y (c) no sufran operaciones diferentes a descarga, recarga, o cualquier operación para preservar la mercancía en buenas condiciones.

2. A solicitud de las autoridades aduaneras de la Parte importadora, se proporcionará la documentación que sustente el cumplimiento de las condiciones señaladas en el párrafo 1, mediante la presentación de:

- (a) cualquier documento de transporte, que cumpla con los estándares internacionales y que pruebe que la mercancía fue transportada directamente desde la Parte exportadora hasta la no Parte en la que la mercancía hace tránsito hacia la Parte importadora; o
- (b) un certificado emitido por las autoridades aduaneras de la no Parte en donde la mercancía hizo tránsito que contenga una descripción exacta de la mercancía, la fecha y el lugar de carga y recarga de la mercancía en el territorio de la no Parte y las condiciones bajo las cuales la mercancía fue embarcada; o
- (c) en ausencia de lo anterior, cualquier otro documento que pruebe el envío directo.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 y 2, durante el año siguiente a la entrada en vigor de este Acuerdo, las Partes discutirán la posibilidad de un mecanismo que permita que una mercancía originaria, que hace tránsito a través del territorio de una no Parte con el que cada Parte tiene de forma separada un Acuerdo de Libre Comercio de conformidad con el Artículo XXIV del GATT 1994 y sus notas interpretativas, no pierda su condición de originaria.”

93. La partes de este Acuerdo, precisaron que **sólo los productos originarios que constituyan un único envío y que no sea fraccionado** podrán ser transportados a través de territorios de no Partes, y de presentarse la ocasión, incluye trasbordos o almacenamiento temporal en esos territorios, claro, siempre que **permanezcan bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito o de almacenamiento temporal y el tránsito esté justificado por razones geográficas y por consideraciones relacionadas por requisitos de transporte**, claro que cumpliendo los demás requisitos que menciona el artículo.

94. Lo anterior, nos permite concluir que cuando los productos no se encuentren acompañados del certificado de origen desde que son exportados, resulta imposible que puedan ser transportados a través de los territorios de terceros países que no son Parte, por cuanto las autoridades aduaneras de esos países no Partes, no tendrán podrán conocer y por lo mismo actuar de acuerdo a lo señalado en el literal b) del párrafo 2 del artículo transcrito.

95. Finalmente en el artículo 3.21: PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA DE ORIGEN, establece que se presentarán las pruebas de origen ante las autoridades aduaneras de la Parte importadora de conformidad con los procedimientos aplicables en esa Parte. Dichas autoridades podrán exigir que la declaración de importación vaya acompañada de una declaración del importador de que los productos cumplen con las condiciones exigidas para beneficiarse de la aplicación del Acuerdo.

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 3.21 y sin ser los llamados a interpretar las disposiciones concernientes al procedimiento de despacho de mercancías por carecer de competencia para pronunciarnos sobre el particular, observamos que el numeral 8 del artículo 189 del Decreto 1165 de 2019, permite previa constitución de una garantía la presentación del certificado de origen en

forma posterior a la aceptación del documento aduanero de importación.

96. Acuerdo de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y la República de Corea

Encontramos en el Capítulo Tres “Reglas de origen y Procedimientos de Origen”, todo lo concerniente a la expedición del certificado de origen.

97. El Acuerdo con Corea establece la figura del denominado auto certificado, por cuanto deberá ser expedido y firmado por el exportador o el productor. Cuando el exportador no sea le productor, el certificado de origen podrá ser emitido por el exportador con fundamento en: (a) su conocimiento que la mercancía califica como una mercancía originaria; o (b) el certificado de origen, o una declaración escrita de que la mercancía califica como originaria, entregada por el productor. Además, indica, entre otros aspectos que un certificado de origen tendrá una vigencia de un año, o por un periodo más largo si así lo establecen las leyes y regulaciones de la Parte importadora, después de la fecha en la cual fue firmado el certificado de origen.

98. Este acuerdo guarda silencio sobre si el certificado de origen puede ser expedido después de que los productos originarios fueron exportador, Sin embargo, consideramos que darse esta situación, la mercancía no podrá permanecer en tránsito o transbordo durante su transporte en el territorio de un tercer país no parte, según lo establece el artículo 3.15 sobre transporte directo.

“ARTÍCULO 3.15: TRANSPORTE DIRECTO

1. Una mercancía originaria que es transportada a través del territorio de una no Parte, se considerará como no originaria, a menos que pueda demostrarse que la mercancía:

- (a) no sufre una mayor producción u otra operación en el territorio de esa no Parte, diferente a la descarga, división de carga por razones de transporte, recarga o cualquier otra operación necesaria para conservarla en buen estado; (b) permanece bajo el control de la aduana mientras que esté fuera del territorio de una o ambas Partes, y (c) no entran en el comercio o el consumo en el territorio de esa no Parte.

2. Evidencia que las condiciones establecidas en el párrafo 1 se han cumplido se proporcionarán, previa solicitud, a la autoridad aduanera, de conformidad con los procedimientos aplicables en la Parte importadora, por la producción de: (a) evidencia de las circunstancias relacionadas con el transbordo o el almacenamiento de las mercancías en el

territorio de la no Parte; o (b) un documento expedido por la autoridad aduanera u otra autoridad competente del país no Parte, que indica que las condiciones establecidas en el apartado 1 se han cumplido.”

99. De otra parte y siguiendo la línea de otros acuerdos ya mencionados como es el caso del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos, este acuerdo regula en el artículo 3.20 del capítulo tres, el compromiso para que las Partes reconozcan el trato arancelario preferencial, cuando una mercancía era originaria al ser importada y el importador no hizo una solicitud de trato arancelario preferencial en ese momento, para que el importador pueda dentro de un periodo de al menos de un año después de la fecha de importación u otro plazo mayor según las leyes de la parte importadora, el importador haga la solicitud del trato arancelario preferencial y solicite el reembolso de los pagados por ese concepto, siempre y cuando presente a la Parte importadora: un certificado de origen y, cuando sea apropiado, otra evidencia manifestando que la mercancía califica como originaria; y otra documentación relacionada con la importación de las mercancías, según lo requiera la Parte importadora.

100. Consideramos que esta posibilidad, no se debe confundir con la expedición del certificado de origen posterior al embarque o exportación de la mercancía objeto de consulta, dado que la situación es distinta en la medida que la mercancía fue importada y su importación generó el pago de los aranceles, de manera que las Partes acordaron bajo esta circunstancia permitir al importador solicitar la devolución del arancel siempre y cuando la mercancía en el momento de ser importada calificara como originaria. Para probar esta situación, consideramos que además la mercancía debía cumplir con lo establecido en estableci-

do en la cláusula de transporte directo, transcrita lo que nos conduce a suponer que la mercancía debía estar acompañada del certificado de origen al momento de ser exportada, y si no, por lo menos debió ser despachada directamente y un haber permanecido en tránsito o almacenada en el territorio de un País no Parte, con el fin de cumplir con lo establecido en el artículo 3.15, aludido.

Conclusión

101. En términos generales, la expedición del certificado de origen comúnmente se ha acordado que debe darse previo a la expedición, embarque o exportación de la mercancía, e inclusive en el mismo momento de su exportación, esto por cuanto su emisión está directamente relacionada con la operación de comercio amparada bajo algún Acuerdo Comercial en vigor. La razón es que la emisión de la prueba de origen supone una planeación, cuyo resultado parte del proceso de elaboración de los productos objeto de intercambio comercial y que se fundamenta en la trazabilidad que permite demostrar el cumplimiento de la regla de origen, que al mismo tiempo debe estar soportada con la documentación del proceso productivo y de los materiales originarios y no originarios que se hayan utilizado en su elaboración. De tal suerte que la prueba de origen se encuentra relacionada íntimamente con la operación de compraventa, que comúnmente ocurre antes de que la mercancía haya sido despachada, embarcada o exportada con destino al territorio de la otra Parte, según el acuerdo de que se trate.

102. Sin embargo, en consideración a la dinámica del comercio exterior, no necesariamente todas las transacciones comerciales ocurren cuando la mercancía aún no ha sido

exportada, por lo cual, en la gran mayoría de los Acuerdos, puede ocurrir que la expedición del certificado de origen se dé después del embarque de una mercancía con destino al territorio de la otra Parte del respectivo Acuerdo.

103. En todo caso, es importante no perder de vista, cuando se cuente con esa prerrogativa, las disposiciones en cada uno de los Acuerdos, en materia de tránsito, transbordo o expedición directa, así como de la facultad con la que cuanta la autoridad aduanera de la parte importadora, de regular la admisión de la prueba de origen posterior al embarque e incluso a la importación del bien, de acuerdo con su legislación.

104. Los eventos mencionados y que se desarrollarán en este concepto, nos ilustrarán de alguna manera que el momento de expedición de la prueba de origen y el significado que las Partes quisieron darle en cada uno de los acuerdos comerciales analizados, es independiente, es decir, no depende de la celebración de un grupo de Acuerdos Comerciales antiguos o de nuevas tenencias de negociación en los tratados.

105. La presente respuesta se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2003, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.



Aplicabilidad del ACE-59 en los intercambios comerciales de Colombia y Ecuador.

Fecha:

18 de marzo de 2021

Problema jurídico:

¿Tiene aplicabilidad el Acuerdo de Complementación Económica ACE-59 para los intercambios comerciales entre la República de Colombia y la República de Ecuador?

Regla:

El Acuerdo de Complementación Económica ACE-59 no tiene aplicabilidad para los intercambios comerciales entre la República de Colombia y la República de Ecuador, debido a que estos intercambios comerciales se encuentran regulados por el Acuerdo de Cartagena.

Concepto

1. Se consulta acerca de la interpretación de la aduana ecuatoriana respecto a la vigencia para Colombia del Acuerdo de Complementación Económica ACE-59.

2. Es importante tener en cuenta que el Acuerdo de Complementación Económica ACE No. 59 ("ACE-59") suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República de Paraguay y de la República Oriental de Uruguay, Estados Parte del Mercado Común del Sur ("Mercosur") y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República de Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina ("CAN"), se suscribió el 18 de octubre de 2004, fue aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 1000 de 2005, y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-864 del 18 de octubre de 2006, el cual entró en vigor bilateralmente entre Colombia con Argentina, Brasil y Uruguay el 1 de febrero de 2005, y con Paraguay el 19 de abril de 2005.

3. Según sus cláusulas finales establecidas en el Título XXVIII, artículo 47, su duración es indefinida y las Partes signatarias que deseen denunciarlo deben hacerlo mediante comunicación dirigida a la Comisión Administradora sesenta (60) días antes. La denuncia surte efecto un año después del depósito de la misma.

4. El Acuerdo de Complementación Económica ACE No. 72 ("ACE-72") lo suscriben los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República de Paraguay y de la República Oriental de Uruguay, como Estados Parte del Mercosur y el Gobierno de la República de Colombia, en la ciudad de Mendoza de la República de Argentina el 21 de julio de 2017.

5. Cada uno de estos Acuerdos son independientes y contienen cláusulas finales de vigencia y entrada en vigor, así como disposiciones para su denuncia.

6. El ACE-72 reemplazará para sus relaciones mutuas entre Colombia y el Mercosur al ACE-59, cuando Colombia informe a la Secretaría General de la Asociación Latinoamericana de Integración ("ALADI") y esta, a su vez, notifique a las Partes Signatarias que el Acuerdo fue incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante Ley de la República.

Esto de conformidad con lo señalado en su artículo 39.

7. Como este es un nuevo Acuerdo, suscrito entre partes distintas, hay que observar que dice el artículo 43 del ACE-72 que establece la cláusula de vigencia de este Acuerdo y sus Protocolos Adicionales, la cual indica que tendrán una duración indefinida y entrarán en vigor bilateralmente diez (10) días después de que la República de Colombia, y por lo menos una de las otras Partes Signatarias, hayan notificado a la Secretaría General de la ALADI ("SGALADI") su incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

8. Señala además, que la entrada en vigor del ACE-72 se hará en forma bilateral, diez (10) días después de que la República de Colombia y por lo menos una de las otras partes signatarias, hayan notificado a la SGALADI, su incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

9. Las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ya notificaron a la SGALADI su incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos. Mientras que la República de Colombia aún no lo ha hecho. Sin embargo, el mismo artículo 43 del ACE-72, indica que:

a. "Sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 20, las Partes Signatarias podrán aplicar este Acuerdo de manera provisional en tanto se cumplan los trámites necesarios para la incorporación del Acuerdo a su derecho interno. Las Partes Signatarias comunicarán a la Secretaría General de la ALADI la aplicación provisional del Acuerdo, la que a su vez informará a las Partes Signatarias la fecha de la aplicación provisional bilateral cuando corresponda"

10. Dado lo anterior, el ACE-72 se encuentra en aplicación provisional, con Argentina desde el 20 de diciembre de 2017, con Brasil también desde 20 de diciembre de 2017, con Uruguay desde el 11 de junio de 2018 y con Paraguay desde el 29 de enero de 2019.

11. Como el nuevo ACE-72 se encuentra en aplicación provisional, tanto las listas de desgravación como los nuevos cupos que se establecieron en este Acuerdo, se aplican provisionalmente de conformidad con los Decretos 2122 de 2017 y Decreto 666 de 2019.

12. En conclusión, hasta tanto Colombia no notifique a la SGALAD su incorporación al respectivo ordenamiento jurídico interno, el ACE-72 no habrá reemplazado en sus rela-

ciones bilaterales al ACE-59, es decir, ambos acuerdos se están aplicando simultáneamente por encontrarse vigentes. Esto, al tenor literal del artículo 39 del ACE-72, que indica lo siguiente:

a. "Asimismo, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 43, cuando la Secretaría General de la ALADI notifique a las Partes Signatarias que recibió la quinta notificación indicando el cumplimiento de los procedimientos de incorporación a su derecho interno, el presente Acuerdo reemplazará para sus relaciones mutuas entre las Partes Contratantes, en todas sus disposiciones, al Acuerdo de Complementación Económica N° 59"

13. La nota al pie 1 del este artículo 39, establece lo siguiente:

a. "En el caso de Colombia, la notificación de aplicación provisional no constituye la notificación de cumplimiento de los procedimientos de incorporación a su derecho interno a que se refiere este artículo."

14. Ahora entraremos a analizar el problema materia de consulta y que surge como consecuencia de la suscripción del ACE-72, por cuanto la administración aduanera ecuatoriana, según informa, considera que la suscripción del ACE-72, involucra para la República de Colombia la terminación del ACE-59 y por ende que deje de aplicarse en las relaciones con Ecuador. Para resolver su inquietud, comenzaremos por dilucidar cuales son los compromisos u obligaciones y derechos adquiridos por las partes, veamos:

15. El Acuerdo estableció una zona de libre comercio entre los países signatarios y permitió beneficiar de origen a los países subscriptores

16. Según indica, todo producto que transite por el estado colombiano, proveniente de un país signatario del ACE-59, pierde los beneficios de origen por el mero ingreso al territorio nacional del hermano país; de la misma manera, si existe algún agregado nacional colombiano al producto, también se perdería la calidad de originaria de la mercancía.

17. Al respecto, es importante primero analizar el relacionamiento entre las partes signatarias del ACE-59 para, de esta manera, establecer si la operación por usted descrita confiere el tratamiento arancelario preferencial bajo este Acuerdo.

18. A los efectos del presente concepto, es indispensable hacer claridad acerca de la

identidad de las partes del tratado ACE-59, con el fin de establecer la forma en que se deben cumplir las obligaciones estipuladas en el mismo, particularmente las del programa de liberalización y las reglas de origen.

19. Del texto del Preámbulo del ACE-59 se desprende la identificación entre “Partes Contratantes” vs. “Partes Signatarias” para, en adelante, comprender las situaciones en las que se hace referencia a éstas o a aquellas, así:

Partes Contratantes

- Estados Parte del Mercosur
- Países Miembros de la CAN
- Venezuela

Partes Signatarias

- Gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay
- Gobiernos de Colombia, Ecuador y Venezuela
- En el caso de Venezuela, con ocasión de su denuncia del Acuerdo de Cartagena (CAN) en 2006 y su permanencia en el ACE No. 59, se debe tener en cuenta la calidad y denominación de este país dentro de este acuerdo como una tercera Parte Contratante. En ese sentido, los países signatarios del ACE No. 59, incluida Venezuela, suscribieron el Noveno Protocolo Adicional al ACE 59 el 22 de diciembre de 2011.

20. Por medio de este Protocolo se adecuó el régimen general del ACE-59, de manera que éste sea entendido como un Acuerdo tripartito. En su artículo 1 se dispone que en el texto del Acuerdo se entienda que Venezuela tendrá la condición simultánea de Parte Signataria y de Parte Contratante, mientras los demás países conservarán las denominaciones arriba enunciadas.

21. No obstante, el Protocolo no está en vigor, toda vez que no se han surtido las comunicaciones previstas en el artículo 2 del mismo. Según este artículo, el Protocolo entrará en vigencia una vez la SGALADI comunique a las Partes Signatarias la recepción de la última comunicación por la que dichas Partes Signatarias le informen haber completado los trámites internos de su legislación para la entrada en vigor del Protocolo, incluso su entrada en vigencia provisional. De momento, faltan las comunicaciones de Paraguay y Brasil. Colombia le dio aplicación provisional mediante el Decreto 1872 de septiembre de 2012.

22. Aclarado lo anterior, se tiene que el ACE-59 es un tratado en el sentido de la Con-

vención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de acuerdo con la cual “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”.

23. Para el caso concreto, este es un tratado celebrado entre los Estados Partes del Mercosur (partes del Tratado de Asunción de 1991), individualmente considerados, los Países Miembros de la CAN (partes del Acuerdo de Cartagena de 1969), igualmente, individualmente considerados y la República Bolivariana de Venezuela.

24. A la luz de las disposiciones de la Convención citada, se verifica que la denuncia (retiro) de Venezuela se hizo acorde con su artículo 54 y en aplicación de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena a tales efectos (artículo 135). Asimismo, que la celebración del ACE No. 59, posterior al Acuerdo de Cartagena, no modifica o extingue en manera alguna las disposiciones de éste en la forma prevista en el artículo 59 de la Convención.

25. Se trata, pues, de un acuerdo comercial entre países que forman parte de tres partes diferentes, denominados “Partes Contratantes”, a los efectos de dicho acuerdo, el cual tiene por objetivo formar un área de libre comercio entre aquellos.

26. En ese sentido, no se deben confundir las obligaciones adquiridas por las Partes del ACE-59 reguladas en los capítulos del mismo, con las obligaciones nacidas del ACE-72; con las obligaciones surgidas de los tratados que dan origen a la CAN o al Mercosur, las cuales regulan capítulos similares, para los mismos países presentes en dichos tratados.

27. Para mayor comprensión sobre la aplicación de los capítulos del ACE-59 y su interacción con los capítulos de los demás acuerdos preexistentes, se hace necesario establecer su alcance y objeto.

28. Sobre el Programa de Liberación Comercial y el Régimen de Origen

29. De acuerdo con el artículo 3 del ACE-59 “Las Partes Contratantes conformarán una Zona de Libre Comercio a través de un Programa de Liberación Comercial, que se aplicará a los productos originarios y procedentes de los territorios de las Partes Signatarias”, esto es, las listas de desgravación se establecen entre los países de un bloque frente a los

del otro bloque (artículo 4, Anexo II *ejusdem*).

30. De lo anterior, es esencial tener en cuenta que los cronogramas de desgravación de Colombia en el ACE-59 se pactaron entre Colombia y cada uno de los miembros de Mercosur, pero no así entre Colombia y los miembros de la CAN. Los cronogramas de desgravación entre Colombia y los miembros de la CAN se pactaron en el marco del Acuerdo de Cartagena. En el ACE 59, cada país (Parte Signataria) acordó sus listas de desgravación con los demás.

31. Además, es conviene también precisar que en el artículo 12 del ACE No. 59, se pactó que “Las Partes Signatarias aplicarán a las importaciones realizadas al amparo del Programa de Liberación Comercial, el Régimen de Origen contenido en el Anexo IV del presente Acuerdo”.

32. Así, el artículo 6 del Anexo IV establece que:

a. “Para efectos del cumplimiento de las reglas de origen, los materiales originarios del territorio de cualquiera de las Partes Signatarias, incorporados en una determinada mercancía en el territorio de la Parte Signataria exportadora, serán considerados originarios del territorio de esta última. Para efectos de la acumulación señalada en el párrafo anterior, también se considerarán originarios de la Parte Signataria exportadora, los materiales originarios de Bolivia y Perú”.

33. Hasta aquí se observa que a regla de acumulación de origen del artículo 6 del Anexo IV, NO es aplicable en la forma sugerida en la pregunta que motiva esta consulta, dado que todo producto que transite por el Estado colombiano proveniente de un país signatario del ACE No. 59 perdería el carácter de originario bajo este acuerdo si no cumple con lo dispuesto en su cláusula de transporte directo. De la misma manera ocurre si, por ejemplo, el producto contiene un agregado nacional colombiano y por ese hecho no se cumple con la regla de origen pactada en el ACE-59 bilateralmente entre Ecuador y Brasil para ese producto, caso en el cual se perdería la calidad de originaria de la mercancía.

