

Acuerdos

Revista de derecho económico internacional

**Retos y ventajas
de una integración Latinoamericana**

**Tarea incompleta
En materia de internacionalización,
la economía de Colombia
tiene una tarea incompleta**

**Logros de Colombia
en la presidencia pro tempore de
la Alianza del Pacífico**

**Reindustrialización para
un desarrollo productivo
y sostenible**



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA

Acuerdos

Revista de derecho económico internacional



CRÉDITOS

Germán Umaña Mendoza

Ministro de Comercio, Industria y Turismo

Luis Felipe Quintero Suárez

Viceministro de Comercio Exterior

Mauricio Andrés Salcedo Maldonado P.H.D.

Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

María Elisa Abril Barreto

Sofía Urrea Zuluaga

Daniela Abril Algarra

Francois Raymond Aubourg Mariño

Comité Editorial

María Elisa Abril Barreto

Coordinadora de Comité Editorial

Hernán Panesso Zamora

Diseño y Diagramación

Grupo Comunicaciones

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Pixabay. com, Pxhere.com, Pexels.com

Fotografía

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 en 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 andino. 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.

2022 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Todos los derechos reservados

Calle 28 No 13 a 15 PBX: (+57) 6067676

www.mincit.gov.co

Bogotá, Colombia

Tabla de contenido

- Reindustrialización para un desarrollo productivo y sostenible
Germán Umaña Mendoza
Ministro de Comercio, Industria y Turismo - Pág. 4
- Retos y ventajas de una integración Latinoamericana
Luis Felipe Quintero Suárez
Viceministro de Comercio Exterior - Pág. 8
- Tarea incompleta
En materia de internacionalización, la economía de Colombia tiene una tarea incompleta - Pág. 10
- Logros de Colombia en la presidencia pro tempore de la Alianza del Pacífico - Pág. 18
- How Latin-American investment policies are facing climate emergency challenges - Pág. 28
- Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN en materia penal - Pág. 42
- Colombia en el sistema de solución de controversias inversionista – Estado: algunas lecciones - Pág. 48
- Conceptos OALI - Pág. 56
- Noticias de actualidad - Pág. 79



Reindustrialización para un desarrollo productivo y sostenible

Germán Umaña Mendoza

Germán Umaña Mendoza, es un economista, ingeniero y académico. Tiene una maestría en Economía, con enfoque en planificación e industria, de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesor universitario por más de 40 años, humanista, escritor, investigador y columnista de varios medios. Antes de ser nombrado ministro, se desempeñaba como presidente de la Cámara de Comercio Colombo Venezolana. Sus líneas de investigación se enfocan en la competitividad intra e intersectorial y el estudio de los acuerdos comerciales y de integración económica. Fue coordinador de la Secretaría General de la Comunidad Andina y coordinador de las negociaciones en el ALCA. También fue Director de la Oficina Económica y Comercial de Colombia ante la Unión Europea, Bélgica y Luxemburgo. Ha sido consultor e investigador de numerosas instituciones nacionales e internacionales intergubernamentales y privadas, tales como BM, BID, Cepal, Junac, IBM- Sogerom, Midas, Fundación Konrad Adenauer, Alcaldía Mayor de Bogotá, General Motors, Aceso. Así mismo, fue director gremial de los industriales del cuero y vicepresidente de Fedemetal. Ha participado en proyectos con la Secretaría de Gobierno, la Contraloría y el SENA, entre otros, además de ser asesor en temas internacionales y política automotriz del Comité de la Industria Automotriz Colombiana y consultor de la CAN en asuntos de tratados bilaterales con la Unión Europea. En el ámbito académico, fue profesor y decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, así como Vicerrector de la sede Bogotá y director del Centro de Investigaciones para el Desarrollo - CID de la misma Universidad. También fue decano de la Facultad de Ciencias Administrativas Económicas y Contables de la Universidad Central. Así mismo profesor de economía internacional en las universidades Externado, Jorge Tadeo Lozano, Libre de Colombia y en la Academia Diplomática. Ha publicado en revistas como Economía Colombiana, Análisis Político y la Revista de Economía Institucional y ha escrito libros como *"Integración e Industria"* y *"El juego asimétrico del comercio: El tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos"*.

Durante las últimas tres décadas, en Colombia se implementó un modelo de apertura económica o internacionalización que, en sus inicios, buscaba dejar el aislacionismo para insertar al país en el proceso de globalización. Dicho modelo se ha caracterizó principalmente por abrir mercados y consolidar el bilateralismo en materia comercial y de inversión, en especial con países desarrollados como Estados Unidos.

Si bien durante los últimos 30 años se ha visto alguna mejoría en aspectos macroeconómicos y sociales, lo cierto es que ese modelo de apertura o internacionalización no cumplió muchas de sus promesas y, por lo tanto, no produjo los resultados positivos que se esperaban. Al contrario, el país ha experimentado un cierto deterioro en su aparato productivo, un proceso de desindustrialización, un estancamiento en la productividad y competitividad.

Estas circunstancias han tenido una repercusión importante en los índices de pobreza, desempleo, informalidad y violencia en Colombia, debido al modelo de desarrollo poco sofisticado, desigual y excluyente.

De manera paralela, se estableció una tendencia a exportar menos e importar más, situación que nos ha hecho dependientes de mercados extranjeros en muchas áreas, y que no nos ha permitido garantizar la seguridad alimentaria.

Nuestra economía también se ha vuelto cada vez más dependiente de la explotación de recursos naturales como el carbón y el petró-

leo, que nos hace económicamente vulnerables a la variación de los precios internacionales de los productos básicos y a la volatilidad del financiamiento externo.

En medio de este panorama, es necesario pensar en un cambio de rumbo y en la reformulación estructural de un modelo de globalización sin rostro humano como el que hemos vivido en estas tres décadas, para transitar ahora de una economía extractivista hacia una economía del conocimiento, productiva y sostenible.

Para lograr este viraje se debe priorizar un modelo económico incluyente, que reconozca y aproveche la gran riqueza cultural y natural que posee nuestro país y potencie la capacidad humana de nuestros ciudadanos.

También se debe impulsar la productividad y la competitividad social; crear una oferta exportable para aprovechar la apertura de los mercados; y atraer inversión extranjera directa sostenible, que nos permita hacer transferencia de tecnología, incorporación de progreso técnico, desarrollo de la capacidad humana y creación de pequeñas y medianas empresas que logren integrarse con éxito en las cadenas internacionales de valor.

Ese cambio que supone pasar de una economía extractivista a una economía del conocimiento, productiva y sostenible, implica necesariamente hablar de reindustrialización. Por ello, desde el Gobierno del presidente Gustavo Petro hemos trabajado en el diseño de una política de reindustrialización que tiene como objetivos específicos cerrar las brechas de productividad, fortalecer los encadenamientos

Hoy es necesario pensar en un cambio de rumbo y en la reformulación estructural de un modelo de globalización sin rostro humano, como el que hemos vivido en estas tres décadas, para transitar de una economía extractivista hacia una economía del conocimiento, productiva y sostenible.

productivos, diversificar y sofisticar la oferta interna y exportable, y profundizar la integración con América Latina y el Caribe.

Nuestra política de reindustrialización está orientada hacia unas apuestas productivas que resultan estratégicas para nuestro país. Estas apuestas son: la transición energética; la agroindustrialización y soberanía alimentaria; la reindustrialización en el sector salud; la reindustrialización para la defensa y la vida y el enfoque por los territorios y su tejido empresarial.

Para lograr los objetivos propuestos y materializar las apuestas productivas, en el marco de la política de reindustrialización hemos diseñado una serie de instrumentos en armonía con la diversidad y heterogeneidad estructural existente en nuestra economía. Estos incluyen capital y financiamiento; capacidades humanas, tecnología e infraestructura funcional y competitividad.

En materia de financiamiento, se requiere una inversión para la transformación productiva y sostenible; financiación de la industrialización y el desarrollo; de la internacionalización y de la investigación y desarrollo. En capacidades humanas, es necesario diseñar una agenda de cierre de brechas de talento humano para la reindustrialización; el aprovechamiento de la diáspora colombiana y las capacidades para la política de reindustrialización.

En tecnología, debemos avanzar en alianzas para la transferencia de tecnología y desarrollo de proveedores; puesta en marcha de los centros de reindustrialización – Zasca; ampliación del extensionismo tecnológico; creación y fortalecimiento de centros de investigación; alianzas para la investigación básica, aplicada y la innovación empresarial; incentivos a la diversificación y sofisticación

de exportaciones y atracción de tecnologías institucionales para la reindustrialización.

Mientras que en materia de infraestructura funcional y conectividad, es necesario promover la participación de la industria nacional en proyectos de infraestructura para la conectividad, construcción de corredores económicos en zonas extensivas de frontera; ejecución de infraestructura y logística específica para las apuestas bajo la política; uso eficiente de activos productivos en cabeza del Estado; fortalecimiento de instrumentos de fomento a la producción para la internacionalización, conectividad de última milla y fortalecimiento de comercio electrónico.

En esta nueva ruta que nos hemos trazado, ya tenemos algunas cosechas tempranas. Por un lado, debo destacar las recientes inversiones anunciadas por las dos mayores ensambladoras del país, enfocadas en mejorar la productividad y garantizar la sostenibilidad ambiental a través de la fabricación de vehículos eléctricos; así como el lanzamiento del primer bus con hidrógeno verde. También quiero resaltar el interés de aliados estratégicos de Alemania, Francia, China y otros países asiáticos que han expresado su interés de establecerse en Colombia. Estos negocios le dan seguridad a la economía y generan expectativas positivas frente al desarrollo sostenible del país.

La reindustrialización de Colombia es una apuesta ambiciosa, pero también es la gran oportunidad para que nos unamos como país: tanto el sector público como el sector privado, los empresarios, trabajadores, líderes y lideresas de la economía popular y comunitaria, para alcanzar una economía productiva, competitiva, incluyente y sostenible que nos permita insertarnos en un proceso de globalización al cual se le dé un rostro humano.