34. Lo anterior quiere decir que la regla de acumulación de origen del artículo 6 únicamente sería aplicable en los casos en que un País Miembro de uno de los bloques acumule origen con materiales de cualquier país signatario y exporte el bien final al otro País del bloque contrario para, efectivamente, gozar de la preferencia pactada entre ambos. Es

decir, Colombia (o cualquier país miembro de la CAN) puede acumular origen con cualquier país signatario del ACE-59 pero debe exportar, necesariamente, a otro Estado Parte del Mercosur y viceversa.

35. En el evento en que Colombia acumule origen con materiales de Brasil (o cualquier otro Estado Parte del Mercosur) y lo exporte a Ecuador (o a cualquier otro País Miembro de la CAN) el goce de la preferencia, si fuera procedente, se concedería por este país a Colombia de acuerdo con el régimen de origen previsto en el marco de la CAN, dado que en dicho Acuerdo es donde efectivamente existe un Programa de Liberación Comercial y el régimen de origen correspondiente.

36. Sin embargo, para el caso objeto de consulta, esto no podría ser posible, comoquiera que en el régimen de origen de la CAN, no se contempla la posibilidad de acumular origen con materiales de terceros países. Por el contrario, y sin perjuicio de los criterios generales del artículo 2 y en el artículo 7 de la Decisión 416 de 1997, se dispone: *“Para la determinación del origen de los productos se considerarán como originarios del territorio de un País Miembro los materiales importados originarios de los demás Países Miembros”*.

37. Por lo señalado en la disposición transcrita, resulta claro que en la CAN únicamente confiere origen los materiales que se importan desde el territorio de los demás Países Miembros de la CAN, esto es, **se excluye a terceros países de la aplicación de esta regla**.

38. En conclusión y a la luz de las disposiciones señaladas en el ACE-59, ACE-72, CAN y MERCOSUR, como se ha expuesto detalladamente a lo largo de esta comunicación:

39. No es posible aplicar el ACE-59 a los intercambios comerciales que se realicen entre la República de Colombia con la República de Ecuador, porque el intercambio comercial entre estos dos países está regulado por el Acuerdo de Cartagena (CAN).

40. Los intercambios comerciales de cada uno de los Países Miembros de la CAN con cada uno de los Países Miembros del Mercosur se regirán por los Acuerdos de Complementación Económica entre Ecuador y Brasil bajo el ACE-59 y los intercambios entre Colombia y Brasil, en principio mediante en aplicación provisional por el ACE-72 y de manera definitiva, cuando las partes del Acuerdo, hayan notificado a la SGALADI que han culminado sus procedimientos legales internas para su entrada en vigor.

41. Todo producto que transite por el estado colombiano, proveniente de un país signatario del ACE-9, no pierde los beneficios de origen por el mero ingreso al territorio nacional del hermano país si cumple la regla de tránsito y transbordo, que se encuentra en el artículo 13 “expedición directa” y que, para efecto de conservar el carácter de originario bajo el ACE-59, exige que la mercancía en tránsito debe cumplir con los requisitos establecidos allí. Recordemos que según este acuerdo, el ACE regula los intercambios comerciales bilaterales entre cada uno de los Países de la CAN y Venezuela con cada uno de los países del Mercosur. Luego, para el intercambio comercial entre Ecuador y Brasil, Colombia pasaría a ser un tercero y según la regla del artículo 13, la mercancía para conservar el origen debe cumplir con las condiciones establecidas allí.

42. De la misma manera, no es posible bajo el ACE-59 que pueda existir algún agregado nacional colombiano al producto de Brasil, por cuanto los intercambios comerciales entre Colombia y Ecuador se rigen por el Acuerdo de Cartagena y en lo concerniente programa de liberación y al carácter originario de los bienes por la Decisión 416, que en materia de acumulación, según lo dispone el artículo 7 de la Decisión 416 de 1997, Para la determinación del origen de los productos se considerarán como originarios del territorio de un País Miembro los materiales importados originarios de los demás Países Miembros”. Esta cláusula no permite acumular origen con terceros países, en este caso con Brasil y viceversa, por lo cual no existe la posibilidad de que los Países Parte del Mercosur, puedan acumular con terceros países del Mercosur, en este caso con Colombia. El ACE-59, si bien es cierto es suscrito y lo conforman varias Partes, la zona de libre comercio que nace **es bilateral entre cada país parte de la CAN y cada país parte de MERCOSUR** y entre esto últimos con Venezuela.

43. La presente respuesta se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.



CONCEPTO NÚMERO 8

Estándar de Nación Más Favorecida

Fecha:

9 de noviembre de 2020

Problema jurídico:

¿Qué es y cuál es el alcance del estándar de nación más favorecida?

Regla:

El estándar de NMF, como expresión del mandato de no discriminación, impone a los Estados la obligación de conceder las mismas ventajas comerciales (e.g., preferencias arancelarias) a todos los bienes importados a su territorio, sin importar su origen.

Concepto

1. Se consulta acerca de, primero, qué es y cómo funciona la figura de nación más favorecida, segundo, qué países pertenecen a esta figura y, tercero, cuál es el procedimiento para acogerse al menor arancel.

Pregunta No. 1.

¿Qué es y cómo funciona la figura de nación más favorecida?

2. Respuesta No. 1. En términos generales, el estándar de nación más favorecida (“NMF”) es la obligación que impone extender a un país, o a un grupo de países, todas aquellas concesiones o privilegios que un país otorgue a otro. Esta obligación, sin embargo, tiene una regulación diferente en el ámbito multilateral y bilateral.

3. La regulación multilateral es aquella contenida en el entramado normativo de la Organización Mundial del Comercio (“OMC” u “Organización”). A la fecha, esta Organización tiene 164 Miembros, incluyendo a Colombia¹.

4. La regulación bilateral es aquella contenida en los diferentes acuerdos comerciales vigentes para el país. A la fecha, Colombia tiene acuerdos comerciales vigentes con: Israel; México; El Salvador, Guatemala y Honduras; la Comunidad del Caribe (“CARICOM”); Chile; la Asociación Europea de Libre Comercio (“EFTA”); Canadá; los Estados Unidos; el Mercado Común del Sur (“MERCOSUR”); la Unión Europea; la Alianza del Pacífico; Costa Rica, y Corea, entre otros.

5. NMF en el Régimen Multilateral. Comenzando por la regulación multilateral, el estándar de NMF busca que se den las mismas ventajas comerciales a todos los Miembros de la OMC y, de esta manera, evita la discriminación con ocasión del origen de los productos². En este sentido, todo trato favo-

nable debe extenderse, de forma incondicional e inmediata, a los productos similares de todos los Miembros de la Organización.

6. En los términos del artículo I:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la OMC (“GATT”):

“Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por [un Miembro] a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de [todos los demás Miembros] o a ellos destinado”.*

7. En materia arancelaria, entonces, todo arancel más favorable que Colombia imponga a un Miembro de la OMC debe ser extendido, inmediata e incondicionalmente, a los demás Miembros de la Organización, en virtud de la obligación de NMF.

8. No obstante, el estándar de NMF tiene una excepción relevante para su consulta, a saber, las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio³. Estas herramientas son de vital importancia para la liberalización del comercio, ya que permiten integraciones más profundas entre los Miembros de la Organización. Por este motivo, el artículo XXIV del GATT exceptúa a los Miembros de la obligación de NMF cuando quiera que establezcan

sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), artículo IV.

3 GATT, artículo XXIV: “(...) 4. [Los Miembros] reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de [otros Miembros] con estos territorios (...) Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de [los Miembros], el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio”.

zonas de libre comercio y uniones aduaneras, siempre y cuando esto resulte en una mayor integración de los mercados.

9. Por lo expuesto, en el régimen multilateral, los Miembros de la OMC están obligados a extender las ventajas comerciales que concedan a todos los Miembros de la Organización (como, por ejemplo, aranceles más bajos), a menos que dichas ventajas sean fruto del establecimiento de una zona de libre comercio (como, por ejemplo, aquellas establecidas por acuerdos comerciales) o de una unión aduanera.

10. Así las cosas, en Colombia, los aranceles son generalmente impuestos observando la obligación de NMF (aranceles NMF), es decir, de forma igual para todas las mercancías importadas al país desde los demás 163 Miembros de la OMC. De forma excepcional, Colombia concede aranceles más bajos (trato arancelario preferencial) a las mercancías originarias de países con los que tiene un acuerdo comercial vigente. Este trato arancelario preferencial no es extendido a los demás Miembros de la OMC pues, como mencionamos, las zonas de libre comercio (creadas a través de acuerdos comerciales) están exceptuadas de la obligación de NMF.

11. NMF en el Régimen Bilateral. Continuando por la regulación bilateral, como indicamos, el tratamiento arancelario preferencial que sea concedido en virtud de un acuerdo comercial -que establezca una zona de libre comercio- está exceptuado de la obligación de NMF propia del régimen multilateral.

12. Así, los diferentes acuerdos comerciales vigentes para el país contienen preferencias arancelarias para los productos originarios de nuestros socios comerciales **que no se extienden a los demás Miembros de la OMC**. Al respecto, resaltamos las preferencias arancelarias contenidas en el Capítulo 2 del acuerdo comercial con Israel; en el Capítulo 2 del acuerdo comercial con Canadá, y en el Capítulo 2 del acuerdo comercial con los Estados Unidos de América. Por favor tenga en cuenta que texto final de todos los acuerdos comerciales vigentes se puede encontrar en el siguiente vínculo: <http://tlc.gov.co>

13. El tratamiento arancelario preferencial contenido en estos acuerdos, generalmente, es pactado en la forma de listas de desgravación. A modo de ilustración, el acuerdo comercial con los Estados Unidos de América establece este trato arancelario preferencial

¹ Ley 170 de 1994 “por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino”.

² El principio de no discriminación es transversal en el régimen de comercio internacional, el estándar de NMF también se encuentra en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), artículo II, y en el Acuerdo

en su artículo 2.3(2) como sigue: “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”.

14. Esta lista de desgravación arancelaria contiene las siguientes categorías (Anexo 2.3 del acuerdo comercial con los Estados Unidos):

Categoría	Desgravación Acordada
A	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán ser eliminados completamente y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles en la fecha de la entrada en vigor del acuerdo.
B	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán ser eliminados en 5 etapas anuales iguales, comenzando en la fecha de entrada en vigor del acuerdo, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles a partir del 1 de enero del año número 5.
C	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán ser eliminados en 10 etapas anuales iguales, comenzando en la fecha de entrada en vigor del acuerdo, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles a partir del 1 de enero del año número 10.
D	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán ser eliminados en 15 etapas anuales iguales, comenzando en la fecha de entrada en vigor del acuerdo, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles a partir del 1 de enero del año número 15.
E	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán mantenerse en su tasa base entre los años 1 al 10. Comenzando en el 1 de enero del año 11, los aranceles deberán ser eliminados en 7 etapas anuales iguales, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles a partir del 1 de enero del año 17.
F	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán continuar recibiendo un tratamiento libre de aranceles.
T	Los aranceles de las mercancías en esta categoría deberán ser eliminados en 11 etapas anuales iguales, comenzando en la fecha de entrada en vigor del acuerdo, y dichas mercancías deberán quedar libres de aranceles a partir del 1 de enero del año número 11.

15. Además de listas de desgravación, estas preferencias también pueden ser concedidas en la forma de la obligación de NMF. Es decir, un acuerdo comercial podría, eventualmente, establecer que el arancel aplicable entre sus partes para un bien particular corresponde al **más favorable** que cualquiera de sus partes conceda a otro estado no parte.

16. Por ejemplo, el acuerdo comercial con los Estados Unidos tiene una disposición especial en ese sentido para la importación de mercancías agrícolas. De acuerdo con su Capítulo 2, Apéndice I, párrafo 2, si Colombia aplica un arancel más bajo a una mercancía agrícola de cualquier origen, le extenderá este trato a dicha mercancía importada desde los Estados Unidos.

17. En términos generales, entonces, los acuerdos comerciales establecen ciertas preferencias arancelarias (no extensibles a los Miembros de la OMC) en la forma de listas de desgravación. En estas, los estados acuerdan los aranceles aplicables a cada producto por ser importado y las fechas de aplicación de dichos aranceles. Excepcionalmente, los acuerdos comerciales establecen estas preferencias arancelarias en la forma de la obligación de NMF para ciertos bienes. Cuando esto es pactado, el arancel preferencial aplicable corresponde al más favorable que una parte conceda a cualquier otro país no parte.

18. Cada acuerdo comercial, sin embargo, tiene sus propias normas sobre los aranceles preferenciales por aplicar. Así, esta evaluación se deberá realizar caso a caso teniendo

en cuenta qué tipo de mercancía se pretende importar y cuál es el origen de esta mercancía, de cara a las reglas particulares contenidas en cada tratado.

19. En conclusión, entonces, el estándar de NMF en el sistema multilateral es un principio comercial que establece la regla de no discriminación. De acuerdo con esta obligación, los aranceles, entre otras medidas, deben ser aplicados a los bienes importados *sin discriminación entre los países*. Así, un país no puede imponer aranceles mayores a las importaciones provenientes de un Miembro que las aplicadas a otro Miembro de la Organización. Los acuerdos de libre comercio, mediante los que se establecen zonas de libre comercio, son una de las excepciones a esta regla por cuanto permiten que se otor-

guen concesiones entre las partes del acuerdo comercial, sin que estas se tengan que hacer extensivas a los otros Miembros de la OMC. Estas concesiones, fruto de acuerdos comerciales, pueden, entre otras, adoptar la forma de listas de desgravación arancelaria o de la obligación bilateral de NMF.

Pregunta No. 2.

¿Qué países pertenecen a esta figura de nación más favorecida y cuáles son los países con que puedo hacer la comparación de los aranceles y acogerme al menor arancel al momento de la importación?

20. **Respuesta No. 2.** Como mencionamos arriba, la obligación de NMF para el comercio de mercancías está contenida en el GATT. Debido a que el GATT es parte del entramado normativo de la OMC, este es un acuerdo multilateral que vincula, sin excepción, a todos los Miembros de la Organización.

21. Así, esta obligación es vinculante para sus 164 Miembros (incluyendo a Colombia); siendo este un cubrimiento prácticamente universal considerando que en el mundo hay 194 países soberanos reconocidos como tal por la Organización de las Naciones Unidas. Las economías que, a la fecha, no hacen parte de la OMC incluyen a Andorra, Argelia, Azerbaiyán, Bahamas, Bielorrusia, Bután, Bosnia y Herzegovina, Comoras, Curazao, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Irán, Iraq, Libia, Siria, Líbano, Santa Sede, Serbia, Somalia, Sudán, Timor Oriental, Turkmenistán y Uzbekistán, entre otras.

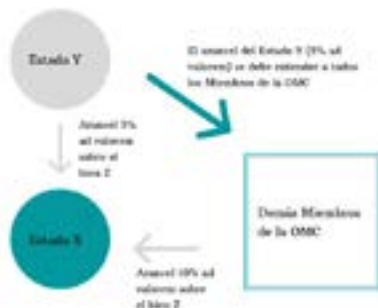
22. En un caso concreto, para determinar si Colombia debe observar la obligación multilateral de NMF, se deben analizar las siguientes cuestiones. Primero, la existencia de una ventaja comercial otorgada por el país a un Miembro de la OMC (e.g., un arancel más bajo). Segundo, la similitud del producto beneficiado por la medida y del producto que busca obtener dicha ventaja comercial (e.g., producto que goza del arancel más bajo v. producto que quiere aplicar al mismo beneficio).

23. En caso de que se determine la existencia de una ventaja comercial y la similitud de los productos bajo consideración, Colombia está obligada a extender, de forma inmediata (en el mismo momento) e incondicional (sin condiciones), dicha ventaja comercial a los productos similares de todos los Miembros de la OMC.

24. Recordemos que Colombia está exceptuada de cumplir con esta obligación en caso de otorgar ventajas comerciales (por ejemplo, en la forma de aranceles preferenciales) en cumplimiento de los acuerdos comerciales vigentes para el país, en virtud del artículo XXIV del GATT.

25. Para ilustrar, encuentre el siguiente caso ficticio. Un Miembro de la OMC "X" concede un arancel del 5% *ad valorem* a las importaciones de un bien "Z" originarias del país "Y", también Miembro de la Organización. Simultáneamente, aplica un arancel del 10% *ad valorem* a las importaciones del mismo bien provenientes de los demás Miembros de la Organización.

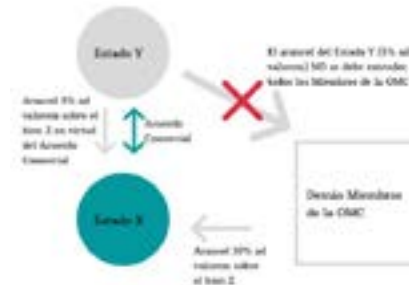
26. En este caso, en virtud de la obligación de NMF, el país "X" debe extender el arancel del 5% *ad valorem* a todas las importaciones del bien "Z" provenientes de todos los Miembros de la Organización, así:



27. Ahora bien, supongamos que un Miembro de la OMC "X" concede un arancel del 5% *ad valorem* a las importaciones de un bien "Z" originarias del país "Y", en virtud de los compromisos en materia de desgravación arancelaria pactados por los países "X" y "Y" a través de un acuerdo comercial que crea una zona de libre comercio. Simultáneamente, aplica un arancel del 10% *ad valorem* a las importaciones del mismo bien provenientes de los demás Miembros de la Organización.

28. En este caso, en virtud de la excepción a la obligación de NMF contenida en el artículo

XXIV del GATT, el país "X" no debe extender el arancel del 5% *ad valorem* a todas las importaciones del bien "Z" provenientes de todos los Miembros de la Organización (arancel preferencial), así:



29. Por último, recordemos que las preferencias arancelarias son acordadas de forma diferente en cada acuerdo comercial. Aunque, en general, adoptan la forma de listas de desgravación, excepcionalmente -para ciertos bienes- pueden adoptar la forma de la obligación bilateral de NMF.

30. Así, frente a cada tratado en concreto, se debe preguntar -en lo relevante para este análisis- si el bien por importar está incluido en la lista de desgravación del acuerdo (e.g., para el bien "Z" el arancel aplicable desde el 1 de diciembre de 2020 será del 5% *ad valorem*). También se debe revisar si, para ese bien, el acuerdo comercial contiene alguna otra disposición sobre la preferencia arancelaria aplicable como, por ejemplo, si contiene la obligación de NMF para ese bien en específico (e.g., para el bien "Z" el arancel aplicable será el más favorable que el Estado "X" otorgue a cualquier otro país no parte).

Pregunta No. 3.

¿Nos puede brindar toda la información respecto a este proceso dado que no se posee conocimiento pleno al proceso?

31. Respuesta No. 3. Colombia adoptó el Arancel de Aduanas, especificando los aranceles aplicables a cada mercancía importada al país, mediante el Decreto 2153 del 26 de diciembre de 2016 (modificado en diversas

oportunidades⁴). Los aranceles ahí establecidos, en términos generales, **se aplican a todas las mercancías importadas al país, con independencia de su origen;** dando cumplimiento -de esta manera- a la obligación multilateral de NMF (arancel NMF).

32. Ahora bien, con el propósito de aplicar a los beneficios arancelarios contenidos en los diversos acuerdos comerciales vigentes para el país, los importadores pueden solicitar el trato arancelario preferencial a la DIAN (arancel preferencial). Estas solicitudes deberán cumplir con las formalidades establecidas, de forma diferente, por cada acuerdo comercial. Siendo así, su evaluación deberá ser realizada caso a caso. Sobre el particular, el Decreto 1165 de 2019 indica:

“Artículo 309. Tratamiento arancelario preferencial. Las mercancías importadas al amparo de un Acuerdo comercial vigente suscrito por Colombia se beneficiarán de las preferencias arancelarias con el cumplimiento de los requisitos de origen establecidos. Para el efecto, se presentará la prueba de origen o medio de prueba que acredite la condición de originario de los bienes según disposición del acuerdo (...)

Artículo 314. Solicitud de trato arancelario preferencial posterior al levante de la mercancía. Cuando un acuerdo comercial en vigor para Colombia haya previsto la posibilidad de solicitar tratamiento arancelario preferencial posterior al levante, el importador seguirá el procedimiento establecido en el respectivo acuerdo comercial. La solicitud de devolución de los tributos aduaneros pagados se deberá efectuar conforme con lo dispuesto en este decreto”.

33. En general, y sin perjuicio de las normas especiales propias de cada acuerdo, las solicitudes de tratamiento arancelario preferencial deben ser realizadas en la declaración aduanera de importación con el debido sustento; contar con pruebas de origen según lo dispuesto por cada acuerdo comercial, y proporcionar la documentación que acredite el cumplimiento de las obligaciones relativas a la expedición directa o transporte directo, tránsito y transbordo de acuerdo con el acuerdo comercial relevante⁵.

⁴ Entre otros, modificado por: Decreto 419 de 2017; Decreto 420 de 2017; Decreto 1116 de 2017; Decreto 1242 de 2017; Decreto 1280 de 2017; Decreto 1328 de 2017; Decreto 1343 de 2017; Decreto 1563 de 2017; Decreto 1786 de 2017; Decreto 272 de 2018; Decreto 519 de 2018; Decreto 858 de 2018; Decreto 1027 de 2018; Decreto 228 de 2019; Decreto 1419 de 2019; Decreto 1460 de 2019; Decreto 882 de 2020.