Germán Umaña Mendoza
Ministro de Comercio, Industria y Turismo



Luis Felipe Quintero Suárez

Es economista de la Universidad Nacional de Colombia, con un máster en Política Pública para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Duke, Carolina del Norte, Estados Unidos y otro en Política Económica, de la Universidad Nacional.

Tiene una especialización en Evaluación Social de Proyectos, de la Universidad de los Andes. Se desempeñó como Jefe Negociador Internacional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y entre 2002 y 2009 hizo parte de ese equipo, cuando lideró la Mesa de Origen en las negociaciones de los acuerdos comerciales con Estados Unidos, la Unión Europea, Mercosur y la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés). Fue director de Relaciones Comerciales del Ministerio de Comercio, Dirección encargada de administrar los acuerdos comerciales con Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá, Corea del Sur, Israel, Reino Unido y Efta. Asesoró al Ministerio de Relaciones Exteriores en el desarrollo de la agenda comercial y política de Colombia y Asia. También se desempeñó como asesor Económico y Comercial en la Embajada de Colombia en Corea del Sur.



Retos y ventajas de una integración Latinoamericana

Caminar de una economía extractivista hacia una del conocimiento, inclusiva y sostenible, que lleve a Colombia a convertirse en 'Potencia Mundial de la Vida', es el norte que nos hemos trazado en el Gobierno del presidente Gustavo Petro. Y en este proceso el sector Comercio, Industria y Turismo tiene un papel fundamental a través de sus políticas de reindustrialización, de comercio exterior y de turismo sostenible.

Con las cartas de navegación definidas, que sientan las bases para esa transición, apostamos por sectores productivos con componente de sostenibilidad como la agroindustria, el agro y seguridad alimentaria; la reindustrialización en la salud y en la defensa y la vida, así como el turismo. Trabajamos para estimular la inversión extranjera y nacional, no solo en la generación de energías sostenibles, sino en todas esas actividades.

Esta inversión debe garantizar transferencia de tecnología y conocimiento, estimular nuevas cadenas de valor, generar empleo calificado y oportunidades para las pequeñas y medianas empresas, especialmente de las regiones apartadas y las que históricamente han sido afectadas por el conflicto armado.

Queremos, entre otras cosas, cerrar las brechas de productividad, avanzar hacia la internacionalización y el desarrollo sostenible y construir nuevas alianzas con el denominado Sur Global, en particular con Asia y África, y en el que por supuesto América Latina y El Caribe son esenciales. Justamente, buscamos profundizar la integración con nuestros vecinos, que en la actualidad son el principal destino de nuestros productos con mayor valor agregado.

La profundización de nuestra relación con los países de la región la haremos a través de mecanismos como la Comunidad Andina (CAN), la Alianza del Pacífico, Mercosur y Caricom, entre otros. El propósito es impulsar

con esos órganos y con países en desarrollo, posiciones conjuntas de cara a los foros multilaterales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre otros.

Con este proceso queremos impulsar en esta parte del mundo la construcción de corredores económicos que permitan la integración física, económica y el transporte multimodal de la región, principalmente entre las zonas fronterizas.

Y dentro de esta profundización, un punto primordial es el restablecimiento de las relaciones económicas y comerciales con Venezuela. Justamente, ya logramos la apertura física de los pasos fronterizos por Norte de Santander, es decir los puentes Simón Bolívar, Francisco de Paula Santander y Atanasio Girardot; negociamos y firmamos un acuerdo de inversión, en trámite en el Congreso de la República; profundizamos y actualizamos el acuerdo de alcance parcial número 28 y logramos iniciar en el Congreso el trámite de aprobación del acuerdo de transporte.

Finalmente, avanzamos en nuestra política de turismo verde y sostenible, por medio del cual aprovecharemos nuestras riquezas naturales, nuestros conocimientos ancestrales y nuestra riqueza de las comunidades.

Son enormes las oportunidades que se abren para el país y para América Latina y El Caribe con el trabajo articulado y un norte común: el desarrollo y el crecimiento de nuestros países.

Luis Felipe Quintero Suárez
Viceministro de Comercio Exterior



Tarea incompleta

**En materia de internacionalización,
la economía de Colombia tiene
una tarea incompleta.**

*Miguel Gómez Martínez
Hernán Avendaño Cruz*





Miguel Gómez Martínez

Economista del Instituto de Estudios Políticos de París (Francia). Candidato a PhD. Asesor económico y empresarial. Especialista en temas de gerencia de crisis y formulación de escenarios económicos. Presidente del Banco de Comercio Exterior de Colombia (Bancóldex), Director Ejecutivo de la Cámara de Comercio Colombo Americana, Embajador de Colombia en Francia y ante la Unesco, Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Exportadores de Flores (Asocolflores), Vicecontralor General de la República, Representante a la Cámara por Bogotá, Presidente Ejecutivo de Fasecolda, gremio del sector asegurador colombiano, Actual decano de la Escuela de Economía de la Universidad del Rosario en Bogotá.



Hernán Avendaño Cruz

Director de Estudios Económicos de Fasecolda. Economista de la Universidad Nacional de Colombia, con Maestría en Teoría y Política Económica de la misma universidad y con Especialización en Banca de la Universidad de los Andes. Estuvo vinculado al Ministerio de Comercio Industria y Turismo en los cargos de Asesor del Despacho del Ministro y Jefe de la Oficina de Estudios Económicos.

Durante la última década del siglo pasado la obsesión de los diferentes gobiernos era el acceso de nuestros bienes y servicios a los mercados desarrollados. Desde el programa de apertura e internacionalización del gobierno de César Gaviria entendimos que el modelo cerrado de sustitución de importaciones estaba agotado. Las bajas tasas de crecimiento, la elevada inflación y la persistencia de un alto nivel de desempleo hacían evidente que Colombia debía alejarse del modelo proteccionista que, dopado por un mecanismo de devaluación gradual permanente, inducía a la ineficiencia.

Pero en ese entonces plantear negociaciones con naciones mucho más desarrolladas era un anatema de la política económica nacional. Desde diversas orillas ideológicas y gremiales se argumentaba que el país no debía medirse con economías que se encontraban maduras y tenían niveles de eficiencia muy superiores al nuestro. Apoyadas por intereses empresariales y gremiales, estas tesis hacían muy poco viable pensar en negociaciones internacionales de comercio donde se redujera, de manera significativa, la exposición del país a la competencia externa. Mantuvimos la coraza de protección que representaba el Acuerdo de Cartagena con su lenta y fracasada dinámica de integración.

Las desgravaciones unilaterales, los esquemas de preferencias unilaterales ligados a la lucha contra el narcotráfico (como ATPDEA o el Programa Especial de Cooperación de la Unión Europea) y algunos

acuerdos de alcance parcial, abrieron lentamente la exposición de Colombia a flujos externos.

La firma del acuerdo comercial entre Estados Unidos, México y Canadá en 1992 rompió el bloqueo mental que había impregnado a los gobiernos latinoamericanos desde la imposición del dogma cepalino. Se abrió por fin paso la idea sobre la necesidad de tener acceso a los grandes bloques de consumo para poder beneficiarse de las dinámicas del intercambio. Largo y difícil fue el camino que le permitió a Colombia, en la segunda década de este siglo, concluir Tratados de Libre Comercio con los principales bloques económicos mundiales.

Pero, como ha sucedido con frecuencia en nuestra historia, hicimos la tarea a medias. El acceso era indispensable pero no suficiente. El esfuerzo por negociar condiciones de llegada a esos mercados debía venir acompañado de un trabajo profundo y constante para mejorar la productividad y competitividad de la economía colombiana.

Tres áreas eran y siguen siendo determinantes en el triángulo que lleva a la competitividad.

El primero es el capítulo de infraestructura y logística. Para que el comercio entre naciones pueda jugar su rol dinamizador en el crecimiento, el intercambio debe ser posible en condiciones de eficiencia. En el caso de Colombia, los grandes centros

productivos se encuentran alejados del mar y aislados de las costas por muy deficientes redes de carreteras. El país no tiene infraestructura de transporte fluvial ni ferroviario. A pesar de los avances en la eficiencia de los puertos, la infraestructura vial sigue siendo un cuello de botella que protege el mercado interno con sobrecostos y encarece los bienes cuando se trata de exportar. El retraso acumulado en materia de infraestructura es todavía muy grande y requerirá décadas de inversión para dejar de ser un arancel interno que frena el intercambio.

El segundo es el tema del talento humano. El modelo de educación colombiano es obsoleto. A los estudiantes colombianos no se les dota de un paquete formativo que les permita ser competitivos. El énfasis en ciencias y matemáticas es bajo. El acceso a herramientas informáticas es muy desigual. Para completar, el retraso en el bilingüismo es enorme, lo que incide en el potencial de crecimiento de las exportaciones de servicios. La formación técnica y tecnológica orientada a mejorar las competencias en el trabajo sigue siendo dominada por el modelo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), una entidad con fuertes vínculos políticos, creada en 1957, y que no está a la altura de los retos que impone el mundo de la tecnología.

A los anteriores factores se debe sumar el problema de calidad de la educación. En las pruebas PISA, implementadas por la



OCDE, Colombia ocupa los últimos lugares y el análisis de los resultados es muy preocupante. Por ejemplo, en lectura el 50% de los estudiantes de 15 años que presentan estas pruebas prácticamente no entienden los textos que leen; ese porcentaje es solo del 13,5% en Finlandia. En el otro extremo, los estudiantes que logran el máximo nivel representan el 0,03% de los colombianos y el 2,4% de los finlandeses.

Finalmente, el tercero es el tema de incorporación de nuevas tecnologías. El país ha tenido un modelo burocratizado de investigación donde el papel de las universidades públicas ha inclinado los recursos hacia áreas poco relacionadas con la actividad productiva. Por su parte, la universidad privada se mantiene distante de la realidad empresarial, de sus retos y necesidades. Todo lo anterior se enmarca en presupuestos públicos siempre insuficientes e inestables. Tan sólo en 2019 se creó el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación para intentar coordinar los esfuerzos en estas áreas estratégicas para la productividad y la competitividad.

Hay que tener presente que en el objetivo de lograr una mayor presencia en los mercados internacionales y alcanzar los beneficios del comercio que postula la teoría de las ventajas comparativas, unas acciones las acomete el gobierno, otras el sector privado y algunas son en conjunto.

Además de los presupuestos públicos escasos, el sector privado dedica pocos recursos a los temas de I+D. Aun cuando viene aumentando su participación, todavía es inferior a la del sector público; según el Consejo Privado de Competitividad, pasó de 28,2% en 2020 a 42,9% en 2019. Un dato contundente en esta materia es que el 95,7% de los investigadores del país son empleados por la academia y 2,5% por las empresas; por contraste, en la OCDE las cifras son 38,2% y 48,1%, respectivamente.

Lo anterior indica que la mayoría de las empresas no acude a la producción de nuevos conocimientos y a la incorporación de tecnologías como la vía para solucionar problemas y mejorar su competitividad, lo cual plantea retos para sobrevivir en un mundo globalizado.

Un estudio de Marcela Eslava y Hernando Zuleta (Productividad: La clave del crecimiento para Colombia. Consejo Privado de Competitividad y Universidad de Los Andes, 2017) destaca que el crecimiento de la productividad de las empresas depende en un 34,7% de factores externos como las políticas públicas, las mejoras en servicios complementarios, etcétera; el restante 65,3% está asociado a decisiones internas de las empresas que van desde mejoras en los procesos productivos hasta en las prácticas gerenciales. La mejora interna es explicada por temas relacionados con ciencia, tecnología e innovación, mejoras en capital humano, y vínculos con centros académicos, entre otros.

También es una decisión de las empresas dónde ubicarse para producir. Uno de los efectos esperados de la liberación comercial, de acuerdo con los postulados de la nueva geografía económica, es la relocalización de las empresas. En una economía cerrada tienden a localizarse en los grandes centros de consumo porque ahí pueden generar economías de escala y mayores eficiencias en la producción y la distribución; pero en una economía abierta es central la reducción de costos logísticos como los del transporte, por lo cual es deseable ubicar la producción cerca de los puertos desde los cuales se realizarán las exportaciones.

Un estudio del BID (M. Mesquita (coordinador) Muy lejos para exportar. Los costos internos de transporte y las exportaciones América Latina y el Caribe. 2013) destaca que las empresas ubicadas a 1.000 kilómetros del puerto de salida de sus productos difícilmente pueden competir, pues el costo del transporte actúa como si fuera un arancel creciente con la distancia. Si bien destacamos la importancia de mejorar la infraestructura, ella es vital para reducir los costos de producción de los servicios comercializables o de los bienes que, por sus características particulares, no pueden desplazar sus factorías a otros lugares o, en algunos casos, requieren de transporte aéreo para su exportación (flores, por ejemplo); pero, en otros casos, lo deseable es que las empresas se relocalicen.

CUADRO 1. PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE LOS 10 PRIMEROS DEPARTAMENTOS EN LAS EXPORTACIONES TOTALES *

Departamento	1991	Departamento	2004	Departamento	2010	Departamento	2021
Cundinamarca	15,8	Antioquia	20,5	Antioquia	20,8	Antioquia	24,5
Antioquia	15,5	Cundinamarca	11,9	Cesar	15,0	Bogotá	11,9
Atlántico	14,0	Valle del Cauca	11,1	Bogotá	12,8	Cesar	9,0
La Guajira	11,7	Cesar	8,8	La Guajira	11,7	Bolívar	7,7
Valle del Cauca	11,2	Bogotá	8,6	Valle del Cauca	8,5	Cundinamarca	7,3
Bolívar	7,5	Bolívar	8,1	Cundinamarca	6,1	Valle del Cauca	6,6
Bogotá	5,8	La Guajira	7,1	Bolívar	5,4	La Guajira	6,2
Córdoba	3,7	Córdoba	5,7	Atlántico	3,8	Atlántico	5,8
Boyacá	3,6	Atlántico	5,2	Córdoba	2,8	Caldas	4,0
Magdalena	2,3	Magdalena	2,0	Caldas	2,4	Magdalena	2,7
Subtotal	91,1	Subtotal	92,0	Subtotal	88,2	Subtotal	85,6

* Cifras en porcentaje.

Fuente: Dane y MinCIT; cálculos de la Dirección de Estudios Económicos de Fasecolda.

En el caso de Colombia, los datos muestran que eso lamentablemente no ha ocurrido en la escala deseable. Los diez primeros departamentos exportadores no registran cambios sustanciales en su participación en las exportaciones totales. Cundinamarca y Bogotá, que deberían haber perdido participación, fluctúan en las últimas tres décadas alrededor del 21% del total. Los departamentos de las costas, que tendrían que haberla ganado si las empresas exportadoras se estuvieran relocalizando en ellos, también mantienen su participación o la reducen. Los que mejoran su posición lo hacen alrededor de algún producto básico, como el carbón o el níquel, y no por cambios en su estructura productiva hacia bienes de mayor valor agregado. Atlántico es un departamento en el que hay cambios notables en los años recientes, pero su magnitud no ha sido suficiente para mejorar de forma importante su participación.

No es fácil realizar la evaluación de lo logrado y de las tareas pendientes en materia de comercio exterior. Una muy interesante investigación, en proceso de publicación, del economista Hernán Avendaño, Director de Estudios Económicos de Fasecolda, nos permite evaluar el desempeño del país desde una perspectiva de tiempo más amplia. Cubre los veinte años que corresponden a los dos gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos, así como el reciente cuatrienio de Iván Duque, midiendo los indicadores e identificando los aspectos en los que no hemos obtenido resultados relevantes. Hemos seleccionado algunos de ellos que nos parecen ilustrar el estado actual del proceso de globalización de nuestra economía.

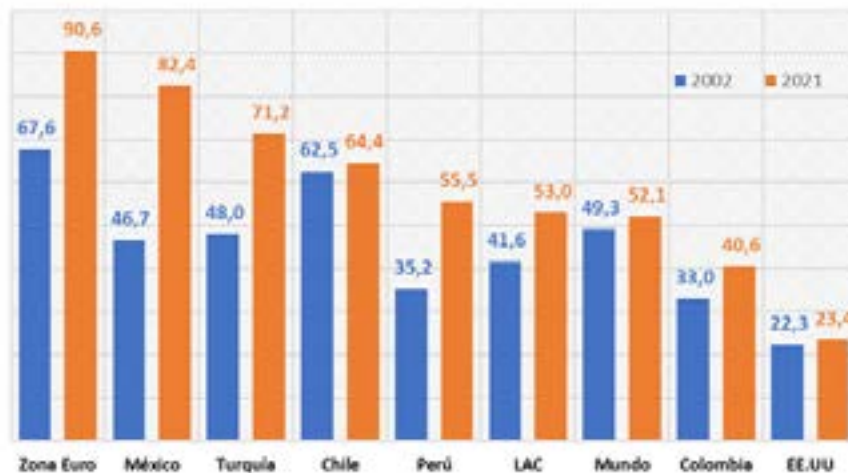
Una economía todavía cerrada

No sobra recordar que, a pesar de todas las críticas frente a los efectos negativos de la internacionalización en la economía, Colombia sigue siendo un país con un bajo nivel de exposición al comercio exterior. Nuestro país tiene un coeficiente de apertura que indica que no estamos ni siquiera en los niveles de la región de Latinoamérica y el Caribe, y lejos de naciones como Chile o México; cabe

anotar que en países como Estados Unidos, cuyo mercado interno es de un peso desmedido, el indicador es bajo, aun cuando es el segundo exportador más grande del mundo. En veinte años, el comercio exterior tan sólo aumentó siete puntos porcentuales su peso como proporción del Producto Interno Bruto.

En el indicador de apertura del Banco Mundial Colombia ocupaba el lugar 160 entre 175 países. Veinte años más tarde, se situaba en el puesto 153 entre 173 países analizados, sin mayores avances en la materia.

GRÁFICO1. COEFICIENTE DE APERTURA 2002 Y 2021



Fuente: Banco Mundial; cálculos de la Dirección de Estudios Económicos de Fasecolda.

Irrelevancia exportadora

Sin duda, el mayor síntoma del fracaso de nuestra integración en el comercio mundial es la ínfima participación de Colombia en las exportaciones mundiales. Mientras el mundo asistía a una explosión de los intercambios, Colombia permanecía ajena a esta dinámica. El estancamiento en este macro indicador debería generar un debate sobre la eficacia de nuestras políticas de promoción de exportaciones.

La comparación con otros países de la región evidencia las diferencias en desem-

peño; la participación de México, Chile y Perú tiene tendencia creciente en las décadas recientes, mientras la de Colombia se mantiene estancada. El incremento de comienzos de este siglo refleja el periodo de auge de los precios internacionales de los productos básicos, pero, una vez terminado, retornó al nivel medio que presenta desde comienzos de la década de los años setenta.

Si la comparación la hacemos con Corea, el resultado es más dramático. A finales de la década de los años cuarenta las exportaciones de ese país apenas eran el 6% de las de Colombia; en el periodo reciente son 16 veces superiores.

GRÁFICO 2. PARTICIPACIÓN DE LAS EXPORTACIONES DE COLOMBIA EN EL TOTAL MUNDIAL (%)



Fuente: Unctad; cálculos de la Dirección de Estudios Económicos de Fasecolda.