⁵ Artículos 177, 309, 314 del Decreto 1165 de 2019; Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Cartilla para el Impor-

Conclusiones.

34. En términos generales, el estándar de NMF, como expresión del mandato de no discriminación, impone a los Estados la obligación de conceder las mismas ventajas comerciales (e.g., preferencias arancelarias) a todos los bienes importados a su territorio, **sin importar su origen.**

35. En el régimen multilateral, en virtud de la obligación de NMF, los Miembros de la OMC están obligados a extender las ventajas comerciales que concedan a todos los Miembros de la Organización (como, por ejemplo, aranceles más favorables), a menos que dichas ventajas sean fruto de un acuerdo comercial (a través del cuál se establezca una zona de libre comercio) o de una unión aduanera.

36. En otras palabras, las preferencias arancelarias pactadas vía acuerdo comercial no son extensibles a todos los Miembros de la OMC, pues se constituyen como una excepción al estándar de NMF.

37. En el régimen bilateral, estas preferencias arancelarias pueden ser acordadas de forma diferente en cada acuerdo comercial. Aunque, en general, estas se adoptan en la forma de listas de desgravación, excepcionalmente -para ciertos bienes- pueden adoptar la forma de la obligación bilateral de NMF. De ser este el caso, el arancel preferencial aplicable para esos bienes particulares será el más favorable otorgado por un estado parte a cualquier otro no-parte.

38. La presente respuesta se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

tador sobre la Solicitud de Trato Arancelario, disponible en: https://www.dian.gov.co/aduanas/aspectecmercancias/Origen1/2_2_2_CT_OA_0077_Cartilla_para_Importador_sobre_solicitud_trato_arancelario.pdf



Alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 28 a de la Ley 1816 de 2016 – Procedimiento establecido en el Decreto 152 de 1998.

Fecha:

22 de diciembre de 2020

Problema Jurídico:

¿Cuál es el procedimiento aplicable a la salvaguardia a las importaciones de aguardiente contenida en el artículo 28 a de la Ley 1816 de 2016?

Regla:

El procedimiento aplicable para la imposición específica de una salvaguardia de las importaciones de aguardiente del artículo 28 de la Ley 1816 de 2016 sería el establecido en el Decreto 152 de 1998.

Concepto

Se consulta si solo es posible aplicar las disposiciones del artículo 28 de la ley 1816 de 2016 previo a una investigación que se sujeta a las normas procedimentales previstas en el Decreto 152 de 1998, lo cual será analizado a continuación:

A. El procedimiento aplicable al establecimiento de salvaguardias, de conformidad con el Decreto 152 de 1998

1. El Decreto 152 del 22 de enero de 1998 ("Decreto 152") establece el procedimiento aplicable para la imposición de salvaguardias, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Salvaguardias ("AS") de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"), relativo a la aplicación del artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT de 1994").

2. El Decreto 152 establece en su artículo 1 que sus disposiciones aplicarán "a las importaciones de productos originarios de países Miembros de la OMC", esto, sin perjuicio de normas especiales contenidas en acuerdos de integración económica celebrados por Colombia. Adicionalmente, el artículo 2 del mencionado decreto indica la definición de salvaguardia general, en los siguientes términos:

"Artículo 2°. Salvaguardia general. Se podrá aplicar una medida de salvaguardia si se ha determinado, que las importaciones de cierto producto han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.

3. En este sentido, los artículos 1 y 2 del mencionado decreto indican que su ámbito

de aplicación recae sobre todos los procedimientos que involucren el establecimiento de una salvaguardia, sin realizar excepciones sobre ningún producto importado.

B. El contenido del artículo 28 de la Ley 1816 de 2016

4. La Ley 1816 de 2016, mediante la cual "se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 28¹[1] la posibilidad

1 [1] Artículo 28. Protección especial al aguardiente colombiano. Los departamentos que ejerzan el monopolio de la producción directamente, o por contrato, quedan facultados para suspender la expedición de permisos para la introducción de aguardiente, nacional o extranjero, en sus respectivas jurisdicciones.

Dicha suspensión no podrá ser superior a seis (6) años y se otorgará exclusivamente por representar amenaza de daño grave a la producción local, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado de productos similares, provenientes de fuera de su departamento a su territorio.

Esta medida no tendrá como finalidad restringir arbitrariamente el comercio y no será discriminatoria, es decir, se aplicará de manera general para todos los licores de dicha categoría. En cualquier momento, esta suspensión podrá volver a aplicarse bajo el presupuesto normativo antes señalado.

Así mismo, a solicitud de los departamentos, el Gobierno nacional aplicará una salvaguardia a las importaciones de aguardiente, independientemente de su origen, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de aguardiente que haya causado o amenace causar un daño grave a la producción nacional de aguardiente.

A solicitud de los departamentos, el Gobierno nacional aplicará una salvaguardia a las importaciones de ron independientemente de su origen, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de ron que haya causado o amenace causar un daño a la producción nacional de ron.

Parágrafo. A los efectos del presente artículo, entiéndase como aguardiente las bebidas alcohólicas, con una graduación entre 16 y 35 a una temperatura de 20° C, obtenidas por

de establecer una salvaguardia a las importaciones de aguardiente y ron, sin especificar el procedimiento aplicable a este procedimiento.

5. En este sentido, el artículo 28 considera la posibilidad de establecer una salvaguardia sobre productos específicos, sin alterar el concepto de "salvaguardia" o el procedimiento a la misma de forma especial.

6. No obstante, la disposición enunciada contiene varios elementos, a saber:

a. La suspensión de expedición de permisos para la introducción de aguardiente, nacional o extranjero, en sus respectivas jurisdicciones, por los departamentos que ejerzan el monopolio de la producción directamente.

b. La aplicación de salvaguardia, a cargo del Gobierno Nacional, a las importaciones de aguardiente, independientemente de su origen.

c. La aplicación de salvaguardia, a cargo del Gobierno Nacional, a las importaciones de ron, independientemente de su origen.

7. Así mismo, la norma estipula algunos componentes para esas diversas tipologías de decisiones que podrían ilustrarse de la siguiente forma:

destilación alcohólica de caña de azúcar en presencia de semillas maceradas de anís común, estrellado, verde, de hinojo, o de cualquier otra planta aprobada que contenga el mismo constituyente aromático principal de anís o sus mezclas, al que se le pueden adicionar otras sustancias aromáticas. También se obtienen mezclando alcohol rectificado neutro o extraneutro con aceites o extractos de anís o de cualquier otra planta aprobada que contengan el mismo constituyente aromático principal del anís, o sus mezclas, seguido o no de destilación y posterior dilución hasta el grado alcohólico correspondiente, así mismo se le pueden adicionar edulcorantes naturales o colorantes, aromatizantes o saborizantes permitidos. El aguardiente de caña para ser considerado colombiano debe haberse producido en el territorio nacional.



Tipo de medida	Autoridad competente	Razones para la adopción de la medida
Suspensión de expedición de permisos para la introducción de aguardiente	Departamentos que ejerzan directamente a la producción de aguardiente	•La suspensión no podrá ser superior a seis (6) años.
		Procede exclusivamente por representar una amenaza de daño grave a la producción local, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado de producto similares, provenientes de fuera de su departamento a su territorio.
		Con esta medida no se puede restringir arbitrariamente el comercio y no será discriminatoria, es decir, se aplicará de manera general para todos los licores de dicha categoría.
Salvaguardia a las importaciones de aguardiente	Gobierno nacional	El procedimiento debe iniciarse a solicitud de los departamentos.
		Procede frente a importaciones independientemente de su origen.
		Debe sustentarse en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de aguardiente que haya causado o amenaza causar un daño grave a la producción nacional de aguardiente.
Salvaguardia a las importaciones de ron	Gobierno nacional	•El procedimiento debe iniciarse a solicitud de los departamentos.
		Procede frente a importaciones independientemente de su origen.
		Debe sustentarse en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de ron que haya causado o amenace causar un daño grave a la producción nacional de ron.

C. La aplicabilidad del procedimiento establecido en el Decreto 152 de 1998 a las salvaguardias establecidas en el artículo 28 de la Ley 1816 de 2016.

8. Teniendo en cuenta lo anterior y ante la inexistencia de un procedimiento especial aplicable a la imposición específica de una salvaguardia sobre los productos enunciados en el artículo 28 de la Ley 1816 de 2016, esta Oficina considera que el procedimiento aplicable para la imposición de dicha medida sería el establecido en el Decreto 152 de 1998, teniendo en cuenta que este estatuto resulta aplicable a todos los procedimientos de salvaguardia que se surtan ante la Subdirección de Prácticas Comerciales, excepto si una norma especial establece un procedimiento aplicable diferente para otros productos.

9. Por otra parte, el artículo 23 de la Ley 1816 de 2016² [2], faculta a los departamentos para solicitar al "(...) Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la aplicación de medidas de defensa comercial de conformidad con la normativa vigente, cuando estos consideren que se presenta una situación de daño o amenaza de daño de la rama de producción de la industria licorera" (...) o en la eventual

2 [2] "ARTÍCULO 23. MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL. Los departamentos podrán solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la aplicación de medidas de defensa comercial de conformidad con la normativa vigente, cuando estos consideren que se presenta una situación de daño o amenaza de daño de la rama de producción de la industria licorera, particularmente del aguardiente, causada por actividades relacionadas con prácticas como el dumping, los subsidios o subvenciones, o por daño grave o la amenaza de daño grave de la industria licorera por causa del aumento de las importaciones."

idad que se presente" (...) daño grave o la amenaza de daño grave de la industria licorera por causa del aumento de las importaciones".

10. Adicionalmente, cabe advertir que la autoridad encargada de su imposición, es el Gobierno Nacional, por lo que en atención al marco funcional determinado en la citada norma reglamentaria, tanto el procedimiento como la autoridad encargada de su aplicación, correspondería a lo reglado en el Decreto 152 de 1998.

11. Esta circunstancia, sin embargo, no puede replicarse del procedimiento de suspensión de la expedición de permisos para la introducción de aguardiente, a cargo de los departamentos que ejercen directamente el monopolio a la producción de este licor,

en sus respectivas jurisdicciones, no sólo porque el tipo de medida, la autoridad competente para adoptar esa decisión, la naturaleza de las operaciones, y la limitación territorial y temporal a las cuales alude el artículo 28 de la Ley 1816 de 2016, no pueden ser asimiladas inequívocamente al procedimiento de aplicación de salvaguardia, al cual se ha hecho alusión.

12. En idénticos términos, la determinación de la amenaza de daño grave a la producción local puede tomar como referencia las fuentes normativas y jurídicas que considere el operador encargado como válidas para adoptar la determinación de suspensión, en el marco de la regulación específica que se adopte y del marco funcional respectivo, así como el legal y jurídico correspondiente a ese tipo de decisión.

13. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2003, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger, contrario a lo sostenido en su escrito petitorio, ya que corresponde a un concepto derivado de la interpretación abstracta de una disposición normativa y no al simple suministro de información en poder de la autoridad pública.

14. En este sentido, cabe resaltar que los conceptos tienen las siguientes características, según lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia de 15 de marzo de 2007, radicación No. 1801, C.P. Gustavo Aponte Santos:

“b. En relación con los conceptos:

i. No son, en estricto sentido, actos administrativos de contenido particular, pues no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues éstos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley, con los requisitos formales correspondientes, como, por ejemplo, los decretos, las resoluciones con este contenido, etc. ii. Como se expuso,

su finalidad es la de orientar, ilustrar, informar a los particulares sobre la forma de actuar de la administración para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones. iii. La competencia de las autoridades está limitada a conceptuar en relación con las materias a su cargo, por lo que carece de facultad para hacerlo aún en relación con temas conexos a las mismas, y menos aún para interpretar por vía general la ley.”

[1] Artículo 28. Protección especial al aguariente colombiano. Los departamentos que ejerzan el monopolio de la producción directamente, o por contrato, quedan facultados para suspender la expedición de permisos para la introducción de aguardiente, nacional o extranjero, en sus respectivas jurisdicciones.

Dicha suspensión no podrá ser superior a seis (6) años y se otorgará exclusivamente por representar amenaza de daño grave a la producción local, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado de productos similares, provenientes de fuera de su departamento a su territorio.

Esta medida no tendrá como finalidad restringir arbitrariamente el comercio y no será discriminatoria, es decir, se aplicará de manera general para todos los licores de dicha categoría. En cualquier momento, esta suspensión podrá volver a aplicarse bajo el presupuesto normativo antes señalado.

Así mismo, a solicitud de los departamentos, el Gobierno nacional aplicará una salvaguardia a las importaciones de aguardiente, independientemente de su origen, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de aguardiente que haya causado o amenace causar un daño grave a la producción nacional de aguardiente.

A solicitud de los departamentos, el Gobierno nacional aplicará una salvaguardia a las importaciones de ron independientemente de su origen, sustentado en la posibilidad de un incremento súbito e inesperado en las importaciones de ron que haya causado o amenace causar un daño a la producción nacional de ron.

Parágrafo. A los efectos del presente artículo, entiéndase como aguardiente las bebidas alcohólicas, con una graduación entre 16 y 35 a una temperatura de 20° C, obtenidas por destilación alcohólica de caña de azúcar en presencia de semillas maceradas de anís común, estrellado, verde, de hino-

jo, o de cualquier otra planta aprobada que contenga el mismo constituyente aromático principal de anís o sus mezclas, al que se le pueden adicionar otras sustancias aromáticas. También se obtienen mezclando alcohol rectificado neutro o extraneutro con aceites o extractos de anís o de cualquier otra planta aprobada que contengan el mismo constituyente aromático principal del anís, o sus mezclas, seguido o no de destilación y posterior dilución hasta el grado alcohólico correspondiente, así mismo se le pueden adicionar edulcorantes naturales o colorantes, aromatizantes o saborizantes permitidos. El aguardiente de caña para ser considerado colombiano debe haberse producido en el territorio nacional.

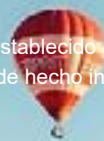
[2] “ARTÍCULO 23. MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL. Los departamentos podrán solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la aplicación de medidas de defensa comercial de conformidad con la normativa vigente, cuando estos consideren que se presenta una situación de daño o amenaza de daño de la rama de producción de la industria licorera, particularmente del aguardiente, causada por actividades relacionadas con prácticas como el dumping, los subsidios o subvenciones, o por daño grave o la amenaza de daño grave de la industria licorera por causa del aumento de las importaciones.”

Funcionamiento de contingentes arancelarios agrícolas en el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) suscrito entre Colombia y Estados Unidos frente a una desgravación temporal de mercancías equivalente al 0% de arancel.

Fecha: 29 de diciembre de 2020

Problema jurídico:

¿Cómo funciona el mecanismo de contingentes arancelarios establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América frente al supuesto de hecho incorporado en el artículo 48 del Decreto 730 de 2012?



Regla: Los contingentes arancelarios sobre mercancías agrícolas garantizan la entrada al territorio colombiano de una porción de estas mercancías libres de arancel, y solo a partir del 1 de enero de 2023 estas mercancías quedaran totalmente liberalizadas. Cualquier desgravación temporal, en razón de situaciones de emergencia, no desactiva el funcionamiento de los contingentes.

Concepto

1. El peticionario solicita se aclare el objetivo o funcionalidad del mecanismo de los contingentes arancelarios, establecidos en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, si por la aplicación del artículo 48 del Decreto 730 de 2012 la importación de un bien agrícola extracontingente puede llegar a tener un gravamen arancelario del 0%, el cual se estableció a las importaciones que se realizaran dentro de los cupos del contingente.

2. La Cláusula de Preferencia Agrícola dentro del Acuerdo de Promoción Comercial entre los Estados Unidos y Colombia (APC)

La cláusula de preferencia agrícola, establecida en el "Capítulo de Acceso" del APC, se encuentra regulada en las Notas del Apéndice I, Párrafo 2, subpárrafo b) ii) del APC. Esta cláusula establece:

"2. Las siguientes disposiciones deberán aplicarse a las mercancías agrícolas definidas en el Capítulo Dos (Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías):

(a) Colombia no aplicará ningún sistema de banda de precios a mercancías agrícolas importadas de Estados Unidos.

(b) Colombia no aplicará ningún arancel a una mercancía agrícola importada de Estados Unidos, más alto que el previsto en la Lista de Colombia del Anexo 2.3.

(c) Si Colombia aplica un arancel descrito en el subpárrafo (d) que sea más bajo que aquel previsto en el subpárrafo (b) a una mercancía agrícola importada de cualquier origen, Colombia aplicará a dicha mercancía importada de Estados Unidos, si está sujeta a aranceles bajo este Acuerdo, el menor de los aranceles descritos en el subpárrafo (d).

(d) Los aranceles referidos en el subpárrafo (c) incluirán:

3. el arancel de nación más favorecida (NMF) vigente aplicado a esa mercancía; y (ii) el arancel aplicado a dicha mercancía en virtud de cualquier acuerdo preferencial, salvo que ese arancel sea aplicado en cumplimiento de obligaciones expresamente asumidas por Colombia antes del 27 de Febrero del 2006, bajo un acuerdo suscrito por Colombia antes de dicha fecha y no modificado o profundizado luego de dicha fecha".

4. Al respecto y para el caso en estudio observamos que en la cláusula contenida en el subpárrafo b) ii) transcrita, las Partes acordaron que, si Colombia establece un menor arancel para un producto agrícola en el marco de un acuerdo comercial suscrito por Colombia con otro país con posterioridad al 27 de febrero de 2006, dicho menor arancel se aplicará a las importaciones de mercancías agrícolas originarias de los Estados Unidos en lugar del arancel establecido en la Sección B del Apéndice.

5. Ahora bien, para verificar la condición dispuesta en este apartado del literal ii) del punto 2, d) es necesario efectuar la verificación de la concurrencia de varios elementos de la siguiente manera:

a) Comparar el arancel resultante de la aplicación del programa de liberación con los Estados Unidos con el arancel nación más favorecida ("NMF").

b) Determinar si las preferencias arancelarias otorgadas a cualquier otro socio comercial con el cual Colombia haya suscrito un acuerdo comercial con posterioridad al 27 de febrero de 2006 fueron profundizadas o modificadas. Si es así, se deberá comparar el arancel resultado de la modificación o profundización con la lista de desgravación de los Estados Unidos, y

c) Aplicar el menor arancel resultante, luego de concluir los dos anteriores análisis.

d) Constatar si a pesar de haber sido negociado y entrado en vigor un acuerdo comercial con Colombia con posterioridad al 27 de febrero de 2006, este acuerdo es suscrito como consecuencia de a una profundización de otro acuerdo celebrado con anterioridad a dicha fecha y si en este nuevo acuerdo, Colombia asume expresamente nuevas obligaciones.

6. Para ilustrar de alguna manera este último elemento a considerar, por ejemplo, tenemos que aun cuando el Acuerdo de Complementación Económica No. 72 ("ACE 72") fue negociado y suscrito con posterioridad al 27 de febrero de 2007, dado que entró en vigor en etapas sucesivas a partir del 20 de diciembre con Argentina, en él no fueron negociados productos agrícolas. Este Acuerdo es el resultado de una profundización del Acuerdo de Complementación Económica No. 59 ("ACE59") y, en esta oportunidad, el capítulo de productos agrícolas por ser muy sensible fue incorporado mutatis mutandis al nuevo ACE 72. Esto significa que el capítulo de acceso para productos agrícolas no fue negociado, por lo que se entiende que lo único que hace el nuevo ACE 72- antes ACE

59- es reafirmar su continuidad en cuanto a su aplicación.

7. En tal sentido se puede concluir para la primera parte de su interrogante de la pregunta número 2 que, según el artículo 48 del Decreto 730 de 2012, "En el caso en que para cualquier producto se haya establecido un menor arancel en el marco de un acuerdo comercial suscrito por Colombia con otro país con posterioridad al 27 de febrero de 2006, dicho menor arancel se aplicará a las importaciones de mercancías agrícolas originarias de Estados Unidos de América en lugar del arancel establecido en la Sección B de esta Parte."; siempre y cuando concurren los presupuestos indicados en los puntos 8 y 9.

8. II- Funcionalidad del mecanismo de contingente arancelario versus el arancel NMF para la mercancía agrícola fuera del mismo.

Con esta claridad, le informamos lo siguiente sobre su pregunta particular respecto a ¿Qué objetivo o funcionalidad tendría el mecanismo de los contingentes arancelarios, establecidos en el APC si, por aplicación del artículo 48 del Decreto 730 de 2012, la importación de un bien agrícola fuera de los contingentes establecidos (extracontingente) en el APC puede llegar a tener un gravamen arancelario del 0%?

9. Retomemos el contenido del compromiso asumido por Colombia bajo el APC. Se observa que no puede aplicar ningún arancel a una mercancía agrícola importada de los Estados Unidos más alto que el previsto en la lista de Colombia del Anexo 2.3, es decir al negociado. Colombia también está obligada a aplicar el arancel más bajo cuando así lo aplica a una mercancía agrícola importada de cualquier origen, salvo la excepción ya estudiada, incluido el arancel de NMF.