Preocupante concentración

Durante la mayor parte del siglo XX, el país dependió de sus exportaciones de café. El esfuerzo por diversificar la balanza exportadora tuvo un éxito a partir de finales de los años sesenta con la implementación de un modelo cambiario de devaluación gradual (crawling-peg) que encarecía las importaciones y estimulaba las exportaciones. Sectores como el bananero, el de las flores, el de las confecciones y el de las manufacturas de cuero pudieron entrar en las cuentas exportadoras.

A partir de 1982, Colombia inició el desarrollo de grandes proyectos de minería en carbón. El hallazgo de los yacimientos de crudo de Caño Limón (1985) y de Cusiana (1991), marcaron un punto de inflexión en la estructura exportadora nacional. Aparte de recuperar la independencia energética, le permitió al país incrementar de manera constante el valor de sus exportaciones.

Pero, al igual que en otras naciones, el aumento de los ingresos en divisas relacionadas con las exportaciones de carbón y

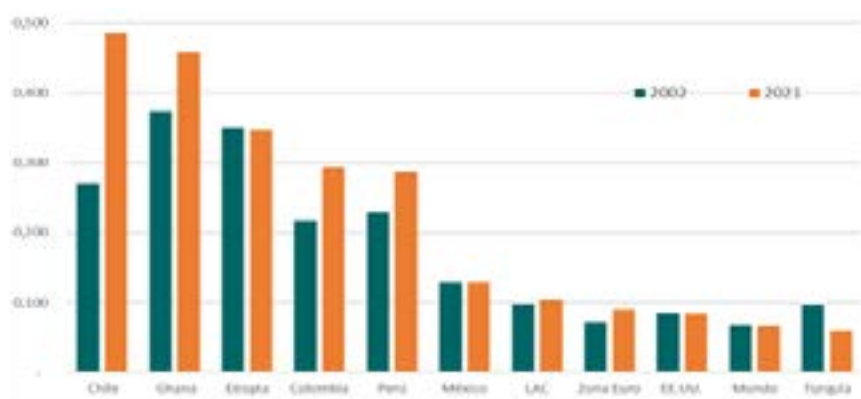
petróleo tuvo un impacto importante en el nivel de la tasa de cambio real. Los demás sectores exportadores se vieron penalizados por la fortaleza de la divisa local.

Las exportaciones minero-energéticas fueron ganando participación en las cuentas exportadoras. La solidez de estos flujos de capital, sumados a otras fuentes de inversión extranjera y remesas, brindaron una holgura de divisas a la que el país no estaba acostumbrado. Los flujos de importaciones se incrementaron de forma continua.

Entonces se frenó el avance en la diversificación de las exportaciones y aumentó notablemente la participación del carbón y el petróleo, como lo muestra el índice de Herfindahl – Hirschman¹ (IHH) que mide la concentración en un mercado. En el caso colombiano, el resultado es más similar al de economías pobres mono-exportadoras. Preocupante es el hecho de que, con el paso del tiempo, el nivel de concentración es cada vez más elevado.

¹ $\sum_{i=1}^n S_i^2 = 1$, donde S_i es la participación del producto i en las exportaciones totales. En el IHH estandarizado los valores superiores a 0,17 indican alta concentración.

GRÁFICO 3. ÍNDICE DE HERFINDAHL – HIRSCHMAN ESTANDARIZADO 2002 Y 2021



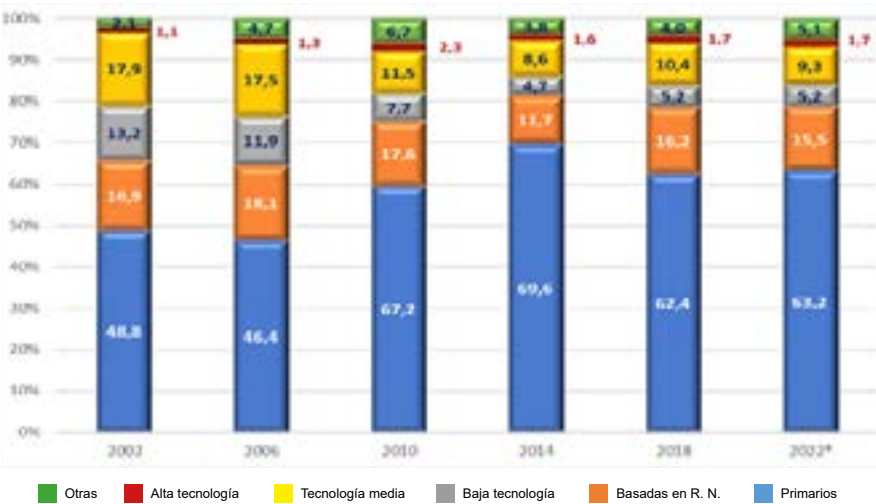
Fuente: Unctad; cálculos de la Dirección de Estudios Económicos de Fasecolda.

Poco valor agregado

En un mundo globalizado, caracterizado por la fragmentación geográfica de la producción y la conformación de cadenas globales de valor, los mayores beneficios que puede obtener una economía están en función de la integración de sus empresas con productos y servicios de mayor valor agregado.

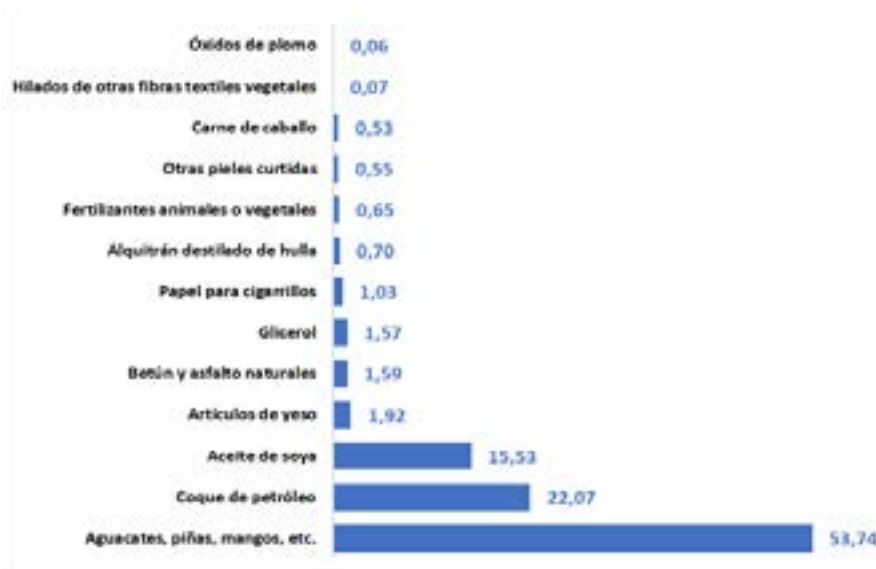
La evaluación de las exportaciones colombianas muestra que no hay avances significativos en esa materia y que siguen concentradas en los productos de menor valor agregado, como son los productos primarios (petróleo, carbón, café) y los basados en recursos naturales (azúcar, aceites y grasas). Estos dos grupos representaron en promedio el 78% de las exportaciones entre 2002 y 2022.

GRÁFICO 4. EXPORTACIONES SEGÚN INTENSIDAD TECNOLÓGICA



Fuente: MinCIT y Dane; cálculos de la Dirección de Estudios Económicos de Fasescolda.

GRÁFICO 5. NUEVOS PRODUCTOS EXPORTADOS POR COLOMBIA 2005-2020 (PARTICIPACIÓN %)



Fuente: Atlas of Economic Complexity

Por contraste, las exportaciones de tecnología media (hierro y acero, automóviles, plásticos) pierden participación y las de alta tecnología (medicinas, computadores, instrumentos científicos) mantienen una participación marginal.

Esas características de nuestras exportaciones limitan la vinculación a las cadenas globales de valor. Así lo han demostrado diversos estudios técnicos. Uno de ellos, realizado por funcionarios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en 2016 (Edgar Trujillo, Ricardo Torres y Martha Álvarez. “Inserción de Colombia en las cadenas globales de valor: Actualización”), concluyó que hay una baja integración de las empresas colombianas a esas cadenas. Otro, elaborado por economistas del Banco de la República ese mismo año (María del Pilar Esguerra y Sergio Parra. “Colombia por fuera de las CGV. Causa o síntomas de bajo desempeño exportador”. Borradores de Economía No. 966), encontró que la excesiva concentración en productos primarios y la preferencia por exportar productos terminados a los mercados vecinos no favorecen la vinculación a las cadenas globales de valor.

Esta dimensión de nuestras exportaciones y los resultados de los estudios técnicos adquieren relevancia en el contexto actual en el que la globalización está en proceso de reacomodamiento y ha surgido como alternativa lo que se conoce como “nearshoring”. Se abre la posibilidad de que las empresas colombianas, o nuevas empresas extranjeras que lleguen al país, se vinculen a cadenas orientadas a la atención de los mercados de Canadá y Estados Unidos. Pero en realidad son bajas las posibilidades de su aprovechamiento con las características mencionadas de la canasta exportadora del país; estos son aspectos que tendrían que abordar gobierno y empresarios para superar en el mediano plazo los problemas actuales.

Baja innovación

La mención hecha a la tecnología y a la innovación se refleja en la baja capacidad de las empresas para introducir productos nuevos al mercado internacional. Según el Atlas of Economic Complexity de la Universidad de Harvard, entre 2005 y 2020 Colombia introdujo 13 nuevos productos a su canasta exportadora.

Esos productos nuevos son, en su gran mayoría, primarios o basados en recursos

naturales y, según la clasificación del Atlas, corresponden a bienes de baja complejidad, con excepción del alquitrán, que está en los niveles inferiores de los de alta complejidad.

Los productos recientemente introducidos a la canasta exportadora refuerzan las características ya mencionadas de nuestras exportaciones, y difícilmente contribuirán a una mejor integración a la economía globalizada.

¿Contrarreforma?

Es difícil entender por qué, a pesar de la apertura unilateral de 1991 y de las negociaciones de Acuerdos Comerciales, las exportaciones de Colombia mantienen una inercia con las características anotadas.

Una hipótesis explicativa fue formulada por un equipo conformado por investigadores del Banco de la República y algunos centros académicos (Jorge García, Enrique Montes e Iader Giraldo (editores) Comercio exterior de Colombia: Política, instituciones y resultados. Banco de la República, 2019). La explicación consiste en la reacción de los grupos de interés a la reforma que, a comienzos de los años noventa del siglo pasado, planteó el cambio de modelo de desarrollo de una economía cerrada a una economía abierta. Ante la reducción de los niveles de protección arancelaria lograron la creciente imposición de barreras no arancelarias (BNA).

En un capítulo de la investigación mencionada, Juan José Echavarría, Iader Giraldo y Fernando Jaramillo (*"Equivalente arancelario de las barreras no arancelarias y protección total en Colombia"*) encontraron que en 1991 el 27% de las partidas arancelarias tenían BNA y que durante los años siguientes fueron creciendo hasta alcanzar, en 2003, un máximo del 78%.

Con esa "contrarreforma", como la denominan los investigadores, diversos sectores de la producción lograron elevados niveles de protección, incluso superiores a los previos a la apertura. Al calcular los equivalentes arancelarios de las BNA y sumar los aranceles, estimaron que la protección total promedio tenía un nivel del 66% en 1991 y subió a 136% en el año 2000.

Con esta hipótesis se podrían entender las razones por las cuales no hay un gran interés por parte de muchos empresarios para vincularse al comercio internacional. Más atractivo que incursionar en un mundo desconocido y asumir nuevos riesgos es contar con una alta protección que blinda el mercado interno contra la competencia. Es necesario que las autoridades económicas la evalúen de forma que se pueda corroborar o refutar y, en el primer caso, adoptar los correctivos necesarios.

Conclusiones

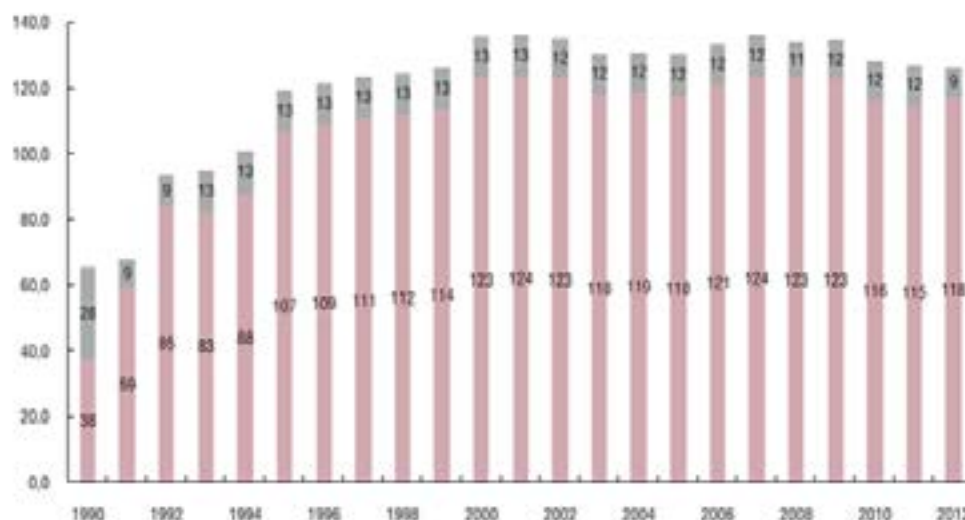
Colombia adoptó las políticas para adecuar la economía a un modelo de desarrollo de economía abierta, considerando que el mundo globalizado ofrece grandes ventajas

como una palanca de crecimiento. Además de la apertura unilateral, el país se integró a la OMC, negoció Acuerdos Comerciales más profundos y con un amplio abanico de disciplinas, fortaleció la institucionalidad del comercio (ProColombia, Bancoldex), estableció mecanismos para facilitar la parte operativa (VUCE) y dio nuevo impulso a las zonas francas, entre otras medidas. Así mismo, se vio la necesidad de fortalecer la productividad y competitividad de los sectores productivos y, en consecuencia, se implementaron políticas tanto horizontales como verticales.

Sin embargo, la tarea no quedó completa. Las evaluaciones muestran que hay avances en diferentes campos, pero también que nos quedamos cortos en otros; ello es evidente, en particular, cuando nos comparamos con lo que ha ocurrido en el mundo, con la velocidad de avance de otros países. Aquí hemos resaltado los hechos más protuberantes en torno a los cuales deberían debatirse los caminos a seguir. Cabe reflexionar si el país realmente quiere quedarse por fuera de la ruta que sigue el mundo globalizado o si, por el contrario, mantiene el empeño de una inserción efectiva que brinde la oportunidad de aprovechar el potencial que tenemos y ponga a nuestro alcance los beneficios del comercio internacional.

Para ello es fundamental que el país entienda que poner los conceptos de productividad y competitividad en el centro de nuestro modelo de desarrollo es una prioridad que hemos postergado demasiado tiempo.

GRÁFICO 6. EQUIVALENTE ARANCELARIO DE LAS BNA, ARANCEL PROMEDIO Y PROTECCIÓN TOTAL PROMEDIO (%)



Fuente: J. García, E. Montes e I. Giraldo (2019)

Lina María Manrique Acero
Cristian Gutiérrez
Abdul Fatat Romero



Lina María Manrique Acero

Profesional en Negocios Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Inició su vida laboral en el Ministerio de Comercio como pasante de la Dirección de Integración Económica, apoyando la Alianza del Pacífico y el relacionamiento bilateral con Ecuador. En 2020 regresó al Ministerio y desde entonces apoya el relacionamiento comercial con Alianza del Pacífico, Perú y Chile.



Cristian Gutiérrez

Profesional en Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario con Maestría en Desarrollo, Administración y Planeación de University College London en Reino Unido. Más de diez años de experiencia laboral nacional e internacional incluyendo el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Organización de Estados Americanos y la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), donde actualmente trabaja en la Dirección Internacional y de Aprovechamiento de Acuerdos Comerciales. Amplio manejo de asuntos de gobierno con énfasis en políticas públicas de comercio exterior, regulación, facilitación al comercio, temas aduaneros, logísticos, coordinación interinstitucional, entre otros.



Abdul Fatat Romero

Actualmente es Asesor Comercial en la Oficina Comercial de Ginebra. Fue director de Integración Económica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia desde junio de 2017, a cargo de las relaciones comerciales de Colombia con América Latina y El Caribe. Economista de la Universidad Externado de Colombia y Magister en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia y en Desarrollo Económico y Comercio Internacional de la Universidad de Reading. Previamente se ha desempeñado en diferentes cargos en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, en la Cepal Bogotá y en el Departamento Nacional de Planeación.

Introducción

La Alianza del Pacífico es un mecanismo de integración económica y comercial basado en cuatro pilares: libre movilidad de bienes, servicios, capitales y personas, además de un eje transversal de cooperación.

El bloque está conformado por Chile, Colombia, México y Perú, fue establecido en abril de 2011 y constituido de manera formal el 6 de junio de 2012, con la suscripción del Acuerdo Marco que entró en vigor en julio de 2015. Su protocolo comercial, o Acuerdo de Libre Comercio, está vigente para Colombia desde el 1 de mayo de 2016.

Este Protocolo Adicional al Acuerdo Marco contiene 19 capítulos que cubren disciplinas tales como el Acceso a Mercados, las Reglas de Origen, los Obstáculos Técnicos al Comercio, las Medidas Sanitarias y Fito-sanitarias, la Facilitación del Comercio, las Compras Públicas, el Comercio de Servicios, entre otros.

En la Alianza del Pacífico las decisiones son tomadas por consenso. Este mecanismo

reúne: (i) a los Presidentes de los Estados Miembros quienes constituyen su máxima instancia decisoria; (ii) al Consejo de Ministros conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior; (iii) al Grupo de Alto Nivel ("GAN") conformado por los Viceministros de Relaciones Exteriores, los Viceministros de Comercio Exterior y los Coordinadores Nacionales, quienes se ocupan de consolidar una agenda de trabajo con los Estados Observadores, terceros Estados y otros foros regionales, haciendo énfasis en Asia-Pacífico.

La Alianza cuenta con unas 30 instancias técnicas que se encargan de ejecutar los diferentes mandatos presidenciales en los asuntos de sus respectivas competencias, frecuentemente en coordinación con otras instancias.

Ahora bien, este documento busca presentar las diferentes áreas de trabajo impulsadas por Colombia durante el año 2021 al interior de la Alianza del Pacífico, mostrar el avance y logros alcanzados, e identificar algunos aspectos que, como región, deben mejorarse para profundizar este proceso de integración.

Objetivos de la Presidencia Pro Tempore de Colombia, enmarcados en la Visión Estratégica 2030 de la Alianza del Pacífico

A partir de diciembre de 2021, y hasta febrero de 2022, Colombia ejerció la Presidencia Pro Tempore ("PPT") de la Alianza del Pacífico, bajo circunstancias regionales y mundiales particulares producidas por la pandemia del Covid-19 y los efectos económicos y comerciales que esta produjo, con el objetivo de desarrollar actividades dirigidas a impulsar la reactivación económica.

En ese contexto, se concretaron políticas e instrumentos que impulsaron actividades en áreas estratégicas para propender por un bloque comercial más integrado al interior de la misma Alianza del Pacífico y, con el mundo, para propiciar un mayor crecimiento

de la economía regional y bienestar de la población.

Sin lugar a dudas, la Alianza del Pacífico ha sido y debe continuar siendo un instrumento dinamizador en este proceso y, para ello, es necesario fortalecerla y potenciarla, de tal suerte que pueda afrontar las nuevas exigencias que plantea el comercio internacional.

El año 2021 fue trascendental para la integración regional. La Alianza del Pacífico cumplió diez años de creación y, a pesar de su corta edad, ya ha aportado resultados tangibles en su objetivo fundacional: la libre movilidad de bienes, servicios, capitales y personas.