10. Ahora bien, el mecanismo de los contingentes tiene el propósito de aplicar un arancel de 0% a las importaciones de los productos establecidos en el Apéndice I del Capítulo Dos, "Acceso a los Mercados", para una cantidad determinada de mercancías agrícolas sobre las cuales, una vez agotadas esas cantidades, a los productos agrícolas se le aplica el arancel de NMF, que Colombia aplica a los países con los cuales no ha celebrado un acuerdo de libre comercio y que no podrá ser más alto del consolidado bajo la Organización Mundial del Comercio ("OMC").



11. En términos generales, el principio de NMF -que es uno de los pilares del comercio mundial- es aquel por el cual un Miembro debe extender todas aquellas concesiones o privilegios que otorgue a los demás Miembros de la OMC.

12. En virtud del Acuerdo de la OMC, los Miembros no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC.

13. Una excepción a este principio es el que se otorga a los Miembros cuando, a través de un acuerdo de libre comercio, aplican únicamente a los productos objeto del mismo un arancel más bajo al acordado o asumido bajo el acuerdo OMC, es decir, se les permite hacer discriminaciones con respecto a los productos de terceros países con acuerdo comercial. Sin embargo, estas excepciones sólo se permiten con arreglo a condiciones estrictas. En general, el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales.

14. Para el caso de los productos agrícolas importados de los Estados Unidos, se estableció que a la importación de un producto agrícola fuera del contingente le es aplicable el arancel NMF y este arancel por lo general es mayor a 0%. Solo excepcionalmente como ha ocurrido por efecto de la pandemia el Gobierno Colombiano, y ante una inminente escasez de este producto, de manera temporal, autorizó a través del Decreto 523 del 9 de abril de 2020, un arancel NMF del 0%. El Gobierno Colombiano está facultado para establecer su arancel NMF dado que a partir de Decisión 805 de la Comunidad Andina (CAN) que modifica la política arancelaria común, permite a los Países Miembros que

definan sus aranceles externos propios, en tanto se establezca una política arancelaria en la que converjan todos los Países Miembros. A partir de su expedición, deja sin efecto las Decisiones 370, 465 y 535 y aquellas que las sustituyan, modifiquen o complementen sobre el Arancel Externo Común.

15. En ese sentido, el objetivo o funcionalidad del mecanismo de los contingentes arancelarios, establecidos en el APC es que únicamente una porción de las mercancías agrícolas sujetas a contingente, para el caso bajo análisis, el maíz amarillo, ingrese al territorio colombiano libre de arancel, para el año 10 (2020) únicamente 3,275,789 toneladas métricas y solo a partir del año 12, es decir hasta el 1 de enero del 2023, el maíz amarillo estará totalmente liberalizado (intra y extra contingente).

16. En consideración a lo expuesto anteriormente, y dando respuesta a lo requerido por el peticionario, es importante tener en cuenta que muchas de las negociaciones de acuerdos comerciales adelantadas por Colombia, corresponde a profundizaciones o renegociaciones de acuerdos que se encontraban vigentes antes del 27 de febrero de 2006. Esto, sin embargo no obsta para que a algunos productos agrícolas, incluido el maíz amarillo, importados bajo algunos acuerdos celebrados con posterioridad al 27 de febrero de 2006, se les esté aplicando aranceles más bajos que los aplicados al mismo producto importado desde los Estados Unidos. Esto, por cuanto los aranceles se negociaron con anterioridad al 27 de febrero de 2006, y el nuevo acuerdo simplemente le da continuidad a su aplicación.

17. El mecanismo de contingentes arancelarios de los acuerdos de libre comerciales permite aplicar un arancel de 0% a las importaciones de algunos productos específicos y en cantidades limitadas, que son considerados sensibles para la economía local de una de las Partes. Una vez agotada la cantidad objeto de contingente, las mercancías que las excedan se importan con el arancel NMF,

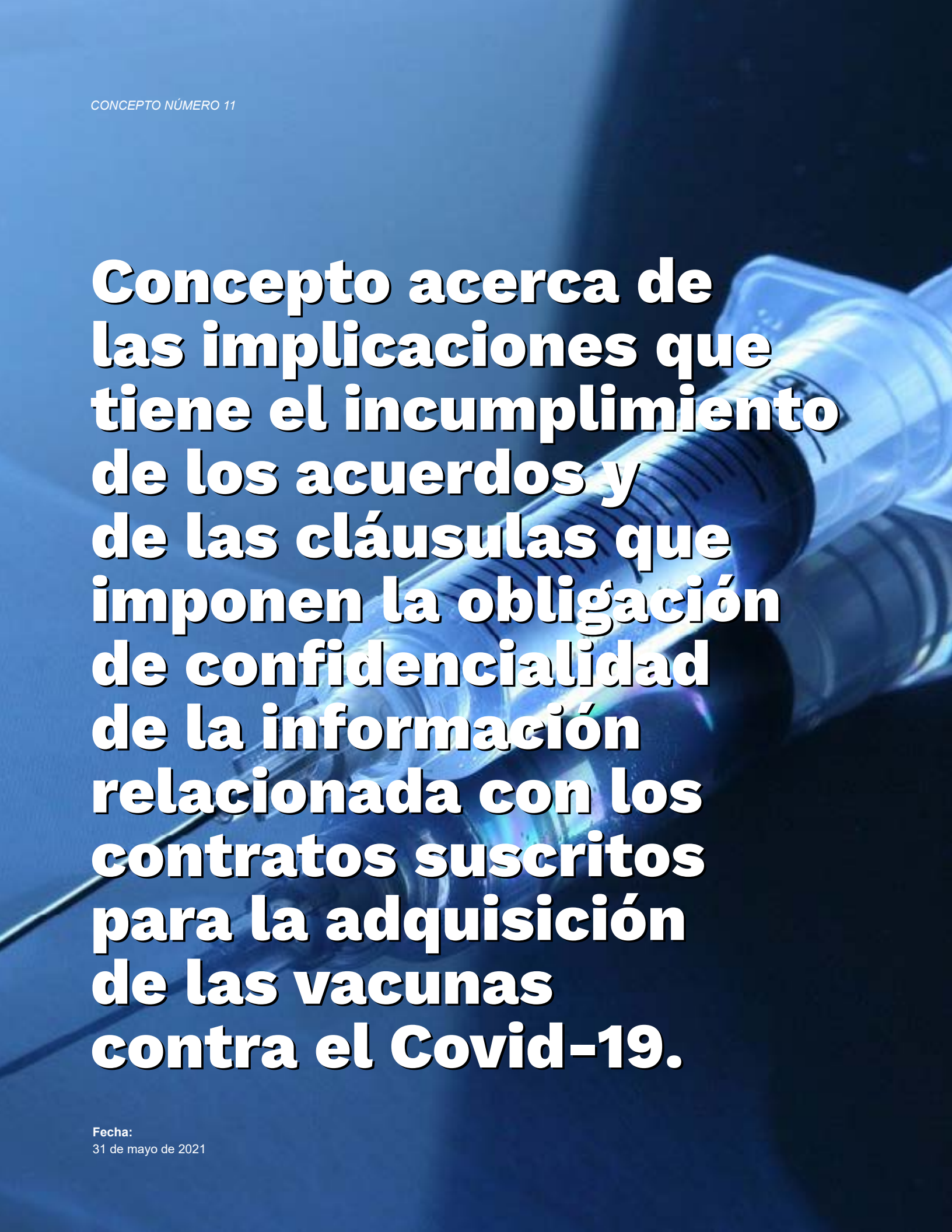
el mismo que Colombia aplica a los países con los cuales no ha celebrado un acuerdo de libre comercio y que no podrá ser más alto del consolidado bajo la OMC. Esto permite, como ya se indicó, la protección de algunos productos sensibles durante determinado tiempo, que una vez culmine, el producto se será importado libremente.

18. En el APC con Estados Unidos, el maíz amarillo, para el año 10 (2020) únicamente se permite la importación de 3,275, 789 toneladas métricas a 0% de arancel y a partir del año 12, es decir partir del 1 de enero del 2023, el maíz amarillo estará totalmente liberalizado (intra y extra contingente).

19. El propósito de establecer un contingente para el maíz amarillo arancel en el APC era proteger la producción local de maíz y permitir que cierta cantidad del mismo fuera importado a cero (0%) de arancel como complemento para abastecimiento local.

20. El Gobierno puede establecer un arancel del 0% a la importación de este producto de manera temporal y antes de la liberación total de ese producto si lo considera necesario. Dicha situación no permite hacer cuestionamientos sobre el propósito del contingente arancelario, dado que el compromiso asumido por las partes es precisamente buscar la liberalización total de dicho producto para el año 2023.

21. El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y modificados temporalmente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, declarado exequible condicionalmente por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-242 de 9 de julio de 2020, M.M.P.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.



Concepto acerca de las implicaciones que tiene el incumplimiento de los acuerdos y de las cláusulas que imponen la obligación de confidencialidad de la información relacionada con los contratos suscritos para la adquisición de las vacunas contra el Covid-19.

Problema(s) jurídico(s):

(i) En el marco del derecho internacional privado, ¿quién es el juez competente para pronunciarse sobre las disposiciones contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas contra el Covid-19 entre las farmacéuticas y el Gobierno de Colombia? y, en particular, ¿quién goza de la competencia para interpretar y dar alcance a sus cláusulas de confidencialidad?

(ii) ¿Cuál es la ley sustancial aplicable a los acuerdos suscritos por el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas para el suministro de vacunas contra el Covid-19?

(iii) ¿Cuáles serían las posibles consecuencias jurídicas para el Gobierno de Colombia en el evento en el que las obligaciones de confidencialidad, contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas, no sean observadas?

Regla:

En virtud del Decreto 559 de 2020, bajo un esquema de derecho privado, la interpretación y alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de compra de vacunas le corresponden, de manera exclusiva y prohibitiva, al juez del contrato -definido por las partes-. Frente a la ley sustancial aplicable, los contratos entre el Gobierno de Colombia y las productoras de vacunas contra el Covid-19 se rigen por el derecho internacional privado, cuyo régimen jurídico está autocontenido en las estipulaciones contractuales y que, en cuanto a la disciplina de la compraventa internacional, resultan aplicables estatutos como la CISG o normas específicas correspondientes a la jurisdicción del contrato. En lo que concierne a las obligaciones de confidencialidad, su incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia podría implicarle, entre otras, que no le sean entregadas las vacunas en retaliación al desconocimiento de dicha obligación.

Concepto

1. Con el propósito de dar una mayor claridad, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (“OALI”) las responderá siguiendo el siguiente esquema:

I. Introducción;

II. Competencias de la OALI;

III. Naturaleza de las obligaciones de confidencialidad contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas (Pregunta No. 3).

- a) La obligación de confidencialidad en el marco de un contrato de compraventa internacional de mercaderías.
- b) El secreto comercial y la confidencialidad en derecho comparado y colombiano.

IV. Juez competente para pronunciarse sobre las disposiciones contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas contra el Covid-19 (Pregunta No. 1);

V. Ley sustancial aplicable a los acuerdos suscritos por el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas para el suministro de vacunas contra el Covid-19 (Pregunta No. 2);

VI. La evaluación de las obligaciones de confidencialidad, en el contexto de la excepción de pacto no cumplido *vis a vis* los poderes contractuales discrecionales. (Pregunta No. 3)

- a) La aplicación de la excepción de pacto no cumplido, la conmutatividad contractual y el principio de *pacta sunt*

servanda en el marco del derecho internacional privado.

- b) El ejercicio de poderes contractuales discrecionales en los contratos de vacunas contra el Covid-19. VII. Conclusiones y comentarios finales.

I. Introducción

2. Para absolver esta consulta, se nos ha puesto de presente que la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante las providencias de 11 y 13 de mayo de 2021, radicados 2021-002401¹, y 2021-002382², respectivamente, en las cuales se resolvieron los recursos de insistencia presentados por [...], ordenó a la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo y Desastres (“UNGRD”), Subcuenta Covid-19, entregar, entre otra información, lo siguiente:

- Copia de los contratos relacionados con la adquisición de las vacunas contra el SARS-CoV-2 suscritos por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid-19.

- Modelo de contratación empleado, precio, plazo de cumplimiento de lo acordado en dichos instrumentos y CDP que respalda los recursos con los cuales el Estado colombiano adquirió las vacunas contra el Covid-19.

- Indicación de si Pfizer, AstraZeneca y Estrategia Covax han recibido pago anticipado para asegurar el envío oportuno de las vacunas adquiridas. En caso positivo, a cuánto ascendió cada desembolso, a través de cuál entidad, cuándo se hicieron tales erogaciones y copias de los documentos que sustenten y acrediten esas operaciones.

- Precisión acerca de si se han sostenido reuniones de trabajo o se han generado contactos con las empresas BioNTech, Jhonson & Jhonson, Moderna, GlaxoSmithKline, Canisino Biologics, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19; para que en caso afirmativo, se le informe en qué fecha o fechas se realizó ese contacto y por quién fue dirigido.

3. En el mismo sentido, se nos ha informado acerca de la providencia de 28 de mayo del año en curso, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, con ocasión de la demanda de acción de tutela promovida por Janssen Cilag S.A., en calidad de agente oficioso de la empresa Janssen Pharmaceutica NV, en el proceso radicado con el consecutivo No. 11001-03-15-000-2021-03032-00, por medio de la cual admitió el trámite de la acción constitucional y decretó la medida provisional “... consistente en SUSPENDER TRANSITORIAMENTE los efectos de la decisión del 11 de mayo de 2021, proferida por la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente 25000-23-41-000-2021-00240-

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 11 de mayo de 2021, recurso de insistencia, Rad: 25000-23-41-000-2021-00240-00

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 13 de mayo de 2021, recurso de insistencia, Rad: 25000-23-41-000-2021-00238-00

00, hasta tanto se profiere decisión de fondo en el asunto de la referencia, sin que ello pueda entenderse como prejuzgamiento.”

4. En el auto en mención, el Consejo de Estado dispuso la vinculación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al trámite de tutela referido, para lo cual otorgó un plazo de dos (2) días con el fin de remitir un informe acerca de los hechos que motivaron la referida acción excepcional.

5. Teniendo en cuenta las órdenes judiciales proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver los recursos de insistencia puestos en su conocimiento y el trámite de la acción de tutela que se adelanta en el Consejo de Estado, el presente concepto se emite exclusivamente en el marco de tales actuaciones judiciales, partiendo del análisis que lleva a cabo la OALI del entramado o de la arquitectura de los acuerdos (que incluye, entre otros, los de confidencialidad, pliegos de condiciones y acuerdos finales de suministro) y de la estructuración de cada proyecto o negocio para la adquisición de las vacunas contra el Covid-19 por el Gobierno de Colombia a las empresas farmacéuticas productoras de vacunas. Todo esto, bajo una perspectiva de derecho internacional privado, en el marco de las competencias asignadas a esta dependencia por el artículo 10 del Decreto 210 de 2003.

6. El concepto que aquí se rinde, se hace en el marco de la confidencialidad firmada en cada proceso de negociación, por lo cual se ha elaborado con la debida diligencia necesaria para no revelar detalles específicos sometidos a la citada restricción.

7. Así mismo, resulta importante aclarar que, en consonancia con lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (incorporado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), el presente concepto no implica ni puede ser interpretado como una confesión de parte o aceptación de situación jurídica alguna, así como tampoco constituye un título de responsabilidad o conlleva la aceptación o reconocimiento de la ocurrencia de algún daño o la causación de algún perjuicio por parte del Estado Colombiano. De manera consecuente, el presente concepto no podrá ser usado por ninguna de las compañías farmacéuticas contratistas del Estado como prueba de responsabilidad de este último o de alguna de sus agencias.

8. Observamos también que el mercado de vacunas, lo componen dos actores a saber:



(i) Por un lado las farmacéuticas como fabricantes y oferentes de las vacunas; y, (ii) por otro lado los Estados, como compradores o eventualmente en otros roles que se explicarán más adelante.

9. Por otro lado, los Estados, en el marco de este relacionamiento con las farmacéuticas, no gozan usualmente de la capacidad para imponer sistemas de compra pública en la adquisición de las vacunas, dada la reducida oferta de estos bienes y la competencia con al menos 164 naciones soberanas (los miembros de la OMC) que están buscando, de manera simultánea y para superar la pandemia, lograr contar con la vacuna como medio para lograr la inmunidad de rebaño.

10. En este orden de ideas, al ser la vacuna el bien más importante para superar la pandemia, los Estados, salvo contadas excepciones, comparecen en calidad de actores de un mercado global bajo las reglas de derecho internacional privado participando en los competitivos procesos de demanda de los biológicos. Para esto, los Estados buscan aprovechar las ventanas de oportunidad que da el mercado, para tratar de adquirir así el preciado bien que es la vacuna y lograr con ello la tan ansiada inmunidad de rebaño para su población³.

11. Igualmente, observamos que este mercado global de vacunas, que termina imponiendo las reglas sobre las cuales los proyectos de suministro se rigen conforme al derecho internacional privado, se compone por, al menos, dos tipos de estados que se comportan como agentes de negocios⁴ y eventualmente aceptan limitar su capacidad de actuación

³ Shonk, Katie. *Why Win-Win Negotiation has been elusive in Covid-19 vaccine talks*. Harvard Law School, Octubre 26 de 2020. Disponible en: <https://www.pon.harvard.edu/daily/win-win-daily/why-win-win-negotiation-has-been-elusive-in-covid-19-vaccine-talks/> "To achieve a win-win negotiation when scarce resources are up for grabs, coordination and cooperation are needed. But in the race for Covid-19 vaccines, competition has ruled the day."

⁴ Bajo la Ley del Estado de Nueva York, así como la ley federal americana, relevantes como ley aplicable en varios de los proyectos en comento, se entiende que un estado se comporta como un agente de negocios cuando se ve inmerso en actividades de naturaleza comercial y no aquellos estados propios del ejercicio de la soberanía de los Estados. En 1952 la Carta Tate definió los principales aspectos del tratamiento de política pública de estos casos bajo ley de los Estados Unidos. Esto posteriormente se traduce en la Ley de Inmunidades Soberanas (FSIA) que en síntesis implica asumir que un ente soberano, no puede invocar sus inmunidades y prerrogativas como tal, cuando actúa en un negocio comercial como una persona o un agente de comercio, y que por tanto debe responder en esta calidad de actor o agente comercial. Casos ejemplo de la aplicación de estas reglas son *Republic of Argentina v. Weltover Inc.* 504 US 607 1992 y *Saudi Arabia v. Nelson* 507 US 349 (1993)

soberana: i) por un lado, aquellos estados que han financiado el desarrollo y producción de las vacunas, y que por tanto cuentan con los centros de fabricación y de distribución de las mismas (estados productores); y ii) por aquellos estados que son netamente demandantes y compradores de vacunas; y que no las producen.

12. En tanto los primeros, por su condición de financiadores y anfitriones de los procesos de desarrollo y producción de las vacunas, gozan de un mayor poder de negociación (bargaining power), e incluso de imposición a través de poderes como las restricciones de exportación. Los segundos, que no gozan de esa potestad, por el contrario están supeditados a realizar las gestiones necesarias que permitan garantizar unas condiciones máximas de estabilidad de los proyectos de suministro, en cada uno de los aspectos de su arquitectura contractual, con miras a que la provisión de las vacunas no se vea interrumpida por causas imputables al comprador⁵.

13. En consecuencia, y de manera preliminar, anticipamos que estos contratos se caracterizan por considerar a las partes contractuales como sujetos de derecho internacional privado, es decir, como sujetos de derecho privado ubicados en diferentes países que se encuentren ejecutando un negocio o proyecto jurídico que tiene como objeto último establecer condiciones seguras y jurídicamente respetables por las partes para la provisión de vacunas. Adicionalmente, el mercado mundial de vacunas contra el Covid-19, se ha estructurado de manera tal que los proyectos de suministro estable de los biológicos y cada uno de los contratos que componen su arquitectura, se firman entre farmacéuticas y Estados, existiendo una limitada acción para particulares.

14. De otra parte, las disposiciones que regulan las relaciones de derecho privado internacional pueden emanar de convenciones o instrumentos internacionales pactados entre países o en escenarios internacionales multilaterales⁶, lo que se conoce como *hard law*⁷, o pueden derivarse de

5 Shell, Richard. *Bargaining for Advantage, negotiation strategies for reasonable people*. Penguin Books, 2006. pg 89. "First, it always helps to know who, if anyone, controls the statu quo and who is seeking to change it. Leverage often flows to the party that exerts the greatest control over and appears most comfortable with the current situation."

6 Por ejemplo, en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI")

7 Abbott, Kenneth. *Hard and soft law in international governance*. Vol. 54, No. 3, *Legalization and World Politics* (Sum-

mer, 2000), pp. 421-456 (36 pages) Published by: The MIT Pres. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2601340>

leyes modelo u otras fuentes no vinculantes, normas que aunque per se carecen de fuerza obligatoria, en el evento en el que los sujetos de la relación contractual las incorporen dentro de un contrato, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, adquieren, por esa vía, fuerza obligatoria⁸. En este sentido, el conocido como *soft law*⁹ adquiere fuerza vinculante relativa¹⁰ en el momento en que se inserta dentro del contrato.