Si bien lo avanzado es significativo, se requiere mayor ambición de cara a los próximos 10 años. A través de la Visión Estratégica 2030, adoptada en la Cumbre de Puerto Vallarta en junio de 2018, la Alianza ha trazado un camino para lograr este objetivo.

Fue justamente con ese horizonte que Colombia ejerció la Presidencia Pro Tempore de la Alianza, otorgándole la importancia que merece como uno de los activos más relevantes de nuestra integración regional.

Primer eje estratégico: una Alianza del Pacífico más integrada

Se continuó con el objetivo de incrementar el comercio de bienes intra Alianza a través de encadenamientos productivos e incorporar de mejor manera a las pequeñas y medianas empresas ("PYMES") en los flujos del comercio internacional. La importancia de las PYMES es notoria, pues, son la mayor fuente de generación de empleo en nuestros países.

Se impulsaron trabajos para la implementación de los Anexos Regulatorios para que los empresarios aprovechen sus beneficios y, se buscó, la identificación de encadenamientos productivos para conectar empresarios de la región, reactivar el comercio intra-Alianza y fortalecer su presencia en terceros mercados.

La contratación pública es un tema transversal y es un elemento clave en el proceso de reactivación económica. Para ello es necesario que la información acerca de las diferentes oportunidades de negocios esté disponible para los empresarios. Además, se debe buscar la implementación de un proyecto de acompañamiento conjunto para el fomento al acceso a este canal dinamizador



de las economías, que no en vano representa en nuestros países en promedio el 10% del PIB. Con este propósito, en 2021 se avanzó de forma importante en un estudio de mercado contratado por el BID para identificar la oferta y la demanda de los países miembros y, con base en esta data, avanzar en un proyecto de acompañamiento técnico a empresas de los cuatro países para participar en los mercados de compras públicas de la Alianza, distintos al propio.

Segundo eje estratégico: una Alianza del Pacífico más global

El objetivo fue impulsar los acercamientos con otros bloques regionales como la Unión Europea y ASEAN, así como la consolidación de la figura de Estado Asociado.

Según lo recogido en la Declaración Presidencial 2020, resulta de la mayor importancia lograr un cierre con Singapur, lo cual afirmaría la confianza en los procesos de negociación de la Alianza del Pacífico con otros candidatos a Estados Asociados.

En materia de cooperación, y con el objetivo específico de combatir los efectos de la pandemia, resultan de la mayor importancia las iniciativas que ya fueron seleccionadas para recibir recursos del Fondo de Cooperación de la Alianza del Pacífico.

Tercer eje estratégico: Una Alianza del Pacífico más conectada y emprendedora

La Alianza configura su Mercado Digital Regional haciendo énfasis en 3 pilares: (i) mejorar el acceso al mercado digital; (ii) crear un entorno habilitador para promover el intercambio de bienes/servicios por medios digitales; y (iii) desarrollar una economía digital que promueva el crecimiento, la productividad y el empleo. Estos pilares incluyen iniciativas sobre Firma Digital Transfronteriza y Talento Digital. Los esfuerzos van orientados a que, desde la Alianza del Pacífico, se pueda continuar liderando temas de la Cuarta Revolución Industrial.

Las Pymes juegan un papel fundamental en la reactivación económica de la región, y por ello es necesario fomentar su creación y fortalecimiento, en complemento del propósito de vigorizar el ecosistema de innovación de la Alianza del Pacífico con la red de incubadoras de emprendedores, la red de emprendimiento corporativo e impulsando las redes existentes.

De igual manera se promoverá una Alianza que siga siendo el mecanismo de integración regional más avanzado en interoperabilidad de las Ventanillas Únicas de Comercio y Operador Económico Autorizado, conectando en tiempo real a los operadores y agentes del comercio de los países de la Alianza del Pacífico.

Cuarto eje estratégico: Una Alianza del Pacífico más ciudadana

Este eje se ha centrado en los siguientes puntos:

- Impulsar el Observatorio Social para conocer las necesidades de las poblaciones vulnerables en el marco de la pandemia, herramienta fundamental para conocer las necesidades de la ciudadanía.
- Desarrollar acciones específicas que permitan implementar la Hoja de Ruta de la Declaración sobre la Gestión Sostenible de los Plásticos, suscrita en 2019.
- Promover la empleabilidad juvenil al interior de la Alianza, a través del intercambio de experiencias y la implementación de buenas prácticas entre los países. Para el efecto existen los Encuentros de Jóvenes de la Alianza del Pacífico para continuar promoviendo iniciativas orientadas a ofrecer a este grupo poblacional tan importantes herramientas para potencializar su inserción al mercado laboral.
- Ejecutar el Plan de implementación para la puesta en marcha de la Hoja de Ruta de la Declaración sobre Igualdad de Género, a través de las acciones prioritarias acordadas para avanzar en el empoderamiento económico de las mujeres en la Alianza del Pacífico.

Avances y logros de la Alianza del Pacífico en sus primeros 11 años

Durante sus 11 años de existencia, la Alianza del Pacífico ha alcanzado una buena cantidad de logros y ha avanzado de manera decidida en todos los campos que cubre el Bloque.

Se destaca la interoperabilidad de las Ventanillas Únicas de Comercio Exterior, donde se intercambian digitalmente certificados fitosanitarios, de origen y, recientemente, la declaración aduanera. Esto elimina el uso de pa-





pel en las operaciones de comercio exterior en los documentos mencionados y permite la conexión en tiempo real a los operadores y agentes del comercio. Esto se traduce en la eliminación de demoras, los cuellos de botella y de dificultades en el comercio transfronterizo, además de impulsar la digitalización de trámites. A la fecha se han registrado más de 87 mil Certificados Fitosanitarios y más de 57 mil Certificados de Origen Intercambiados desde 2019.

Asimismo, se destaca el haber sido el primer bloque de la región en haber suscrito un Acuerdo de Reconocimiento Mutuo ("ARM") en materia de Operador Económico Autorizado, vigente desde 2018, por el cual los países de la Alianza del Pacífico manifiestan su intención de mantener estándares compatibles entre ellos y operarlos conforme a las directrices y principios del Marco Normativo SAFE. Los principales beneficios del ARM son la reducción de los tiempos y de los costos asociados al control aduanero, el aumento de la competitividad y la reducción en el hurto de la carga, lo cual incrementa la seguridad de las dos Partes. Esto se debe a: (i) el trato preferente; (ii) la disminución de costos y demoras mediante la reducción de inspecciones o inspecciones prioritarias; y (iii) la mejora en la predicción y precisión del movimiento de mercancías de un territorio a otro.

A su vez, se han suscrito 4 anexos sectoriales en armonización regulatoria de cosméticos, suplementos alimenticios, aseo doméstico y dispositivos médicos, lo cual beneficia a las empresas del sector mediante la eliminación de los obstáculos innecesarios al comercio de estos productos en la región.

En materia de promoción, se han consolidado 3 eventos anuales para promover el comercio de bienes, servicios y el turismo: la macrorrueda de negocios, el foro de emprendimiento e innovación y la macrorrueda de turismo.

Para promover los encadenamientos productivos, el protocolo adicional de la Alianza establece la acumulación de origen entre los socios pertenecientes al Acuerdo, reduciendo los tiempos, los costos y facilitando las operaciones de comercio exterior.

En compras públicas, se publicó la Guía de Contrataciones Públicas de la Alianza del Pacífico que permite a proveedores de los cuatro países miembros aprovechar las oportunidades de negocios que se deriven de los mercados de contrataciones públicas de la Alianza del Pacífico, con énfasis en las Mipymes.

En materia de innovación, se creó el Ecosistema de Emprendimiento e Innovación compuesto por las redes de innovadores, aceleradoras, inversionistas y agencias de innovación que tienen como fin el desarrollo de estrategias, programas e instrumentos que aceleren y potencialicen la innovación en los países miembros.

Por último, las PYMES han estado presentes recibiendo apoyo de varias iniciativas generadas desde la Alianza del Pacífico así, con el Fondo de Capital Emprendedor que ha invertido en más de 10 emprendimientos de países de la Alianza. Por otro lado, el Sello Exporta Fácil facilitó las exportaciones pequeñas para las PYMES, reduciendo costos y tiempos de envío.

Además, se firmó la Declaración Presidencial sobre la Estrategia para un Mercado Digital Regional y el Impulso a la Transformación Digital de la Alianza del Pacífico que establece el camino para incrementar el desarrollo y la competitividad de los mercados de los cuatro países.

Logros concretos alcanzados durante la PPT de Colombia en 2021

Entre diferentes logros alcanzados durante la PPT de Colombia en 2021, se destacan:

- La construcción y aprobación de la Hoja de Ruta del Mercado Digital Regional que identifica acciones a corto y mediano plazo, permitiendo un avance hacia la transformación digital de la región. Durante la PPT, se avanzó en la primera fase de implementación del Mercado Digital Regional ("MDR") que consistió en el intercambio de buenas prácticas. Para ello, se realizó el conversatorio de Alianza Del Pacífico denominado "*La Protección al Consumidor Digital en la Alianza del Pacífico: Avances y Desafíos*". A través de este conversatorio, se dieron a conocer las prácticas de cada país en beneficio de los consumidores en materia de comercio electrónico. También se efectuaron talleres con la UE en materia de Economía y Sociedad Digital y se realizó un Diálogo entre el sector privado, la academia y la sociedad.
- La Suscripción de las Decisiones de la Comisión de Libre Comercio 11 y 12

de la Alianza del Pacífico sobre la Armonización Regulatoria en el Sector de Aseo Doméstico y Dispositivos Médicos. Estas decisiones abren el camino para lograr estándares compatibles de producción y comercialización de productos en esos sectores, lo que incrementará el comercio entre nuestros países. Gracias a estas Decisiones, se eliminarán costos adicionales a los exportadores y se facilitará el comercio de estos productos. Cabe destacar que el comercio intra-Alianza de productos de aseo domestico asciende a alrededor de USD 218 millones; Colombia aportó USD 99 millones en 2021. Por su parte, el comercio de dispositivos médicos al interior de la Alianza del Pacífico representó alrededor de US\$ 50 millones; Colombia exportó más de US\$8 millones en 2021.