15. Bajo este entendimiento, el Gobierno de Colombia se comporta como un eslabón más del comercio internacional de mercancías al suscribir contratos de suministro con empresas farmacéuticas, el cual se fundamenta en "principios como el de la autonomía de la voluntad, la libertad de forma, el carácter vinculante de los contratos, el respeto y la obediencia por las normas de carácter imperativo, la buena fe y la lealtad negocial, el *venire contra factum proprium*¹¹", por lo que la ejecución de sus compromisos y, principalmente, la interpretación y el análisis de sus cláusulas, junto con el alcance de sus disposiciones, deberá obedecer, de manera preponderante y privativa, a estos principios. En este punto último del aforismo el *venire contra factum proprium*, y bajo los principios de derecho internacional público y privado, el juez competente en contratos de esta naturaleza como la examinada, podría en consecuencia también considerar en su razonamiento que el Estado colombiano en su conjunto está obligado a respetar el contrato y las condiciones mismas bajo las cuales este se establece con apego al *Pacta Sunt Servanda*¹².

8 En el ámbito del derecho interno, dentro del régimen general de las obligaciones establecido en el Código Civil, se reconoce la fuerza vinculante de las estipulaciones contractuales, al señalarse en el artículo 1602: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

9 Meyer, Timothy, Guzman, Andrew, *International Soft Law*. Spring, 2010: Volume 2, Number 1, *Journal of Legal Analysis*. Pg 171. Disponible en: <https://academic.oup.com/jla/article/2/1/171/846831>

10 "Incorporation of UN Guiding Principles into contracts is hardening soft law into binding obligations". Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/incorporation-of-un-guiding-principles-into-contracts-is-hardening-soft-law-into-binding-obligations-say-academics/>

11 Maximiliano Rodríguez Fernández, *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, página 224, 2009

12 Ver CIJ, *Australia con Francia y Nueva Zelanda con Francia*, 20. 12. 1974, párr. 43 a 52.

II. Competencia de la OALI

16. La competencia de la OALI para conceputar acerca de la aplicación de la normativa internacional y nacional en relación con el comercio internacional en su condición de agencia especializada del Gobierno en esta materia, se establece en los numerales 9, 13 y 14 del artículo 10 del Decreto 210 de 2003, el cual señala lo siguiente:

"Son funciones de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, las siguientes: 1. Asesorar al Ministro, a los Viceministros y a las Direcciones del organismo, en la aplicación e interpretación de la normatividad internacional y nacional relacionada con la misión del Ministerio

[...] 9. Efectuar estudios de derecho comparado sobre las normas relacionadas con la misión del Ministerio, existentes en Colombia y en los países miembros de esquemas de integración económica en los que el país participe, y conceptuar sobre la compatibilidad de las mismas con los ordenamientos jurídicos supranacionales y de integración".

[...] 13. Compilar, actualizar y divulgar la normatividad y jurisprudencia internacional y nacional relacionada con la misión del Ministerio.

14. Las demás inherentes a la naturaleza y funciones de la dependencia, que le sean asignadas".

17. El ejercicio de la función de conceptualización de la OALI no es una labor que se ejecute de manera aislada, en tanto debe ser adelantada en coordinación con otros organismos y dependencias a los cuales se les haya asignado potestades afines o específicas que concurren con el análisis requerido, siempre observando su incidencia frente a las operaciones de comercio exterior y en los temas del desarrollo industrial y turístico, como lo prevé el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 210 de 2003.

18. Los conceptos otorgados carecen de fuerza vinculante y no tienen como objetivo decidir casos específicos, como quiera que la valoración que se lleva a cabo es abstracta, es decir, que tiene como base la interpretación de una disposición o una serie de instrumentos normativos o jurídicos, frente a una hipótesis y no respecto de un evento específico.

19. Dicha condición se expresa en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como en los artículos 230 de la Constitución Política y 5º de la Ley 153 de 1887, conforme



a los cuales los conceptos o la hermenéutica normativa deben ser tomados como criterios auxiliares de interpretación.

20. En torno de la naturaleza y las características del derecho de petición de consulta, la Corte Constitucional refirió en la sentencia T-1075 de 13 de noviembre de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, lo siguiente:

«El artículo 23 constitucional establece que “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” En desarrollo de esta norma constitucional, el Código Contencioso Administrativo contempla, en su artículo 25. De las normas se desprenden varias características referentes al derecho a formular consultas: a. La consulta se debe hacer con respecto a materias de la competencia del consultado. b. El plazo para responderlas es de 30 días. c. Las respuestas a éstas no son vinculantes. d. Las respuestas no comprometen la responsabilidad de la entidad que las atiende. En virtud del principio hermenéutico del efecto útil se debe entender que este derecho a formular consultas implica algo diferente a la solicitud de información - aunque en la resolución de la consulta ésta puede ser suministrada- y a la expedición de co-

pias - aunque también la absolución de ésta pueda comprender el suministro de copias de algunos documentos -. Se diferencia también de la petición en interés particular para el reconocimiento de un derecho en virtud de que mientras éste tiene una respuesta que sí vincula a la administración por constituir un acto administrativo, la consulta, como la norma lo dispone, no tiene carácter vinculante. Establecida esta diferencia se puede afirmar que en ejercicio del derecho de consulta se puede **solicitar a la administración que exprese su opinión, desde el punto de vista jurídico, sobre determinado asunto de su competencia, recalcando siempre que estos conceptos no son vinculantes, puesto que no se configuran como actos administrativos**». (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

21. En el mismo sentido, mediante providencia de 18 de junio de 1984, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, expediente 10787, refería lo siguiente:

“...A las anteriores consideraciones del auto aplicado, habrá que agregar solamente que la interpretación de la ley con autoridad solo está reservada al legislador, con el fin de ‘fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general’, conforme a la prescripción del ar-

tículo 25 del Código Civil y por lo mismo, si ni siquiera la que hacen los jueces, en toda la jerarquía judicial, es por vía de autoridad, sino doctrinaria, interpretación que por lo mismo no es de obligatoria observancia por las autoridades situadas en grado inferior del juez o tribunal que interpreta la norma, es por lo menos alineante que se da tal carácter, a la interpretación de la ley tributario que haga la Dirección General de Impuestos Nacionales, que es una Oficina de la Administración”. “Se vulnera igualmente el artículo 26 del C.C., toda vez que indudablemente la doctrina es fuente de derecho, pero no es fuente obligatoria; la doctrina es la interpretación que por vía general se hace de las leyes; sirve para orientar a funcionarios y particulares, pero, repetimos, no es imperativa”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)¹³

22. No obstante, es importante tener en consideración que excepcionalmente los conceptos tienen la vocación de contar con algún grado de vinculatoriedad, en la medida en que unifiquen la aplicación del ordenamiento pertinente dentro de una misma entidad o sector administrativo, o con el fin

¹³ Citada por la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el concepto contenido en el oficio No. 20196000378681 de 4 de diciembre de 2019.

de ejercer una labor autorreguladora de la Administración, conforme fuera señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-487 de 26 de septiembre de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell):

“Los conceptos no constituyen, en principio, una decisión administrativa, es decir, una declaración que afecte la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de que se les imponga mediante ellos deberes u obligaciones o se les otorguen derechos. Cuando se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.”

23. Expuesto lo anterior, esta Oficina, en desarrollo de su competencia y en el marco de la labor de absolver consultas, no puede definir situaciones jurídicas concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues éstos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley, con los requisitos formales correspondientes. Por el contrario, la finalidad de los conceptos es orientar, ilustrar e informar de manera general sobre las temáticas que constituyen el marco funcional de la Oficina.

24. Los conceptos brindados, aun cuando no son de obligatorio cumplimiento o ejecución (tal y como lo consagra de manera expresa el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se emiten con un alto grado de rigurosidad y responsabilidad, teniendo en cuenta las reglas de interpretación de los contratos internacionales, en particular las contenidas en los documentos y textos preparados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“UNCITRAL”, por sus siglas en inglés), los principios desarrollados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”, por sus siglas en francés) o los instrumentos elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“HCCH”, por sus siglas en inglés).

25. Los Principios Unidroit de Contratos Comerciales Internacionales establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y constituyen *hard law* únicamente cuando su aplicación ha sido pactada por las partes, y *soft law* en el caso en que las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato. En todo caso, los Principios Unidroit pueden ser utilizados para complementar e interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y para interpretar o complementar el derecho nacional¹⁴.

26. De forma específica, estos principios de la contratación comercial internacional desarrollados por UNIDROIT contemplan, entre otros, el de libertad de contratar (artículo 1.1), la cual abarca no sólo la de suscribir un acuerdo sino también la de determinar su contenido, lo cual es concebido como la piedra angular de una economía internacional abierta, orientada al mercado y competitiva: “El principio de la libertad de contratación es de suma importancia en el contexto del comercio internacional. El derecho de los empresarios a decidir libremente a quién ofrecerán sus bienes o servicios y por quién desean ser suministrados, así como la posibilidad de que acuerden libremente las condiciones de las transacciones individuales, son las piedras angulares de un orden económico internacional abierto, orientado al mercado y competitivo”¹⁵.

27. Igualmente, establece el principio del carácter vinculante de los contratos (artículo 1.3), en atención al cual un acuerdo válidamente celebrado vincula a las partes y sólo puede ser modificado o rescindido en aplicación de los

14 Oviedo Albán, Jorge. *Aplicaciones de los Principios Unidroit a los Contratos Comerciales Internacionales. Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, Colombia. No° 3, pp 7-33, 2003, ISSN 1657 – 3978. Disponible en el siguiente enlace: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2276/Aplicacion_principios_UNIDROIT.pdf?sequence=1&isAllowed=y “Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999.”

15 *The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order*. UNIDROIT. *International Institute for the Unification of private Law. UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS*. 2016. Roma (Italia), p. 7.

términos que hayan sido pactados o de otra forma, según se contempla en esos principios. Por mejor decirlo, se incorpora en estos principios el de *pacta sunt servanda*, resaltado desde Ulpiano en un comentario al título edictal *De pactis conventis*, al referir: “*pacta conventa... servabo* (conservaré los pactos convenidos por las partes, dice el pretor)”¹⁶.

28. Dichas características han sido reconocidas en diferentes ámbitos jurídicos, desde su concepción en el Derecho Romano como *Aestimatio libertatis ad infinitum extendetur*¹⁷, según lo refería el jurista Venuleyo Saturnino, en cuanto a que la estimación de la libertad se extiende hasta el infinito, habida cuenta la concepción de este principio (*lex contractus*) como valor superior del ordenamiento jurídico, en términos del también jurista Julio Paulo¹⁸, lo cual se agrega a lo sostenido por Pomponio, en el libro 7 del comentario a Sabino, en el título XVII, libro L, del Digesto sobre las reglas jurídicas, en cuanto a que siempre que sea dudosa la interpretación de la libertad, habrá de responderse en favor de ésta:

“*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*.”¹⁹

29. La libertad de contratación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deriva también del reconocimiento de los derechos consagrados en los artículos 1, 2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰.

30. En materia de derecho internacional privado, esta Oficina también observa los diversos métodos de interpretación de contratos internacionales desarrollados por la doctrina, entre los que se encuentran la (i) función interpretativa enfocada hacia la voluntad de las partes, resultante de lo expresado literalmente por ellas y la (ii) función interpretativa enfocada a indagar por la verdadera intención de las partes a la hora de contratar²¹.

16 Domingo Oslé, Rafael (Dir.). *Principios de derecho global*. Navarra (España), Editorial Aranzadi, 2006, p. 321.

17 “La estimación de la libertad se extendería hasta el infinito.” Domingo Oslé, Rafael (Dir.). *Principios de derecho global*. Navarra (España), Editorial Aranzadi, 2006, p. 68.

18 8 Domingo Oslé, Rafael (Dir.). *Principios de derecho global*. Navarra (España), Editorial Aranzadi, 2006, p. 68.

19 “Siempre que es dudosa la interpretación de la libertad, se habrá de responder a favor de la libertad.” Domingo Oslé, Rafael (Dir.). *Principios de derecho global*. Navarra (España), Editorial Aranzadi, 2006, p. 430, basada en la 16ª edición de Theodor Mommsen y Paul Krüger, Berlin, 1954.

20 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217A.

21 Sánchez Lorenzo, Sixto A. *La interpretación del contrato*



31. Finalmente en este punto vale anotar, que el análisis y la interpretación del marco jurídico que realiza esta dependencia, en desarrollo de sus competencias, adquiere especial relevancia cuando el objeto del análisis coincide con la definición de sus funciones en materia de derecho comparado a efectos de determinar la compatibilidad de las reglas y lograr la unificación de la política y los criterios jurídicos.

III. Naturaleza de las obligaciones de confidencialidad, contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas

a. La obligación de confidencialidad en el marco de un contrato de compraventa internacional de mercaderías

32. Dentro de las obligaciones pactadas por el estado colombiano, en el marco de la arquitectura de los proyectos de adquisición de vacunas, y que antecedieron a la suscripción de los contratos de suministro con algunas de las farmacéuticas, la celebración de Contratos de Confidencialidad o NDA's regidos también por reglas del derecho internacional privado, ha sido la regla. Esto implica la creación de obligaciones vinculantes a partir

de la propia voluntad y/o autonomía negocial del Gobierno de Colombia y de las empresas farmacéuticas.

33. En otras palabras, la fuerza obligatoria de las cláusulas presentes en los NDA's, suscritos entre el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas productoras de vacunas contra el Covid-19, emana exclusivamente de su pacto.

34. El objeto de los NDA's por otro lado no es otro que el de garantizar la confidencialidad de cada proyecto de adquisición o suministro de vacunas, conforme a las reglas de derecho internacional privado. En ese sentido, los NDA fueron suscritos con anterioridad a la suscripción de los respectivos contratos de suministro, en razón a que las farmacéuticas requerían garantías para proteger su posición contractual y, en ese sentido, proteger el secreto comercial o empresarial que implicaba no solo las fórmulas constitutivas de vacunas contra el Covid-19, sino también su negociación y términos pactados.

35. La acotación frente a la existencia de un secreto empresarial como causa fundamental de los NDA's suscritos entre el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas resulta relevante, pues el objeto de protección y el motivo por cual se suscribieron dichas obligaciones de confidencialidad fue precisamente que se previniera erosionar o afectar la capacidad competitiva y posición negociadora de las farmacéuticas en el marco de una libre competencia en la oferta de vacunas contra el Covid-19.

36. Lo anterior se entiende bajo el insistente presupuesto de que nos encontramos en una

relación contractual regida por el derecho internacional privado y que dentro de sus causas se encuentra la garantía de protección de su información comercial, lo que implica garantizar la posición comercial y de negociación que las farmacéuticas puedan tener con otros países o entidades que adquieran las vacunas.

37. En este sentido, el concepto de secreto comercial protegido por las cláusulas de confidencialidad resulta más amplio, ya que no se limita a la protección de datos específicos u excepcionales dentro del contrato que se puedan tachar o eliminar del documento, sino que los contratos en su integridad se encuentran cobijados por una obligación general de confidencialidad. Entonces, a menos que el contrato indique expresamente lo contrario, la información debe entenderse confidencial.

38. Esta última conclusión se extrae de la lectura de las primeras cláusulas de los NDA's, por lo que esta Oficina considera que para interpretar integralmente la obligación de confidencialidad resulta necesario separar los documentos previos que fueron suscritos entre las partes, entre ellos el NDA, y los otros instrumentos contractuales, parte de la arquitectura de los proyectos de suministro de vacunas y que fueran firmados por el estado colombiano, tales como los pliegos o términos de referencia de la negociación, así como los contratos de suministro, pues la confidencialidad otorgada bajo el contrato de suministro, durante toda su vigencia, es desarrollada y ampliada por el NDA suscrito con anterioridad.

39. Es decir, no estamos en presencia de un único contrato de suministro, sino que el con-

internacional: una aproximación desde el Derecho comparado. En: Méndez Silva, Ricardo (coord.). Contratación y arbitraje internacionales. México, UNAM, 2010, pp. 131-183.

trato de suministro viene enmarcado en una arquitectura de un proyecto de adquisición de vacunas, y antecedido por obligaciones contraídas que resultaban condición esencial para su perfeccionamiento, tales como las pactadas en los NDA's, y que deben ser observadas para darle el alcance a la confidencialidad pactado por las partes, y que amplía conceptos como el de "secreto comercial".

b. El secreto comercial y la confidencialidad en derecho comparado y colombiano.

40. Bajo la ley del Estado de Nueva York un secreto comercial es todo lo que usa en su negocio y que le brinda una ventaja sobre sus competidores²².

41. Un secreto comercial se define como "cualquier fórmula, patrón, dispositivo o compilación de información que se utilice en el negocio de uno y que le dé la oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no la conozcan o la utilicen"²³.

42. Los secretos comerciales se rigen tanto por la ley estatal como por la ley federal. El Estado de Nueva York no tiene estatutos que cubran secretos comerciales y es uno de los dos únicos estados que no han adoptado la Ley Uniforme de Secretos Comerciales Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA)²⁴. En cambio, toda la protección del secreto comercial en Nueva York proviene de precedente. La Ley de Espionaje Económico de 1917²⁵ permite al gobierno castigar el robo de secretos comerciales con multas o encarcelamiento.

43. En Nueva York, los tribunales podrán igualmente analizar seis factores para determinar si la información debe considerarse un secreto comercial:

"1. El valor de la información para su negocio y sus competidores. 2 Si la información se conoce fuera de su negocio 3. Si la información es conocida solo por sus empleados y personas en su negocio 4. La cantidad de dinero que ha gastado en desarrollar la información. 5. La dificultad para que otros obtengan o creen la información. Las acciones

22 *BDO Seidman v. Hirshberg*, 712 N.E.2d 1220, 1224-25 (N.Y. 1999); *Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp.*, 369 N.E.2d 4 (N.Y. 1977); *Reed, Roberts Assocs., Inc. v. Strauman*, 353 N.E.2d 590, 593 (N.Y. 1976)

23 *Ashland Mgmt. Inc. v. Janien*, 624 N.E.2d 1007, 1013 (N.Y. 1993). 25 18 U.S.C. ch. 37 (18 U.S.C. § 792)

24 *Faiveley Transp. USA, Inc. v. Wabtec Corp.*, 758 F. Supp. 2d 211, 220 (S.D.N.Y. 2010).

25 18 U.S.C. ch. 37 (18 U.S.C. § 792)

que ha tomado para proteger el secreto de la información."²⁶

44. Un acuerdo de confidencialidad debe ser "razonable" para que se pueda hacer cumplir. Con el fin de determinar la razonabilidad, los tribunales de Nueva York considerarán factores como:

"1. los intereses de la Parte Reveladora en mantener la información en secreto; 2. el período de tiempo que la información debe mantenerse en secreto; 3. la carga sobre la Parte Receptora; y los intereses del público."²⁷

45. Bajo ley colombiana, los parámetros de confidencialidad y el secreto empresarial se rigen por la Ley 1712 de 2014 "Por medio del cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional", al igual que por la normativa andina aplicable a secretos empresariales, esto es el artículo 260 de la Decisión 486, que lo define en los siguientes términos:

"... secreto empresarial como "cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: (i) secreta, (ii) tenga un valor comercial por ser secreta y (iv) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta".

46. En este sentido, la aplicabilidad de los cuerpos normativos mencionados a los NDA's debe necesariamente observar lógicas de derecho internacional privado, circunstancia que implica analizar primariamente las cláusulas allí contenidas y que establecen una obligación general de confidencialidad, marcando como no confidencial solamente aquello que expresamente lo indique. Subsidiariamente y a falta de claridad, el juez podrá abordar su interpretación a partir de la ley aplicable establecida en los NDA's²⁸, como pueden ser la ley del Estado de Nueva York o la ley colombiana según se haya pactado.

47. La firma de NDA's como requisito esen-

26 *Ashland Mgmt. Inc. v. Janien*, 624 N.E.2d 1007, 1013 (N.Y. 1993).

27 *Perfect Fit Glove Co. v. Post*, 635 N.Y.S.2d 917, 917-18 (N.Y. App. Div. 1995).

28 Artículos 1618 a 1624 del Código Civil

cial para la suscripción de los contratos de suministro no es exclusiva de la negociación entre el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas, sino que se trata de una característica común de todas las negociaciones entre estados y fabricantes de la vacuna contra el Covid-19. Algunos acuerdos de suministro suscritos a nivel mundial permiten que las empresas farmacéuticas suspendan el envío de vacunas si información confidencial es revelada²⁹. Incluso COVAX se ha rehusado a publicar cualquiera de sus acuerdos³⁰.

48. Incluso cuando estos acuerdos son revelados, datos clave como el precio por dosis y fechas de envíos siempre son omitidos³¹. La bibliografía especializada en la temática considera que existen buenas razones para mantener la confidencialidad, pues consideran más conveniente mantener los precios de las vacunas como información secreta para evitar precios más altos, teniendo en cuenta que un número limitado de fabricantes buscan obtener utilidades ofreciendo vacunas a precios diferenciados a países pobres y a países ricos. Si los países ricos tuvieran certeza del valor cobrado por las farmacéuticas a los países pobres, se podrían generar reclamaciones o demandas en las que se exija un precio similar al que se les ofrece a los países pobres³², afectando incentivos de las farmacéuticas para ofrecer dosis a estos últimos.

49. Adicionalmente en derecho colombiano al abordar temas de secreto comercial se debe tener en cuenta que esta materia es regulada por Derecho Supranacional Andino. A tales propósitos, es pertinente mencionar que un tribunal nacional examinando estas materias de secreto comercial, ya sean protegidas o no de forma expresa por un NDA, debe evaluar la pertinencia o no de aplicar el artículo

29 M. Apuzzo and S. Gebrekidan, "Governments Sign Secret Vaccine Deals. Here's What They Hide" (28 January 2021) *New York Times*, <https://www.nytimes.com/2021/01/28/world/europe/vaccine-secret-contracts-prices.html> [Accessed 16 February 2021]. En: Colpaert, Caranina. Claes, Hannes. Law and access to vaccines: current challenges, *European Competition Law Review*. 2021

30 *Ibidem*.

31 Por ejemplo: Commission, "Advance Purchase Agreement (APA) for the production, purchase and supply of a Covid-19 vaccine in the European Union between AstraZeneca and the European Commission", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_302 [Accessed 16 February 2021].

32 Colpaert, Caranina. Claes, Hannes. Law and access to vaccines: current challenges, *European Competition Law Review*, E.C.L.R. 2021, 42(6), 285-296.



260³³⁴ de la Decisión 486, que versa sobre el secreto comercial; y en consecuencia, tal como lo disponen el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (art. 33³⁵) y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Art. 123), proceder o no a la solicitud de interpretación prejudicial es obligatoria, con arreglo a la responsabilidad que implica dicho ejercicio para el estado colombiano conforme al derecho comunitario.

50. Al respecto, está reconocido en el ordenamiento jurídico andino y la jurisprudencia andina que el hecho de no consultar sobre una norma andina, conforme al procedimiento de interpretación prejudicial, puede conllevar un incumplimiento del estado colombiano, el cual se verifica por la simple existencia de cualquier, “sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”³⁶.

33 “Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

34 “Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

35 “Artículo 123.- Consulta obligatoria. De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.”

36 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 004-AI-2017. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019

51. En este sentido, en diferentes interpretaciones prejudiciales, el TJCA ha señalado lo siguiente:

“(…) el artículo 4 del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación. Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento”³⁷.

52. El Tribunal también ha manifestado por su parte que:

“Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal(…)”³⁸.

53. Finalmente, en este punto resulta pertinente cuestionarse cuál es el efecto práctico del levantamiento de la confidencialidad frente a los contratos en mención. En este sentido y visto lo anterior esta oficina es de la opinión que el levantamiento de la confidencialidad tiene efectos predicables tanto frente a los contratos NDA's, como frente a la

publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.

37 Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994, emitida en el marco del Proceso N° 6-IP-1993.

38 Interpretación Prejudicial de fecha 21 de abril de 2010, emitida en el marco del Proceso N° 106-IP-2009.

estabilidad de la arquitectura contractual que compone los proyectos de adquisición de suministro de vacunas por las distintas farmacéuticas hacia el estado colombiano. Así las cosas, siendo la confidencialidad el objeto de los contratos de confidencialidad o NDA's, el levantamiento de la confidencialidad implica la invalidación de los contratos y de sus cláusulas, o la pérdida de efectos de todos los anteriores por la desaparición de su objeto.

54. En síntesis, y en opinión de esta Oficina, el levantamiento de la confidencialidad invalidaría los contratos NDA's y las cláusulas de confidencialidad firmadas por el Estado Colombiano a través de la agencia designada legalmente para tal fin, en este caso la UNGRD.

55. Por otra parte, siendo los contratos de confidencialidad uno de los fundamentos contractuales sobre los cuales se establece la arquitectura de los proyectos de suministro y adquisición de vacunas, la invalidez, y consecuente pérdida de efectos de los mismos, podría afectar las representaciones contractuales de las partes tanto durante la integridad del proceso de negociación y contratación, así como sobre su arquitectura.

56. En consecuencia, sería predicable un eventual impacto en el proyecto mismo de suministro, al abrirse la puerta para argumentar por los contratistas del estado colombiano, que se ha producido una pérdida de las razones por las cuales se logró alcanzar y asegurar los proyectos de suministro y adquisición de vacunas.

57. Siendo así las cosas en este punto vale la pena pronunciarse sobre el foro o juez del contrato y la ley aplicable.

IV. Juez competente para interpretar y dar alcance a las disposiciones contenidas en los acuerdos suscritos para la compra de vacunas contra el Covid-19

58. El Estado puede celebrar contratos comportándose como un sujeto de derecho privado, los cuales se consideran contratos estatales desde el punto de vista subjetivo, es decir, sólo considerando a la naturaleza

estatal de una de las partes que contratan y no a otros criterios³⁹.

59. Por un lado, los contratos estatales propiamente dichos son aquellos que están regidos por el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993 y complementarias). Por otro lado, los contratos estatales especiales son aquellos en los cuales el Estado está excluido de aplicar el Estatuto General de Contratación Pública⁴⁰.

60. Los contratos a través de los cuales el Estado concertó en la adquisición de las vacunas contra el Covid-19 son contratos estatales especiales, debido a que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, en virtud de lo consignado en el Decreto Legislativo 559 de 2020 que, en su artículo 4, establece: "Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-Covid-19, se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación". (Resaltado fuera del texto original).

61. Estos contratos estatales especiales para la adquisición de vacunas son bilaterales, nominados, típicos, y, al ser negociados con personas jurídicas de derecho privado registrados en jurisdicciones extranjeras, son contratos de compraventa internacional⁴¹.

62. Con la habilitación del artículo 4 del Decreto Legislativo 559 para contratar bajo las normas de derecho privado y en ejercicio de su autonomía de la voluntad⁴², el Estado -a

³⁹ Ley 80 de 1993, artículo 32: "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación".

⁴⁰ Colombia Compra Eficiente, Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación. Públicamente disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf

⁴¹ La legislación colombiana no tiene una definición de lo que es un contrato internacional.

⁴² El ejercicio de la autonomía de la voluntad por el Estado ha sido desarrollado por el Consejo de Estado, así: "(a) El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes; (b) Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal

través de Fiduprevisora S.A.- pactó con sus respectivas contrapartes contractuales cuál sería el juez competente para interpretar y decidir sobre las cláusulas incorporadas en los contratos de compra de vacunas incluyendo su existencia y validez.

63. Con la información disponible por esta Oficina, se establece que en la mayoría de los contratos que componen la arquitectura negociada en los proyectos de suministro de vacunas contra el Covid-19, el Estado acordó el juez con competencia para pronunciarse respecto de estos contratos. Así las cosas en algunos casos se determinó que sería un tribunal arbitral, constituido (según cada acuerdo) bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA), como es usual en los contratos de compraventa internacional, y en otros dicha competencia se asignó a tribunales establecidos conforme a derecho colombiano y a los jueces civiles en Colombia, por su especialidad en materia de derecho civil y comercial.

64. Esta previsión se encuentra ajustada a los parámetros del ordenamiento jurídico nacional, en todo nivel, ya que la facultad de pactar la resolución de conflictos a través del arbitraje se habilita por el artículo 116 de la Constitución Política, el artículo 8 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), además de haber sido resaltada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como fuera señalado en la sentencia C-060 de 24 de enero de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): "Tanto el convenio que da origen al contrato de concesión, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional, éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino

no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes (...) Consejo de Estado, Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. C.E. 00071 de 2017.

el adecuado acceso a la administración de justicia”.

65. En este sentido, la competencia de los jueces en el marco de la contratación internacional también es un concepto que se deriva del acuerdo entre las partes y esto incluye a las obligaciones contenidas en los Acuerdos de Confidencialidad, las cuales, en principio, sólo pueden ser interpretadas e invalidadas por el juez competente según el texto de dichos acuerdos, y conforme a los procedimientos y acciones establecidas para tal efecto. Este ha sido precisamente el entendimiento general del derecho internacional privado, del derecho comparado, y del propio derecho colombiano, como se explicará en detalle a continuación.

66. La inexistencia de cortes internacionales para litigios relativos a contratos de compraventa internacional ha generado la creciente proliferación de conflictos entre jueces de diferentes estados que, en virtud de distintos criterios, tienen jurisdicción sobre una misma disputa. Dicha situación ocurre, en ausencia de pacto en contrario, en tanto la jurisdicción de los jueces tiende a ser un asunto netamente doméstico⁴³. Así, es usual que una misma disputa sea conocida por jueces de diferentes jurisdicciones (conflicto de jurisdicciones), el cual se mitiga únicamente por las normas internas de cada país para evitar los litigios paralelos⁴⁴.

67. Con ocasión de este problema histórico, las cláusulas de selección de foro (como por ejemplo el arbitral) existen en la contratación internacional porque las partes quieren escoger, para el contrato que han celebrado, un juez diferente al que resultaría competente en ausencia de pacto expreso sobre la materia; de lo contrario, no cumplirían ninguna función⁴⁵. En estos términos, estas cláusulas pueden ser definidas como aquellas mediante las cuales “las partes de un contrato designan por avanzado una corte o cortes ante las cua-

les se deben llevar las disputas que puedan surgir en relación con el contrato”⁴⁶.

68. Las cláusulas de selección de foro pueden ser exclusivas o no exclusivas pues, a través de ellas, las partes de un contrato internacional pueden o no excluir la jurisdicción de otras cortes sobre el contrato de que se trate. Las cláusulas de selección de foro exclusivas son aquellas que excluyen al “resto de las posibles jurisdicciones que, de acuerdo a sus respectivas normas de conflicto, podrían conocer del caso”⁴⁷.

69. En derecho comparado, por otra parte, se considera que estas cláusulas de selección de foro son prima facie válidas y debe observarse y aplicarse a menos que se demuestre que su aplicación es irrazonable o injusta según las circunstancias⁴⁸. Dicha irrazonabilidad debe estar soportada, por ejemplo, en situaciones de abierta ilegalidad, como son el fraude, una influencia indebida o un poder de negociación excesivo que hace nugatorio el ejercicio de la libre voluntad contractual⁴⁹, o el propio objeto contractual. Así las cosas, la parte que alega la irrazonabilidad o injusticia tiene un estándar de prueba verdaderamente alto debiendo establecer que su punto es prima facie evidente, so pena de que su alegato contra las cláusulas de foro cuestionadas sea desestimado⁵⁰.

70. Dichas cláusulas, en conclusión, deben ser respetadas en virtud del principio fundamental de pacta sunt servanda que rige la contratación internacional y al que la legislación nacional también le reconoce efectos. Incluso, las mismas deben ser, respetadas por las cortes locales, en deferencia a lo pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, y como señal de respeto a la competencia de jueces o cortes que han sido designadas para conocer de una controversia contractual⁵¹.

71. Conforme a dicha deferencia o “comity”, como se denomina en derecho anglosajón,

46 Alberto Zuleta (2010). *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: Una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, pág. 9.

47 Alberto Zuleta (2010). *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: Una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, pág. 17.

48 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* (SC 1972), p. 134.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512 (11th Cir. 1994)

la cual ha sido aceptada en derecho internacional privado, se debe respetar el juez del contrato a menos que al sopesar los factores relevantes en un caso específico se pueda determinar, *inter alia*, que: (i) una decisión por un tribunal extranjero conllevaría eventualmente fraude; (ii) la decisión por la corte foránea, sería dictada por un tribunal incompetente, incapaz de prever y acatar, las normas de derecho internacional privado y comparado (la jurisprudencia civilizada) y (iii) la decisión extranjera sería perjudicial, en el sentido de violar el orden público de la jurisdicción que el juez, que conoce del caso, ha jurado defender⁵².

72. El *Comity*, respeto o cortesía de una corte con otra, no es en consecuencia una cuestión de obligación absoluta, por un lado, ni de mera cortesía y buena voluntad, por otro⁵³. Implica un análisis detallado de las razones por las cuales no es necesario declinar de conocer un caso sometido a su conocimiento o por el contrario de arrogarse la competencia de un juez, en principio competente para el efecto, justificado para ello por razones de hecho y de derecho que soporten su actuación.

73. Una conclusión en contrario resultaría en la inseguridad jurídica de las relaciones de comercio internacional. Incluso, en derecho comparado se ha discutido en qué medida la presunta afectación de una legislación local involucrada en una transacción resulta suficiente para efectos de poder sobreseer la escogencia de foro y ley aplicable. Al respecto en derecho comparado se ha reconocido que la supuesta violación de una ley nacional no es suficiente para superar la presunción de que deben aplicarse las cláusulas de elección de ley, si en dicho proceso no se prueba la irrazonabilidad o injusticia en los términos antes descritos⁵⁴.

74. No obstante lo anterior y como ya se mencionó, en ciertas jurisdicciones, es admisible que una cláusula de selección de foro sea invalidada por una corte local, sin embargo dicho rasero, resulta sumamente alto y generalmente comporta la existencia de una sólida argumentación y del acervo probatorio suficiente para proceder en ese sentido.

75. De otra parte, la acción o recurso que se adelante para el fin perseguido, debe resultar

52 *Ibidem*.

53 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Hilton v. Guyot* (U.S. SC 1895)

54 *Richards v. Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998)

43 Alberto Zuleta (2010). *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: Una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, pág. 13.

44 “La ley colombiana, por ejemplo, establece como una causal para negar el reconocimiento de un fallo judicial extranjero, la existencia de un litigio en Colombia entre las mismas partes y con el mismo objeto”. Alberto Zuleta (2010) *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: Una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, pág. 15.

45 Alberto Zuleta (2010). *Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: Una visión desde el derecho internacional privado colombiano*, pág. 9.

la idónea, desde una perspectiva procesal y garantista de los derechos de todos los eventualmente afectados, así como el razonamiento legal que acompaña la decisión implica poder establecer que las condiciones de irrazonabilidad e injusticia se han producido. Sólo satisfechos los anteriores requisitos de derecho, es que un juez concedor de una acción legal sobre el asunto se encuentra legitimado de jure para desplazar al juez del contrato, establecido por las partes.

76. Se debe insistir en que los motivos por los cuales estos contratos con cláusulas privativas de foro pueden ser invalidadas son restringidos pues, como ya mencionamos, de lo contrario se perdería toda seguridad jurídica en las relaciones de comercio internacional ; las partes nunca tendrían certeza sobre la jurisdicción que va a conocer del contrato, es decir, interpretarlo y adjudicar sobre él. La argumentación que justifica el desplazamiento de la competencia del juez del contrato según la escogencia de las partes del mismo, por su parte, debe fundamentarse en razones de hecho y de derecho claramente expuestas y argumentadas durante el curso del proceso que ha derivado en las consecuencias de invalidar la cláusula de foro.

77. Es menester insistir en que no es menos pertinente en esta evaluación, por el juez del contrato o por aquel que pretende desplazar al primero, el evaluar la idoneidad de las acciones o recursos adelantados para lograr dicha invalidez de la cláusula de foro , o del contrato mismo, su pertinencia y procedencia conforme a derecho. De igual manera, dicha evaluación deberá comportar aspectos como el respeto de los derechos de todas las partes de los contratos y de los terceros en el curso de un procedimiento judicial adelantado respecto de una controversia directa o indirectamente relacionada con un contrato .

78. Así las cosas, estas cláusulas podrían ser invalidadas por una corte local, por ejemplo en caso de que se demostrara en el curso de un proceso que se interfiere “con la jurisdicción relevante, una materia que se considera fuera del ámbito de la autonomía de las partes” . Fue esta la posición asumida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en particular, en el caso *Nute v. Hamilton Mut. Ins. Co.* Siguiendo esta teoría, debido a que las normas sobre jurisdicción de las cortes para determinados casos estaban dispuestas en una ley general, las mismas no podrían ser modificadas por acuerdos entre partes privadas. Dicha proscripción de una ley general en contra del *pacta sunt servanda*, debe ser prima facie evidente para las

partes y terceros involucrados en un proceso contractual. Por otra parte, la violación de la ley general debe ser claramente probada y argumentada en el curso del proceso en que se conoce del debate jurídico.

79. Este último estándar, en el marco del derecho de los Estados Unidos, se debe leer en conjunto con el *Restatement (Second) of Conflict of Laws § 80 (1971)* de los Estados Unidos, el cuál indicó que: “El acuerdo de las partes sobre el lugar donde se puede ejercer la acción legal no puede sustraer imperativamente a un estado de su condición como jurisdicción judicial, pero a dicho acuerdo se le dará efecto a menos que sea injusto o irrazonable”. En cualquier caso, el desplazamiento del juez aplicable implica riesgos, como por ejemplo que no se pueda aplicar el principio de cosa juzgada (*res judicata*) o que el mismo sea oponible por las partes en una controversia cuando la misma se somete al juez originalmente designado en el contrato. Lo expuesto dado el hecho atípico de desplazar lo libre y voluntariamente pactado por las partes de un contrato.

80. De lo anterior, notamos que la tensión principal consiste en lo siguiente: por un lado, el entender a las normas relativas a la jurisdicción de las cortes locales como un asunto de orden público, no derogable por acuerdo entre privados; por otro lado, el permitir que las partes escojan la jurisdicción que conocerá de sus contratos, a través de cláusulas de selección del foro o de ley del contrato (como el arbitral), como expresión del principio fundamental de autonomía de la voluntad .

81. Privilegiar la primera postura -es decir, la invalidez general de las cláusulas de selección de foro-, sin que sobre la misma medie razonamiento plausible con arreglo a los principios antes enunciados, a título de ejemplo, en materia de derecho comparado e internacional privado, tendría la consecuencia práctica de generar inseguridad jurídica en las relaciones de comercio internacional, y muy probablemente negaría a su vez la posibilidad de que un juez competente, por una cláusula de decisión de foro, acepte la existencia del cosa juzgada, al negar la posibilidad de que la *res judicata* proceda por una actuación de una corte, toda vez que esta resulta abiertamente arbitraria y contraria a derecho. Lo expuesto es equivalente a lo que en derecho colombiano se conoce como una vía de hecho.

82. Aplicando lo mencionado frente al referente judicial conocido por parte de esta dependencia, observamos que cualquier



consideración por una corte local, entrando a conocer de un caso sometido a una jurisdicción, distinta y designada contractualmente podría ser entendida como un desplazamiento de su foro privativo. En la evaluación que realice el juez definido en los negocios jurídicos correspondientes, el cual difiere del encargado de resolver acerca del acceso al conocimiento de información determinada como confidencial por las partes, el primero valorará aspectos como la pertinencia de la acción y procedimiento aplicado, las razones para asumir la competencia de juez del contrato en desmedro de la voluntad contractual, y las razones de hecho y derecho que le permitieron al segundo juez proceder de esa manera. Lo anterior se hará conforme a los criterios de derecho comparado antes mencionados, que como ya se ha visto plantean un estándar probatorio y argumental sustancialmente alto, correspondiente a la aplicación de una excepción al principio de *pacta sunt servanda* en derecho internacional privado.

83. Acerca de la interpretación y determinación del alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de adquisición de vacunas en contra del Covid-19, suscritos por Fiduprevisora S.A. bajo un esquema de derecho privado en virtud del Decreto Ley 559 mencionado, en opinión de esta oficina, el juez que conoció de una petición sobre el acceso a los documentos debió en consecuencia establecer en hecho y en derecho, conforme al acervo probatorio a su disposición que estaba legitimado en derecho para desplazar al juez del contrato. En el caso objeto de examen no resulta claro que se haya procedido en el sentido descrito.

84. Tampoco pareciera evidente que se cumplan las condiciones de derecho comparado para que dicho desplazamiento del juez del contrato sea respetado en un análisis legal que el propio juez del contrato eventualmente adelante, en línea con los conceptos de foro más conveniente, *comity* y *res judicata*. Por el contrario, pareciera existir un alto riesgo de que una actuación procesal adelantada, sin que se satisfagan estos requerimientos, se someta a examen ulterior en juicio de responsabilidad ante la jurisdicción competente, y eventualmente generando consecuencias de responsabilidad para el estado colombiano con relación a los proyectos de suministro de vacunas en el conjunto de su arquitectura, y por cuenta de la aparente invalidación de los contratos y cláusulas de confidencialidad suscritos.

85. Adicionalmente, y no teniendo el recurso de insistencia origen de las providencias obje-

to de este examen, una naturaleza de acción contractual en derecho privado o público, o de medio de control constitucional, y ante la ausencia de vinculación en el proceso objeto de examen de las contrapartes contractuales del Estado Colombiano, en opinión de esta oficina, dicha situación también podría ser valorada por un tribunal extranjero, y eventualmente el riesgo antes citado se podría ver aumentado, en caso que el juez, designado como el del contrato, entre a evaluar si en el acto de abrogarse competencia jurisdiccional, se dieron las condiciones de razonabilidad y de trato justo requeridas por la jurisprudencia de las naciones civilizadas en derecho comparado.

86. En síntesis, y en atención a las cláusulas exclusivas sobre selección de foro contenidas tanto en contratos de confidencialidad (NDAs) como para la compra de vacunas, su interpretación, validez, y alcance constituyen aspectos sujetos a examen o a pronunciamiento de fondo por el juez elegido, libre y voluntariamente, por las partes, esto es, a un tribunal arbitral, corte o juez de la jurisdicción que corresponda por voluntad de las partes. Dentro de los aspectos a resolver eventualmente por el juez del contrato estarán aquellos relacionados con la pertinencia y legitimidad procesal de la acción incoada con miras a lograr el desplazamiento del foro contractual, así como los relativos a la ratio decidendi y el estándar de hecho y de derecho establecido en el curso del proceso que antecedió al abrogarse la posición del juez del contrato escogido por las partes, conforme a los criterios antes expuestos en derecho internacional privado y en derecho comparado.