- La realización, entre el 14 y el 16 de julio, del Foro de Emprendimiento e Innovación, LAB4. El Foro tuvo como objetivo promover el emprendimiento, la innovación y el comercio de servicios. Este evento contó con la participación de 75 empresas de exportadores y compradores. Se realizaron 125 citas de negocio y se reportaron expectativas de negocio por cerca de USD 5 millones. Lo anterior, incluye cerca de USD 2 millones en ventas inmediatas.
- La realización de la VII Macrorrueda de Turismo del 31 agosto al 3 de septiembre. Este encuentro contó con la participación de 190 empresas de la Alianza e invitados como Argentina, Brasil, Canadá y Estados Unidos. Se llevaron a cabo cerca de 1.300 citas de negocios y se reportaron expectativas de negocio por cerca de USD 13 millones.
- La realización de la IX Macrorrueda de Negocios, en tres sesiones, con compradores de Asia y Oceanía (12 - 19 de agosto), Europa, Intra-Alianza y Canadá (13 al 23 de septiembre). Esta contó con la participación de 387 empresas entre exportadores y compradores, reportando en total más de USD 22 millones de expectativas de negocios.
- La realización de actividad de networking de proveeduría para compras públicas. El evento fue liderado por las agencias de promoción y contó con la participación de las agencias de contratación pública de los cuatro países miembros. Adicionalmente, más de 100 empresarios de estos países se capacitaron en el uso de plata-

formas de contratación estatal y exploraron oportunidades de negocio para la proveeduría del canal de compras públicas.

- La realización del primer networking de proveeduría con la finalidad de sensibilizar a los empresarios del potencial de encadenamientos y la inserción en cadenas regionales y globales de valor ofrecidos por la Alianza del Pacífico.
- El lanzamiento del Kit de Herramientas de Propiedad Intelectual dirigido a las PYMES de la Alianza del Pacífico. Este proyecto tiene por objetivo contribuir al empoderamiento de las PYMES de los países de la Alianza del Pacífico para que alcancen un crecimiento sostenible gracias al uso adecuado de las reglas técnicas de Propiedad Intelectual.
- La incorporación de la declaración aduanera al intercambio a través de las ventanillas únicas de comercio de los cuatro países miembros. Con esta declaración se completan 3 documentos intercambiados digitalmente a través de las VUCE, a saber: certificados fitosanitarios, certificados de origen y declaración aduanera. Desde 2019 a la fecha se han intercambiado alrededor de 100 mil certificados.

Por último, el 26 de enero de 2022, en el marco de la Cumbre de Presidentes de la Alianza del Pacífico, se realizó la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre la Alianza del Pacífico y Singapur. Este Acuerdo genera oportunidades de inversión y acceso al mercado tanto para las empresas de la Alianza del Pacífico, como de Singapur. Lo anterior, teniendo en cuenta que en 2021 el comercio total de bienes entre Singapur y la Alianza del Pacífico fue alrededor de USD 3 mil millones. Con el PASFTA tenemos una gran oportunidad de abastecer el mercado de Singapur, principalmente en los sectores de agroalimentos y metalmecánica. Singapur es uno de los mayores importadores de productos agroalimentarios de Asia: actualmente importa más del 90% de su suministro de alimentos. El PASFTA también busca potenciar la inversión extranjera de Singapur en la AP.

Visión 2030 de la Alianza del Pacífico

Con el fin de continuar impulsando y consolidando un área de integración profunda, de generar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad y contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la





Alianza del Pacífico busca enfocar sus trabajos en cuatro ejes que contribuirán a alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas en 2030. Estos cuatro ejes pretenden una Alianza más integrada, más global, más conectada y más ciudadana.

Más integrada

En 2030, la Alianza del Pacífico será un bloque comercial que crece de forma sostenible, dependerá menos de materias primas y contará con un mercado más competitivo, más eficiente, productivo y plenamente integrado. Asimismo, contará con un marco regulatorio fiscal, tributario y financiero que favorece un mercado integrado que permita: (i) financiar proyectos en materia de infraestructura y atender desastres naturales; (ii) el desarrollo de un mercado electrónico y; (iii) la promoción de la participación de inversionistas institucionales de los países de la Alianza del Pacífico en los mercados de capitales de los cuatro países. Por lo anterior, la Alianza del Pacífico se enfocará en:

- Duplicar el comercio intra-Alianza a través de los encadenamientos productivos e incorporando los flujos del comercio internacional a las PYMES que son la mayor fuente de generación de empleo de los países de la Alianza.
- Impulsar la apertura comercial por medio de un comercio ágil, simple, sin aranceles, sin barreras sanitarias ni obstáculos técnicos, con homologación de estándares y acompañada de disciplinas que generen seguridad jurídica.
- Diseñar e implementar iniciativas de promoción y facilitación de inversión en la Alianza del Pacífico en sectores intensivos en tecnología e infraestructura; ello con el fin de posicionarse como uno de los destinos de inversión más atractivos en el mundo.
- Construir una región cada vez más resiliente e incluyente, tomando como base los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y los compromisos del Acuerdo de París.
- Implementar una estrategia regional de impulso a la innovación y al emprendimiento, como elemento fundamental para generar competitividad.
- Consolidar un mercado de capitales regional más integrado, líquido y profundo, que tenga mayor visibilidad frente a in-

versionistas globales y cuente con una base amplia y diversificada de participantes y productos financieros disponibles.

Lo anterior permitirá obtener mejores condiciones de financiamiento para empresas y proyectos, así como mejores alternativas de inversión y rendimientos para ahorradores e inversionistas.

Más global

Dada la importancia que está tomando la Alianza del Pacífico a nivel mundial, para 2030 habrá crecido la presencia y las relaciones conjuntas fuera del bloque, consolidándose como el referente de un modelo de integración ambicioso y pragmático en el mundo, en especial en América Latina y el Asia-Pacífico. La Alianza del Pacífico continuará promoviendo el libre comercio y la globalización.

Este modelo de integración habrá logrado consolidar entonces su doble dimensión. Por un lado, la articulación de la Alianza del Pacífico con foros internacionales, en especial, con APEC [Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico] y la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico). Por otra parte, tomando en consideración la Agenda 2030 de Desarrollo sostenible, habrá alcanzado los niveles propuestos de integración económica regional.

Para ello, la Alianza del Pacífico se enfocará en:

- Convertirse en la principal plataforma de integración comercial en América Latina, incrementando acuerdos comerciales y de cooperación con todos aquellos países y bloques con quienes se comparten modelos similares de desarrollo económico y de integración al mercado internacional.
- Consolidar la figura de los Estados Asociados. Se tendrán diez nuevos Estados Asociados, conformando así una red de integración entre América Latina y el mundo, con disciplinas de altos estándares que dinamizan el comercio y la inversión, aprovechando las economías de escala.
- Contar con programas activos y proyectos de cooperación con Estados Observadores, así como con organismos y entidades internacionales que apoyan este proyecto de integración, y promover la cooperación Sur-Sur.

- Establecer una relación de cooperación estructurada con la Unión Europea que permita profundizar vínculos birregionales que favorezcan el posicionamiento global de la Alianza del Pacífico.
- Impulsar el Sistema Multilateral de Comercio y trabajar con los socios comerciales para reforzar la Organización Mundial del Comercio.
- Fortalecer el comercio regional a partir de políticas que ayuden a mejorar la capacidad de las PYMES para acceder a financiamiento y apoyen su internacionalización, impulsando la difusión de sus productos y el intercambio de conocimientos y buenas prácticas en materia tributaria y financiera. Todo ello con miras a promover el crecimiento económico y la creación de empleos en la región.
- Configurarse como un Mercado Digital Regional que incorpore Tecnologías de la Información y la Comunicación en los procesos productivos con el objetivo de lograr el cierre de la brecha digital, que se disponga de una infraestructura de clase mundial que facilite, incentive, proteja las inversiones y que cuente con un capital humano capacitado en el uso de las nuevas tecnologías.
- Promover el acceso de las Pymes a las nuevas tecnologías.
- Aprovechar las oportunidades y enfrentar los desafíos de la economía basada en el conocimiento y la innovación (Economía 4.0) como herramienta para la competitividad.
- Mejorar la conectividad con mayor inversión en infraestructura, promoviendo prácticas de política pública y de financiamiento para impulsar, entre otras, la internacionalización de las Pymes.
- Liderar la interoperabilidad de las Ventanillas Únicas de Comercio y el comercio sin papel, conectando en tiempo real a los operadores y agentes del comercio.
- Contar con principios orientadores de regulación que promuevan la adopción de tecnologías innovadoras que fomenten la competencia y la inclusión en el

sistema financiero, preservando al mismo tiempo la estabilidad e integridad de este, con el objetivo de fomentar su desarrollo y consolidar los esfuerzos realizados para lograr una mayor integración financiera.

Más ciudadana

Gracias a que, en la Alianza del Pacífico, se gozará de la libre circulación de personas, ésta se caracterizará por proveer oportunidades laborales, académicas, culturales y de negocios a sus ciudadanos que coadyuven a consolidar una identidad ampliamente reconocida basada en valores, principios, costumbres y una visión común.

Además, se habrá reforzado el diálogo y los programas estratégicos entre gobiernos, empresarios, academia y sociedad civil, en beneficio de los cuatro países miembros.

Para ello, la Alianza del Pacífico logrará:

- Alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y asegurar que los beneficios de la Alianza del Pacífico lleguen a todos los ciudadanos, contribuyendo a la superación de la desigualdad y la pobreza.
- Contar con una agenda sostenible con proyectos conjuntos para la adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, implementando energía limpia, entre otros.