87. Bajo los mismos presupuestos, el mecanismo en virtud del cual se libera la confidencialidad de información y documentos alusivos a los contratos de adquisición de las vacunas contra la Covid-19, conforme a su determinación formal por el artículo 26 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad radica en que la autoridad jurisdiccional competente deniegue o acceda, total o parcialmente, a una petición de acceso a documentos, podría ser valorada por el juez natural.

88. En ese sentido, el foro contractual entraría a analizar cómo un mecanismo que desplazara o subrogara su competencia, o suprimiera la decisión de las partes de elegir la jurisdicción encargada de adjudicar una solución a las controversias que surgieran de la interpretación de un acuerdo, también decide dejar sin efectos una cláusula o contrato de confidencialidad, suscrita conforme a ley ex-

tranjera.

89. En opinión de esta Oficina, también existiría la posibilidad que, tanto a la luz del clausulado acordado entre el Estado y las farmacéuticas, como frente a la normativa constitucional y legal que establece la procedencia de la habilitación temporal a particulares para proferir laudos en derecho, en equidad o técnicos, el juez elegido por las partes podría concebir como intromisión a su competencia cualquier acción o medida tendiente a desconocer la limitación derivada del pacto arbitral, al momento de valorar el alcance o la procedencia de los compromisos suscritos.

90. Dicha inferencia podría adquirir una mayor relevancia debido a que una orden dirigida a que la información pactada como confidencial se libere al conocimiento de un interesado o del público, en general, significa decidir sobre el objeto mismo de un acuerdo específico en tal sentido, como es el caso de los NDA's, así como valorar la procedencia de sus cláusulas, suplir la voluntad de los contratantes y eliminar cualquier eficacia real de un negocio jurídico celebrado en cumplimiento de una normativa foránea y ajustada a los parámetros determinados por los obligados, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, situación que podría ser interpretada por el juez del contrato como una inmersión en el ámbito de su competencia.

91. En este sentido, el juez natural podría llegar a entender que en los siguientes apartados de las sentencias puestas en conocimiento de esta dependencia, las cuales se enuncian a manera de ejemplo o sólo con el fin de ilustrar la exposición que antecede, fueron interpretadas o se les dio un alcance a ciertas cláusulas de los contratos de compra de vacunas en contra del Covid-19 y a los Acuerdos de Confidencialidad en su integridad:

“Ahora bien, en el presente asunto, fueron suministrados para conocimiento de la Corporación tres contratos de adquisición de vacunas suscritos por parte del gobierno colombiano, y al revisarse su clausulado se observa que la confidencialidad de los mismos se restringe a las disposiciones de carácter financiero o sobre indemnización descritos en éste y puntualmente respecto del precio por dosis del producto .

Los propios acuerdos firmados entre las empresas farmacéuticas y Fiduprevisora en nombre de la UNGRD, disponen por un lado que las partes con tales acuerdos (i) No desconocen las normas o leyes, de manera que no pueden desconocer por vía de un pacto de confidencialidad contravenir tales normas



superiores, que garantizan un derecho humano, como lo es el acceso a la información, la libertad de pensamiento y opinión; (ii) Se comprometen a aplicar las normas anticorrupción; (iii) Manifiestan regirse por el principio de publicidad; incluso conforme lo dispuesto en el Decreto Legislativo 559 de 2020 establece que al régimen aplicable a los acuerdos suscritos por Fiduprevisora S.A, se gobiernan por este principio; (iv) Prevé la posibilidad de hacer versiones públicas; (v) Establecen que si una Corte o Tribunal considera inaplicables algunas disposiciones, se ajustarán los acuerdos o se entenderán que continúan en lo demás; (vi) Si bien señalan las cláusulas que se someten a las normas del Estado de Nueva York, lo cierto es que el Estado de Nueva York también está sometido a la ley federal, particularmente la Freedom of Information Act – FOIA y las normas convencionales; (vi) Si bien señalan las cláusulas que se someten a las normas del Estado de Nueva York, lo cierto es que el Estado de Nueva York también está sometido a la ley federal, particularmente la Freedom of Information Act – FOIA y las normas convencionales .

Al revisar el clausulado contractual, se concluye que no se trata de transferencia de tecnología, ni de patentes ni secretos industriales, se trata únicamente de un acuerdo para el suministro de una vacuna cuyo conocimiento no afecta la salud pública, porque (i) las cláusulas pactadas son producto de una negociación sobre un suministro, pero en ellas no se autoriza que se dé por terminado el contrato por esta razón, y en todo caso, las vacunas son un bien público mundial; (ii) se trata de acuerdos más de naturaleza comercial, en los que las compañías exigen garantías para su pago cumplido por parte del comprador pero el tema del suministro está sometido a muchas aleas y no precisamente a su confidencialidad ni lo pueden anclar conforme a las normas superiores .

Tampoco se puede señalar que si se revela la información de los contratos sobre las vacunas se pone en juego el suministro de las vacunas en Colombia porque (...) Los propios contratos de suministro de dosis, otorgan a las empresas la posibilidad de destinar unilateralmente y sin indemnización alguna, las vacunas pactadas a otro mercado o contratista (...)” .

92. Dichas valoraciones podría comprenderlas el juez del contrato, conforme a los criterios señalados con antelación, como un pronunciamiento acerca de los motivos, el alcance y los efectos de los clausulados pactados. Acto seguido entraría a cuestionarse

por la legitimidad de la actuación de desplazamiento del juez del contrato, así como sobre la legalidad, según la ley aplicable al contrato, del procedimiento adelantado.

93. Lo anterior, teniendo en cuenta que la interpretación del contrato fue asignada expresamente por las partes, en ejercicio de su autonomía, a un juez, corte o tribunal designado al efecto. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que en su jurisprudencia:

“... ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria, como una de las modalidades del pacto arbitral, excluye la competencia de esta Jurisdicción (...) es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminada a definir que las diferencias suscitadas en torno al contrato de asociación sean resueltas a través del mecanismo del arbitramento, circunstancia que impide que esta jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de competencia” .

94. Siendo así, el sometimiento de un contrato a arbitraje (en este caso a arbitraje internacional) o juez extranjero, tendría muy probablemente como consecuencia la falta de competencia del juez nacional. Lo contrario, debe establecerse conforme a derecho con una explicación razonada y sustentada conforme a todo lo antes citado.

95. Similares conclusiones pueden predicarse respecto de las cláusulas de confidencialidad incorporadas en acuerdos de suministro, que las que se han mencionado sobre los NDA’s como cuerpos contractuales separados. Lo anterior, teniendo en cuenta que cada NDA incluye cláusulas que delimitan el juez competente que puede adelantar el análisis sustancial de las obligaciones allí incorporadas.

96. En este orden expositivo, consideramos que la habilitación legal que se otorga a un juez habilitado por el ordenamiento jurídico interno, con el propósito de decidir acerca del acceso a la información, tendría el riesgo de ser entendida en su tenor literal por el juez del contrato, esto es, sin la posibilidad de pronunciarse respecto del acuerdo que estipula una excepción a ese derecho, como son los pactos o cláusulas de confidencialidad.

97. Frente a ese punto, el juez del contrato podría contar con situaciones homólogas dentro del ordenamiento jurídico interno que podrían llevar eventualmente a una conclusión idéntica, como sería el caso en el que la confidencialidad hubiera estado contenida en un acto administrativo de carácter general

, el cual goza de una presunción de legalidad y constitucionalidad, o cuando tal condición constara en una norma legal, ya que la evaluación de su concordancia con los preceptos constitucionales o con los instrumentos constitutivos del bloque de constitucionalidad respecto del acceso a la información cuenta con un mecanismo específico y otro tribunal competente para ello.

V. Ley sustancial aplicable a los acuerdos suscritos por el gobierno de Colombia para el suministro de vacunas contra el Covid-19

98. Como se anunciaba con anterioridad, los contratos de suministro de vacunas contra el Covid-19 suscritos entre el Gobierno de Colombia y las empresas farmacéuticas se rigen por el derecho internacional privado, y más específicamente, de conformidad con las normas aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías o, en su defecto, con las leyes extranjeras o nacionales sobre compraventa y confidencialidad que hayan sido expresamente pactadas en los contratos y que resultan obligatorias en virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

99. Por ejemplo, en el caso de algunos de los contratos de suministro celebrados con las farmacéuticas, existen alusiones como ley sustancial aplicable a la del Estado de Nueva York o a la ley colombiana en materia de contratos comerciales de compraventa (Código de Comercio y Código Civil en lo que resulte procedente).

100. De esta manera, el análisis legal llevado a cabo por el juez competente implica necesariamente observar la normativa de carácter civil y comercial, tanto nacional como internacional relevante, en consonancia con la naturaleza de los NDA's y de los contratos de suministro.

101. Por ejemplo, teniendo en cuenta la ley aplicable en los contratos, el juez debe observar que tanto Estados Unidos como Colombia son parte de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías ("CISG" por sus siglas en inglés), y en consecuencia interpretar el contrato confor-

me a lo allí dispuesto, siempre que verifique que se trata de partes contratantes que se encuentran en dos países diferentes firman-tes de la CISG y que no existe pacto en contrario para su aplicación.

102. El juez competente, en su ejercicio de interpretación de los NDA's y contratos de suministro, también debe referirse a la naturaleza de los contratos y su consonancia con el derecho que se encuentra aplicando. Para el caso de los contratos suscritos con las farmacéuticas, resulta esencial observar las características que a nivel comparado tendrían los contratos de suministro, con el propósito de interpretar adecuadamente su contenido.

103. Frente a la naturaleza del contrato de suministro comercial, a nivel comparado, la doctrina ha encontrado algunas características comunes:

"Es bilateral: participan dos agentes comerciales: el que ofrece el producto o servicio y el que lo demanda y paga por adquirirlo. No puede existir un tercer agente; si así fuese, la empresa proveedora tendría que elaborar un contrato para cada uno de sus clientes.

Se establece a través de consenso: todo lo estipulado en el contrato debe ser producto del consenso entre ambas partes. Ninguna de las dos impondrá las condiciones que más le favorezcan en perjuicio del bienestar de la otra. Es, en términos prácticos, una negociación.

De trato sucesivo: por lo general, los contratos de suministro comercial no contemplan el aporte de un solo producto o servicio. La relación es más bien a largo o medio plazo y con entregas sucesivas del bien o servicio. Está regulado por la legislación vigente: aunque ambas partes fijan las condiciones que más les convienen, no pueden obviar el marco legislativo en el que se realice la negociación. Si es de carácter nacional, serán las leyes de cada país las que regulen este tipo de documentos y su aplicación; si, por el contrario, es de alcance internacional, el contrato deberá regirse por la legislación vigente en un espectro más amplio, como sucede con un buen número de contratos que se firman en el contexto de la Unión Europea.

Es oneroso: los bienes y servicios que se suministran no son gratuitos; tienen un precio que debe estar estipulado de forma clara y consensuada."

104. Lo anterior ofrece algunos ejemplos para la aplicación del derecho pactado en

las cláusulas contractuales de los NDA's y de los acuerdos de suministro suscritos entre el Gobierno Colombiano y las farmacéuticas, el cual es de necesaria observancia por el juez competente bajo el presupuesto de que el contrato es ley para las partes.

105. Omitir la ley pactada por las partes del contrato equivale a desconocer su voluntad y de paso el principio *pacta sunt servanda*, por lo que el juez está limitado a aplicar la ley del contrato y las disposiciones normativas que permitan su interpretación según la naturaleza del contrato, que en este caso es comercial. Esto implica que el juez esté inhabilitado para sustituir o preferir la aplicación de ley colombiana o de otros estatutos normativos no pactados en el contrato, sin explicar conforme a derecho por qué aplican.

106. La aplicación de lógicas ajenas a la contratación estatal en la adquisición de vacunas contra el Covid-19 responde a una dinámica de mercado marcada por la urgencia e inmediatez con la que las mercaderías se necesitan a nivel mundial. Lo anterior ha significado un replanteamiento del papel de los Estados en el tráfico mercantil, y se han recaracterizado también como sujetos de derecho internacional privado que rompen lógicas tradicionales de poderes exorbitantes o características especiales en la contratación entre privados y estados, pues ante la urgencia y frente a esta mercadería en concreto, los Estados han contratado como si se tratara de una sociedad o una empresa privada cualquiera.

107. Al igual que sucede con las cláusulas de selección de foro, frente a las cláusulas de ley aplicable se ha dicho en derecho comparado que las mismas no pueden pretermirse por el solo hecho que se suscite una aparente violación de una norma nacional, máxime cuando el procedimiento seguido para el efecto no resulta el idóneo conforme al derecho aplicable en la jurisdicción que pretende invocar una ley distinta a la escogida libre y voluntariamente en un contrato.

108. En derecho comparado los tribunales y cortes tiende a ser deferentes con las cláusulas de selección de ley aplicable siempre que dicha selección sea razonable para el caso concreto. Necesariamente debe recordarse que al elegir una ley, naturalmente se excluye otra.

109. En EE.UU., y en el caso de la ley del estado de Nueva York, relevante en el caso

de los proyectos de suministro de vacunas Covid-19 y de la arquitectura contractual negociada, las cláusulas de selección de ley tienen incluso una dimensión constitucional en desarrollo del principio de buena fe.

110. En ese sentido la voluntad libre de las partes se respeta en atención al principio de la buena fe que rige las relaciones en derecho privado. En el contexto de un contrato de derecho internacional privado y de cara a la imparcialidad del juez frente a las partes contratantes, dichas cláusulas de selección de foro cobra incluso mayor importancia, habida cuenta que un tribunal internacional debe resguardar la objetividad frente a la nacionalidad de las partes, y debe tender a garantizar la ley del foro para honrar los términos de los contratos suscritos .

111. En este sentido, al celebrarse contratos de compraventa internacional de mercaderías, como en el caso de los contratos celebrados entre el Gobierno de Colombia y algunas de las empresas farmacéuticas, se consolidan derechos en cabeza de las partes, que deben ser respetados en igual medida por los particulares, por la autoridad, por la ley, y ser observados por los jueces que gobiernen el contrato.

112. En consecuencia y en opinión de esta oficina, para el desvío en la aplicación de una cláusula de ley aplicable debe por tanto probarse la no razonabilidad de la cláusula pactada, con arreglo a principios de orden público y a una expresa prohibición de pactar en sentido contrario. La interpretación de contratos sometidos a ley extranjera conforme a la ley colombiana, sin que medie una argumentación sobre la razonabilidad en la aplicación de la segunda, podría implicar el riesgo de ser desestimada en un eventual juicio de responsabilidad contractual en contra del estado colombiano.

VI. La evaluación de las obligaciones de confidencialidad, en el contexto de la excepción de pacto no cumplido vis a vis los poderes contractuales discrecionales.

a. La aplicación de la excepción de contrato no cumplido, la conmutatividad contractual y el principio de *pacta sunt servanda* en el marco del derecho internacional privado.

113. Ante la existencia de un incumplimiento de las partes de las obligaciones derivadas, ya sea de los NDA's o de los contratos de suministro suscritos entre el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas, es necesario analizar las consecuencias que podría tener en la ejecución del resto de obligaciones contractuales.

114. La entrega a terceros o la liberación de la reserva y de la confidencialidad de los acuerdos y demás información clasificada por las partes como tal, podría comportar un incumplimiento sustancial de las obligaciones contenidas en los NDA's suscritos entre el Gobierno de Colombia y algunas de las farmacéuticas, toda vez que estos obligan a las partes a mantener estricta reserva – y en su integridad – tanto de los documentos de negociación como del contrato de suministro.

115. Como ya se ha anunciado, el ejercicio del principio *pacta sunt servanda* implica que las cláusulas pactadas tengan fuerza vinculante para las partes, creando obligaciones, que en caso de ser incumpli-



das, activan una serie de consecuencias que se derivan del mencionado incumplimiento, dependiendo de su entidad y/o incidencia en el objeto del contrato.

116. Esto último está directamente relacionado con el principio de conmutatividad de los contratos, que implica una equivalencia entre lo que una de las partes se obliga a dar o hacer a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

117. Es bajo un presupuesto de conmutatividad que aplica la excepción de contrato no cumplido, es decir, aquella que permite no cumplir ciertas obligaciones en el evento de que la contraparte no esté cumpliendo o no esté en disposición de cumplir. Para efectos de invocar la excepción de contrato no cumplido, no basta con un incumplimiento de cualquier entidad, sino que debe tratarse de un incumplimiento de una entidad similar respecto del incumplimiento que se ejecute en retaliación.

118. A nivel internacional la institución de la excepción de contrato no cumplido exige requisitos de orden similar.

"La CISG, por ejemplo, establece en su artículo 71 que ambas partes disponen de la facultad de diferir la ejecución de sus obligaciones con posterioridad a la celebración del contrato si se advierte palmariamente que su contraparte no dará cumplimiento sustancial a sus obligaciones.

Otro tanto sucede con los Principios de Unidroit (PICC) que recogen en su artículo 7.1.3 la suspensión del cumplimiento para los casos en que 1) las partes cumplen simultáneamente sus obligaciones, en cuyo caso, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación mientras su cocontratante no ofrezca su prestación, o 2) en la hipótesis en que las partes cumplen sucesivamente sus obligaciones, caso en el cual podrá una de ellas suspender en tanto la otra lo haga primero.

La figura también ha sido acogida en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC). En su artículo 102 precisa que cada una de las partes podrá negarse a dar cumplimiento a sus obligaciones en tanto que la otra no lo haga, salvo que por su naturaleza o por acuerdo de los mismos contratantes la ejecución de las obligaciones de una de ellas deba tener lugar antes que la otra.

Cada uno de los cuerpos de derecho uniforme citados prevén la excepción de contrato

no cumplido o suspensión del cumplimiento, bajo el acápite de los remedios frente al incumplimiento. Por lo demás, en los comentarios al artículo 7.1.3 de los PICC se indica explícitamente que la aludida norma debe necesariamente leerse o relacionarse con los remedios. En este señala que:

Este artículo debe leerse conjuntamente con el artículo 6.1.4 (Orden de ejecución). Este artículo se refiere a los remedios y corresponde en efecto al concepto de derecho civil de *exceptio non adimpleti contractus*"

119. Bajo estos presupuestos, es la opinión de esta Oficina que la excepción de contrato no cumplido como justificación a un incumplimiento de las farmacéuticas en la entrega de las vacunas en retaliación a la revelación de los contratos, debido al desconocimiento de la obligación de confidencialidad, no estaría llamada a prosperar ni ante tribunales nacionales, ni ante tribunales extranjeros.

120. Lo anterior, debido a que las obligaciones que eventualmente serían objeto de incumplimiento (confidencialidad vs. entrega de las vacunas) no son de una entidad similar, y en muchos casos no se encuentra siquiera en el mismo contrato (unas hacen parte de los NDAS y otras de los contratos de suministro) y el incumplimiento de la confidencialidad no sería causa del incumplimiento en la entrega de las vacunas, sino que se trata de obligaciones que no están necesariamente relacionadas entre sí.

121. Sin embargo, dentro de los contratos identificamos cláusulas discrecionales a favor de las farmacéuticas como remedio contractual que las habilitaría para detener el suministro de vacunas ante un incumplimiento del Gobierno de Colombia de sus obligaciones de confidencialidad.

b. El ejercicio de poderes contractuales discrecionales en los contratos de vacunas contra el Covid-19.

122. En la doctrina anglosajona ha hecho carrera durante los últimos 20 años la existencia implícita de poderes discrecionales contractuales que pueden ser ejercidos con el propósito de defender una posición contractual concreta por la que, de no haberse tenido en un principio, no se habría contratado.

123. Esta facultad discrecional de las partes del contrato no puede ser arbitraria, irracional o caprichosa y, por lo tanto, puede ser ejercida de forma "razonable" por las partes con-



tratantes con el único deber de probar que se actuó conforme a la buena fe, esto en un escenario judicial *ex post*, pues el ejercicio de facultades discrecionales a nivel contractual no exige el concurso de un juez .

124. En este sentido, la invalidación de las obligaciones de confidencialidad, ya sea que estén consignadas en un contrato separado como un NDA, o el propio contrato de suministro, pero en el marco de la arquitectura contractual establecida para un proyecto de suministro de vacunas, por cuenta de una orden de un tribunal distinto de aquel designado por las partes como el foro del contrato, implica el riesgo de habilitar el requisito para que la farmacéutica contratista afectada pueda de forma no arbitraria y de buena fe, activar sus poderes contractuales discrecionales.

125. Lo anterior, en el contexto que las farmacéuticas buscarían proteger su posición contractual, conforme a la habilitación contractual recibida al momento de la firma de los contratos, como facultad para limitar o suspender algunas obligaciones en favor del comprador, entre otras aquellas relativas a la entrega, despacho o suministro de vacunas. La buena fe en el ejercicio de la potestad discrecional se entendería imbricada en el presupuesto de que la confidencialidad constituye una causa esencial para la suscripción de los contratos de suministro, y que el irrespeto a la misma amenaza la posición contractual objeto de protección especial por la citada cláusula discrecional.

126. En síntesis, el propósito, de buena fe, de proteger su posición contractual, habilitaría jurídicamente a las farmacéuticas para detener el suministro de vacunas hacia Colombia mediante el ejercicio de poderes discrecionales, y sin necesidad de que medie una orden judicial, o entrar a establecer *prima facie* un incumplimiento que sería revisado de forma *ex post* por el juez competente y que podría considerar ajustado a derecho teniendo en cuenta el interés de buena fe de proteger su posición contractual inicial.

127. Esta hipótesis cobra más fuerza si se entiende a la confidencialidad como una representación que el Gobierno de Colombia ha hecho a través de su agente, y que sirve de consideración fundamental para causar la suscripción del contrato de suministro, esto es en derecho comparado, el beneficio que se le otorga a una parte del contrato (eg: proteger confidencialidad), a cambio del otorgamiento de una prestación (eg: suscripción del contrato de suministro).

128. En derecho anglosajón y derecho comparado, en los términos extendidos al derecho internacional privado, no puede existir una obligación a cargo de una parte sin una contraprestación correspondiente, en este caso se considera que el contrato es inexistente .

129. En este sentido, la obligación de confidencialidad no sería unilateral a favor de la farmacéutica, sino que hallaría su contraprestación en la suscripción misma del contrato de suministro, firma que no se habría dado sin la existencia de un NDA que lo antecediera.

130. En consecuencia, somos de la opinión, que el cumplimiento de la orden del tribunal en el caso de marras representa el riesgo de dejar al Gobierno de Colombia sujeto al ejercicio de poderes contractuales discrecionales por parte de la farmacéutica, los cuales podrían incluir la suspensión de envíos de vacunas en Colombia. Incluso, podría dar lugar al argumento de inexistencia del contrato, pues la causa fundamental para su firma fue la suscripción y respeto de las cláusulas contenidas en el NDA.

131. El pretender desestimar dicho riesgo planteando que es la propia discrecionalidad convenida la que ya ha permitido que se suspenda la provisión de vacunas, en opinión de esta dependencia, no comprende el objeto de las cláusulas de posición discrecional, y por el contrario entraría a validar los temores y riesgos que las farmacéuticas contratistas del Estado Colombiano pretendían mitigar cuando exigieron que las mismas quedaran consagradas en los instrumentos parte de la arquitectura contractual de los proyectos de suministro de vacunas.

132. La invalidación de los contratos de confidencialidad, de las obligaciones de confidencialidad en los contratos de suministro, así como de las cláusulas de foro y ley aplicable, de dichos instrumentos, que son parte de la arquitectura de los proyectos de suministro de vacunas, al no contar con una justificación plausible de hecho y de derecho, conforme a los criterios de derecho comparado (o jurisprudencia civilizada) avalados en derecho internacional privado, además de permitir la interrupción de los despachos de vacunas vía el ejercicio de poderes contractuales discrecionales para proteger la posición contractual de las farmacéuticas, implicaría muy probablemente el riesgo de enfrenar el pago de indemnizaciones a favor de dichas compañías por violación de secretos comerciales, y por la posible pérdida de pagos an-

tipados realizados a su favor, causando un significativo detrimento patrimonial en contra del Estado Colombiano.

133. Observamos que en otras jurisdicciones también se ha anunciado el riesgo del ejercicio de facultades contractuales discrecionales por parte de las farmacéuticas, que puede dejar a los Estados desprovistos de vacunas . De hecho, se han documentado ampliamente las razones teóricas detrás de la estricta confidencialidad que pende sobre los contratos de suministro de vacunas contra el Covid-19, las cuales esencialmente se relacionan con la realidad del mercado y la lógica económica fundamentada en dinámicas de oferta, demanda y competencia que suelen dejar a los Estados “de manos atadas” y en imposibilidad material de publicar contratos de suministro de vacuna , so pena de arriesgar el suministro de vacunas a sus territorios. Casos como los de Perú, Argentina, Sudafrica y otros son dicentes de la delgada línea en la cual el suministro de vacunas se ha visto afectado por cuenta de los compromisos relativos a estas y otras cláusulas propias del actual contexto de la pandemia, así como de las condiciones de derecho internacional privado bajo las cuales se ha estructurado el mercado global de vacunas contra el Covid-19.

VII. Conclusiones y comentarios finales

134. Frente a la pregunta No. 1, las consideraciones relacionadas con la interpretación y el alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de compra de vacunas en contra del Covid-19, suscritos por Fiduprevisora S.A. bajo un esquema de derecho privado en virtud del Decreto 559, le corresponden de manera exclusiva y prohibitiva al juez del contrato, es decir, a aquél definido por las partes.

135. En atención a las cláusulas exclusivas acerca de la selección de foro contenidas en estos contratos para la compra de vacunas, su interpretación y alcance le compete a un tribunal arbitral.

136. Esta Oficina considera que las decisiones judiciales producidas en otros ámbitos o que involucren el pronunciamiento acerca de la existencia, validez y alcance de las cláusulas, su concordancia con parámetros normativos definidos por la autoridad judicial de conocimiento o que conlleven la interpretación



de lo pactado, tienen la potencialidad de generar el riesgo jurídico consistente en que el juez del contrato concluya que fue sustituido o desplazado del conocimiento del asunto.

137. Respecto de la pregunta No. 2, en relación con la ley sustancial aplicable, esta Oficina observa que los contratos suscritos entre el Gobierno de Colombia y las farmacéuticas productoras de las vacunas contra el Covid-19 son contratos regidos por el derecho internacional privado cuyo régimen jurídico se encuentra autocontenido en las estipulaciones contractuales mismas, y que al describir la disciplina de la compraventa internacional, les resulta aplicable estatutos como la CISG o las normas de compraventa que apliquen en la jurisdicción que corresponda según el contrato.

138. Frente a la pregunta No. 3, relativa a los efectos de incumplir con obligaciones

de confidencialidad, podría producirse la no entrega de vacunas en retaliación al incumplimiento de obligaciones de confidencialidad con fundamento en poderes contractuales discrecionales en cabeza de la farmacéutica, la cual cobijada en la buena fe y en la protección de su posición contractual estaría jurídicamente habilitada a detener el envío de vacunas a Colombia, sobre todo bajo el argumento de que la existencia de obligaciones de confidencialidad constituía una causa o la consideración esencial para que las farmacéuticas suscribieran los contratos de suministro respectivos.

139. En espera de haber resuelto sus inquietudes, la presente respuesta se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2003 y en el artículo 3 de la Resolución No. 0457 de 2 de abril de 2020, emitido por los Ministerios de Salud y Protección Social, y de Comercio, Industria y Turismo, así como

de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015.

Notas de actualidad



Casos y novedades de Colombia en el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio



La República de Colombia se encuentra actualmente vinculada, ya sea como parte o como tercero interesado, en varias controversias a nivel multilateral. En esta breve nota se detallarán algunas de tales disputas, haciendo especial énfasis en aquellas que se encuentran activas ante la Organización Mundial de Comercio (“OMC”).

En 2021, Colombia ha ejecutado varias labores tendientes a la defensa ante la OMC de las medidas antidumping impuestas contra la papa pre frita congelada proveniente de Bélgica, Países Bajos y Alemania

En primer lugar, el país ha sido demandado por la Unión Europea en el caso DS591 Colombia — Derechos antidumping sobre las papatas fritas congeladas procedentes de Bélgica, los Países Bajos y Alemania. En el marco de dicha reclamación, la defensa de Colombia ha sido liderada por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, con el acompañamiento de la Dirección de Comercio Exterior, de la Misión en Ginebra y del Centro de Asesoría Legal para Asuntos de la OMC.

En esta controversia, y tras la celebración infructuosa de consultas entre las partes durante diciembre de 2019 y enero de 2020, la Unión Europea demandó a Colombia ante la OMC afirmando que el país no habría cumplido con sus obligaciones multilaterales al reali-

zar la investigación que desembocó en la imposición de derechos antidumping a las papas congeladas originarias de Bélgica, Alemania y los Países Bajos, mediante Resolución N°. 257 del 9 de noviembre de 2018 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Específicamente, la Unión Europea cuestionó la representatividad de FEDEPAPA para solicitar el inicio de la investigación, así como el análisis que hizo la Subdirección de Prácticas Comerciales sobre el margen de dumping, el nexos causal entre dicho margen y el alegado daño a la industria de la papa, las conclusiones de esta dependencia acerca de la existencia de un daño y la comparabilidad de los productos.

Tras la celebración de la primera reunión sustantiva entre las partes, la República de Colombia envió el 17 de septiembre de 2021 sus respuestas a las preguntas presentadas por el Grupo Especial en el marco de dicha reunión. En ese sentido, durante el año venidero el equipo de defensa de Colombia deberá asistir al país en la celebración de una segunda e incluso una tercera reunión sustantiva entre las partes, así como en la preparación de las demás etapas procesales previstas.

En 2021, Colombia ha ejercido activamente su rol como tercero interesado en la disputa entre Indonesia y Malasia con la Unión Eu-

ropa, por ciertas medidas tomadas sobre el aceite de palma

La República de Colombia se encuentra participando, en calidad de tercero interesado, en aquellas disputas que versan sobre temas de interés para el país, como es el caso de la exportación de aceite de palma a la Unión Europea. En efecto, dicho sector económico es de la mayor importancia para los intereses colombianos, teniendo en cuenta que las exportaciones del sector palmero en 2018 ascendieron a US\$568.8 millones, lo cual equivale al 8% de las exportaciones agropecuarias dentro del ámbito OMC y representa una tasa de crecimiento de 11.4% respecto del 2017. Así mismo, en 2018 el principal destino de las exportaciones de aceite de palma crudo proveniente de Colombia fue la Unión Europea, en particular Países Bajos como principal puerto de entrada (32%), España (21%) y Alemania (6,3%), seguido de Brasil (15%), México (8%), Chile (2%), Estados Unidos (2%), Ecuador y Panamá (3%).

En razón al interés sustancial de Colombia en las disputas comerciales con la Unión Europea sobre el aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite, actualmente Colombia actúa como tercero interesado en dos procesos sobre esta materia, a saber, DS593: Unión Europea — Determinadas medidas relativas al aceite

de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite y DS600 – Unión Europea y determinados Estados miembros — Determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite.

Respecto del primero de los casos, Indonesia demandó a la Unión Europea ante la OMC en razón a la adopción de determinadas medidas sobre el aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite procedente de Indonesia. Particularmente, el objeto de litigio corresponde a las Directivas Europeas en el marco de las cuales se fija la política general para las energías renovables de la Unión y la forma en la que las mismas fueron adoptadas sin aparente fundamento científico y sin considerar las necesidades especiales de los países en desarrollo, como lo son la reclamante y Colombia.

Por su parte, en el marco de la controversia DS600, la Unión Europea fue una vez más demandada ante la OMC en relación con el aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite. El reclamante, Malasia en esta oportunidad, consideró que las disposiciones adoptadas frente a esos productos eran incompatibles con el derecho de la OMC. En específico, las medidas europeas demandadas correspondían también al objetivo de la Unión en materia de energías renovables, los criterios para determinar cuáles son las materias primas con riesgo elevado de cambio indirecto del uso de la tierra y los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

El desarrollo de las controversias en las que la República de Colombia participa, en calidad de parte o como tercero interesado,

marcará la dinámica del país en el seno del sistema multilateral durante el año venidero.

El bloqueo del Órgano de Apelación ha obstaculizado el desarrollo de la controversia con Panamá sobre la importación de textiles, prendas de vestir y calzado

En el marco del caso DS461: Colombia — Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado, Panamá demandó a Colombia ante la OMC en razón al arancel compuesto impuesto por este último mediante el Decreto Presidencial N° 074 de 2013. En particular, dicho arancel compuesto se aplicaba sobre las importaciones de textiles, prendas de vestir y calzado, y constaba de un componente ad valorem (10%) y de un componente específico (en función del valor de importación y la clasificación aduanera de la mercancía). A juicio de Panamá, el arancel en cuestión daba lugar a derechos que excedían aquellos fijados en la lista de concesiones de Colombia, contrariando así los compromisos multilaterales del país.

Tras la celebración infructuosa de consultas entre las partes y la emisión del informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de manera desfavorable para los intereses de la parte demandada, Colombia afirmó haber cumplido las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (“OSD”) de la OMC durante el plazo prudencial, el cual fue determinado mediante arbitraje. En específico, Colombia sostuvo que a través de la promulgación del Decreto 1744 de 2016, por medio del cual se modificaban los aranceles aplicables a las importaciones de los productos en cuestión, el país habría dado cumplimiento a las resoluciones del OSD. No obstante, a juicio de Panamá, Colombia no habría cumplido las resoluciones del OSD,

por lo que el primero solicitó autorización para proceder a la suspensión de concesiones, cuyo nivel fue posteriormente objetado por el demandado.

En razón a la controversia sobre el cumplimiento de las resoluciones emitidas por el OSD, Colombia solicitó el establecimiento de un segundo Grupo Especial que se pronuncie sobre dicha cuestión. Tras la constatación por parte del Grupo Especial de que Colombia habría aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD, Panamá notificó su decisión de apelar el informe ante el Órgano de Apelación. No obstante, en razón al bloqueo del Órgano de Apelación, el desarrollo de esta y muchas otras controversias en sede de apelación se ha visto también obstruido. En este caso específico, desde la apelación del informe por parte de Panamá el 20 de noviembre de 2018, el caso no ha podido seguir su curso natural y se ha visto suspendido desde dicha fecha.

La República de Colombia ha expresado su preocupación respecto a la situación de bloqueo del Órgano de Apelación y la consecuente afectación al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el cual se ha caracterizado por ser el principal motor del sistema multilateral desde su creación.

En ese sentido, atendiendo la crisis sin precedentes por la que atraviesa la OMC y con el objetivo de superar el bloqueo del Órgano de Apelación, la República de Colombia ha acogido favorablemente las discusiones realizadas con miras a implementar una reforma a la Organización que permita superar la obstaculización del mecanismo de solución de controversias y dirimir con carácter definitivo las controversias comerciales que surjan entre los Miembros.





La Secretaría General de la Comunidad Andina encontró que no se había incumplido el ordenamiento jurídico andino en el caso FP-05-2020, promovido por Germán Alberto Restrepo Fernández



**Congreso Mundial
de Derecho 2021
y el panel sobre
“derecho comunitario:
integración regional”**



**WORLD LAW CONGRESS
BARRANQUILLA 2021**



El XXVII Congreso Mundial de Derecho (World Law Congress), organizado por la Asociación Mundial de Juristas (World Jurist Association -WJA-), se llevó a cabo entre el 2 y el 3 de diciembre de 2021 en la ciudad de Barranquilla, Colombia. Este evento es considerado, en el ámbito internacional, el evento jurídico más importante del mundo.

Esta edición contó con la participación de destacadas personalidades a nivel nacional: el Presidente de Colombia, Iván Duque Márquez; el Ministro de Justicia y del Derecho, Wilson Ruiz Orejuela y, el Alcalde de Barranquilla, Jaime Pumarejo Heins; así como con la presencia de autoridades internacionales: el rey Felipe VI de España; el Director General de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus; el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro; la premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú y, el comisionado de la OEA para la crisis de refugiados y migrantes venezolanos, David Smolansky. Ello sin demeritar la presencia, presencial y virtual, de más de tres mil expertos entre los cuales se encontraban presidentes de altas cortes, embajadores, fiscales, académicos y activistas de derechos humanos, entre otros.

Nótese que esta es la primera vez que este Congreso se realiza en una ciudad colombiana y, también, la primera vez que se entrega el World Peace Liberty Award -galardón considerado el 'Premio Nobel de Derecho'- a una sociedad civil. En ediciones anteriores,

el galardón se concedió a personalidades como Ruth Bader Ginsburg (recientemente fallecida jueza de la Corte Suprema de los Estados Unidos), Sir Winston Churchill y Nelson Mandela. No obstante, este año de manera inédita no se otorgó a un individuo, sino a la sociedad civil y a la democracia colombiana. Lo anterior, destacando que la democracia colombiana es la más longeva de América Latina y ha sabido, a pesar de las dificultades enfrentadas, sobreponerse a las vicisitudes y velar por la promoción, fortalecimiento y defensa del Estado de Derecho.

Llegado a este punto, y en el marco de la integración que la República de Colombia ha consolidado a nivel latinoamericano, la presente nota ahondará en la discusión que se llevó a cabo sobre la normativa comunitaria andina y la integración regional en el siguiente panel:

"Derecho comunitario: Integración regional"¹

Este panel, moderado por Jorge Hernando Pedraza y Verónica Gómez, Secretario General de la Comunidad Andina ("CAN") y Directora de Integración Regional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador respectivamente, trató sobre el derecho de integración regional y la importancia de integrar a las distintas comunidades de América Latina.

¹ Si desea ver el panel completo ingrese al siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=yjdSnqMogWQ>

Como panelistas participaron: Clarems Endara, Secretario permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe; Jesús Palmou, Presidente de la Academia Xacobeá; Arman Shakkaliyev, Ministro de Competencia y Regulación Antimonopolio de la Comisión Económica Euroasiática; Hugo Gómez, Magistrado del Tribunal de Justicia de la CAN; y, Ricardo Schembri Carrasquilla, Presidente del Consejo Superior de la Universidad Andina Simón Bolívar y Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la CAN.

Jorge Hernando Pedraza introdujo el panel resaltando los logros que como mecanismo de integración jurídica regional ha tenido la CAN en sus 52 años de existencia. Para lo anterior, destacó la significativa normativa y jurisprudencia que se ha producido a nivel andino: expedición de 887 Decisiones y 2238 Resoluciones que sobresalen por su carácter de obligatorio e inmediato cumplimiento. Recordó, además, que el fortalecimiento de la institución se beneficia de la aplicación preferente y prevalente de sus normas frente a aquellas nacionales. A pesar de los considerables avances institucionales, dijo que la Comunidad todavía tiene retos que enfrentar. Señaló la importancia de hacer de la CAN un organismo más dinámico a través de, por ejemplo, la codificación de normas por segmentos temáticos o la utilización más efectiva de mecanismos distintos de producción de derecho, como lo serían las Directivas.

Por otro lado, Verónica Gómez incitó una reflexión más crítica de la CAN. Manifestó la importancia traer al centro del debate la integración estructural, es decir, que la integración no se limite al establecimiento de instituciones fuertes, sino también a la integración de las distintas poblaciones. Para ello, expresó, se requiere que los ciudadanos estén conscientes, crean y aporten a generar una integración que parta desde una marcada base social. Por su lado Clarems Endara, compartiendo el tono reflexivo, se centró en el análisis de la efectividad del modelo de integración que ha tenido América Latina. Destacó que, a pesar de que entre América Latina y el Caribe existan 87 acuerdos de índole comercial, alrededor del 89% del comercio entre los países de América Latina y el Caribe se lleva a cabo con países extrazona y tan sólo el 11% es interno. Así, dijo, se evidencian problemas de eficiencia entre las reglas existentes que se deberán solucionar para lograr la consecución de una integralidad verdaderamente efectiva.

Por su parte, Jesús Palmou trajo al panel un enfoque marcadamente más historicista. Resaltó el importante rol que tuvo el Camino de Santiago de Compostela como una vía de

articulación de Europa que favoreció la convergencia de varios ejes de poder -económico, político y religioso- y logró articular el ius Gentium medieval, esencial para el posterior establecimiento de la Unión Europea. Acto seguido, Arman Shakkaliyev destacó, en una intervención breve, la importancia que tuvo el sistema legal de la Unión Euroasiática para contrarrestar varios de los problemas causados por la pandemia.

Finalmente, Ricardo Schembri Carrasquilla se refirió a la "integración aperturista" y comentó que la misma es una estrategia que persiguen varios países de América Latina que consiste, en pocas palabras, en lograr la convergencia entre la globalización y la intención regional de generar una sinergia económica a nivel interno -con marcados tintes proteccionistas-. Resaltó la importancia central que juega el mercado de "commodities" en el comercio intra latino, especialmente por el alto valor agregado que aportan. Así, y en respuesta a la intervención de Endara, destacó que, si bien las MIPYMES no cuentan con todas las capacidades técnicas para entrar al mercado internacional, la CAN ha sabido guiar e incentivar a los pequeños empresarios para que se aventuren al comercio exterior.

Por último, Hugo Gómez, en una reflexión sobre los mercados y derecho, resaltó que el proceso subregional andino debe buscar poner al consumidor en el centro, y no a las empresas. Con ello, indicó, se lograría acelerar el proceso de integración, pues de ser así las empresas -incluyendo a los mismos países miembros- buscarían ser más competitivas y eficientes para sus consumidores como único medio para sobrevivir y establecerse en el mercado andino.

Partiendo de lo anterior, el panel se prestó al diálogo entre los participantes y el público, en donde se ahondó sobre el alcance, beneficios y retos que tiene la normativa andina, así como, la consecución de la integración en el escenario del Covid-19. Al término, los panelistas coincidieron en: (i) la importancia de que las economías andinas se fortalezcan a través de la prevalencia de lo regional sobre lo global; (ii) la necesidad de que se ejerza la transversalidad de la política de género, se logre la participación de las nuevas generaciones y se promuevan políticas de sostenibilidad ambiental y, (iii) la relevancia de adaptar la CAN a los nuevos paradigmas económicos y sociales, y promover la solidaridad entre sus miembros.