Más conectada

En un mundo globalizado, donde para muchos las distancias y las barreras ya no existen, un gran porcentaje de la población es ajena a estos avances. Para el año 2030, los ciudadanos y empresas de la Alianza estarán conectados digitalmente teniendo acceso a toda la información disponible y a una mayor comunicación que impulse las relaciones a todos los niveles.

Para ello, la Alianza del Pacífico se enfocará en:





- Contribuir a la inclusión mediante la transversalización del enfoque de género en la Alianza del Pacífico.
- Establecer mecanismos que permitan complementar e incrementar los recursos financieros que promuevan medidas para hacer frente al cambio climático y contribuyan al crecimiento verde.
- Fortalecer la gestión financiera del riesgo de desastres naturales mediante la adopción de mecanismos de transferencia de riesgos y la utilización de estrategias conjuntas para una correcta y eficiente administración de estos riesgos, resguardando las finanzas públicas de los Países Miembros.
- Ampliar la plataforma de Movilidad Estudiantil y Académica, tanto a nivel técnico profesional como universitario, la cual contará con un sistema de reconocimiento de títulos y un marco común de cualificaciones.
- Generar mayores oportunidades de movilidad laboral.
- Construir una identidad cultural a partir de programas de voluntariado, vacaciones, trabajo y de fomento al deporte.

- Ser un destino reconocido de turismo sostenible y programas multipaquetes entre los cuatro países miembros.

Consideraciones finales

Desde Colombia, se consideró que los objetivos estratégicos y las acciones concretas permitirían acercar a la Alianza del Pacífico a los ciudadanos, haciendo tangibles los resultados del proceso de integración profunda en el que estamos comprometidos.

Todos estos trabajos que se lideraron para consolidar la Alianza del Pacífico requirieron del total compromiso y la decidida y activa participación de los gobiernos y los ciudadanos, así como del fundamental apoyo del sector privado y la cooperación internacional, sin los cuales no podríamos haber avanzado en construir el bloque que hoy necesitamos.

Actualmente, la Alianza del Pacífico cuenta con 233 millones de habitantes, haciéndola un mercado significativo. Como bloque, se consolida como la octava economía del mundo, atrayendo a 56 millones de turistas cada año y el 45% de la Inversión Extranjera Directa ("IED") que llega a América Latina, además de representar el 43% del PIB de la región.

La Alianza del Pacífico es la 6° potencia exportadora a nivel mundial y genera el 57% del comercio total en América Latina y el Caribe en 2021.

De acuerdo con el Centro Mundial de Competitividad, en el 2021, la Alianza del Pacífico tiene los países más competitivos en la región: Chile (44), México (55), Colombia (56) y Perú (58).

En 2021, las exportaciones totales de Colombia a los países de la Alianza fueron alrededor de USD 3.800 millones, de los cuales el 74% fueron NME (USD 2.500 millones). Las exportaciones agrícolas fueron unos USD 500 millones (15% del total) y las industriales USD 2.800 millones (85%).

Desde 1994, la IED de Colombia en Alianza del Pacífico tiene un acumulado de USD 14.850 millones. Por su parte, la IED de Alianza del Pacífico en Colombia presenta un acumulado de USD 16.684 millones, desde 1994).

En el 2021, cerca de 197 mil turistas de Alianza del Pacífico visitaron Colombia y unos 551mil colombianos eligieron Alianza del Pacífico como destino turístico.



How Latin-American investment policies are facing climate emergency challenges

*Diana María Beltrán Vargas
Mariana Puentes Jaramillo
Sofía Urrea Zuluaga*





Diana María Beltrán Vargas

Abogada y especialista en derecho de los contratos y relaciones jurídico-negociales de la Universidad Externado de Colombia. Magister (LLM) en derecho comercial de la Universidad de Leicester (Reino Unido). Con experiencia en la práctica privada en temas de litigio y asesoría. Actualmente es docente investigadora del departamento de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia



Sofía Urrea Zuluaga

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es asistente de investigación del departamento de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia y abogada en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI) del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo



Mariana Puentes Jaramillo

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es asistente de investigación del departamento de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia y abogada en Álvarez Zárate & Asociados firma especializada en derecho internacional

1. Introduction

It is undeniable that humankind is going through several crises. One that requires our immediate attention is the climate emergency, which threatens our near future and subsistence. The responses need to come from diverse areas of knowledge and require a change of paradigms and models, even daily life as we know it.

Regardless of specific political and scientific discussions, developing legal tools to implement the measures necessary to surpass the crisis is essential. Specifically, International Investment Law ("IIL") has been identified as an interesting means to deal with the climate crisis as it can encourage a green economy model and investment flows directed to environmentally friendly energy transitions.

However, the other side of the coin shows that the IIL regime creates obstacles to implementing regulatory frameworks that aim to address the crisis. It is evident that, due

to the obligations imposed by International Investment Agreements ("IIAs")¹, host States are in the "dilemma" of protecting the environment or complying with said obligations, as their regulatory power is affected when the IIAs represent a means to challenge environmental regulatory measures that potentially affect protected investors.

Hence, it is essential to analyze how the IIAs network operates and adapts to such a worrying context under such consideration. For that purpose, the authors have chosen Latin America as the focus of this study, considering the proliferation and development this branch of law has had in the region.

According to UNCTAD's Investment Policy Hub, nowadays, this geographical zone has (either in force or signed) around 627 Investment agreements². Then, the purpose of this text is to establish and analyze the general scene in Latin America regarding how current IIAs provide solutions for the climate emergency in the field of International Investment

Law. Hence, the authors have chosen ten representative States³ based on the amount of IIAs signed and their role in the region, both economically and environmentally.

The first part of this paper (Cfr. 2) will focus on whether IIL has become a risk or a tool for host-States regulatory power regarding the climate crisis. The following session (Cfr.3) will address the relevant provisions identified by the authors, considering their role in the State's power to deal with climate emergencies. The final session will address the conclusion, pointing out how the international investment system requires a different model to address the crisis (Cfr.4).

¹ For the present text, consider Bilateral Investment Treaties (BITs) and Investment Chapters within Free Trade Agreements.

² Support can be found at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>

³ Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Mexico, Peru, and Uruguay.



2. The tension between Investors' rights and Climate Change measures

IIA impose a set of standards to protect investors from certain changes that can affect their position in a specific legal framework that allows the development of their business. The rationale behind this idea implies that alien investors are at a disadvantage regarding the State's power, which can change the rule of law and thus damage the pre-existing conditions for the investment endeavor.

Hence, considering how those obligations are established, host-States should aim to exercise their regulatory power to keep those guarantees and respect the investor's reliability on the legal framework. Nevertheless, the dispute settlement mechanism (DSM) set in IIAs has become a way through which investors can challenge regulations that threaten

their investment; therefore, host States tend to act particularly cautious when they have to intervene in economic sectors in which the presence of international investors is considered to avoid an international investment arbitration dispute that they might lose.

The development of IIL has shown to represent a risk regarding the objectives set to act against the climate crisis. Considering the aforementioned, by challenging environmental regulations under the scope of international investment tribunals, arguing they are a breach of the standards of protection set in the Investment Agreement, it seems like, under IIL, there is no place for environmental regulations if they affect the object of investment directly⁴.

For instance, standards like 'Fair and Equitable Treatment', which implies the protection against the changes in the legal framework of the host State, legitimate expectations, and not carrying out the actions promised to enhance the investment, leave a broad scope that allows investors to allege that a specific regulation is a threat to their investment⁵.

Then, it is crucial that in the IIAs, there are clauses that allow host-states to justify their exercise of regulatory power; in other words, provisions that contain governments' ability to adopt environmental measures, particularly those related to climate change. Under such scenario, the crisis cannot be fought if the prevalence regarding the investor's rights persists over the need to adopt measures on the matter⁶.

The system and its rationale need to change by recognizing that states must act in respon-

⁴ K Miles, *International Investment Law, and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World* (July 2, 2008). *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1154588>.

⁵ For instances, cases like *Metalclad*, *Azurix* and *Methanex* imply situations like the one described.

⁶ L. Lorenzoni Escobar (2021) *Protección del Medioambiente y derecho internacional de las inversiones en J.M Alvarez-Zarate & m. Zenkiewicz (ed.) 'El derecho internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios' Universidad Externado de Colombia. Pg. 646; B.J Condon, Climate Change and International Investment Agreements, Chinese JIL (2015), 305-339. Pg. 309*

se to the crisis. Nevertheless, such an effort is useless when the balance is inclined to protect investors' rights at all costs⁷.

3. Relevant Dispositions in Investment Agreements and Investment Chapters

As stated above, through this section, the authors will develop the most pertinent clauses extracted from the 395 treaties studied, in which they found that States should be able to justify measures they adopt to address the climate emergency.

A. Right to regulate environmental protection.

Authors found that, since 2005, some States included within their IIAs articles that recognize: *"the right of each Contracting Party to establish its own levels of domestic environmental protection and environmental development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its environmental legislation"*⁸. As a variation in the wording, other treaties refer to a general right to regulate to achieve policy objectives⁹.

It is vital to notice that by comparing general clauses to those more specific in their wording, it is interesting to see how States empower themselves from the moment of the negotiation. In other words, a well-learned lesson shows that this type of agreement should not have such a broad and vague phrasing, considering it leads to more comprehensive and uncertain obligations for the parties (particularly the host-State).

As States gain more awareness on which are the elements under risk when they acquire international obligations, particularly those related to international investment, they gain consciousness on how to negotiate these treaties without resigning to their most fundamental values and their protection. Thus, for the climate crisis, it is logical to conclude that by including specific clauses that address this sort of interests, the parties are not only recognizing their right to set the protection level they want, but also that they can change it accordingly to the circumstances without potentially violating investor's rights under the treaty¹⁰.

Finally, the authors highlight that the provisions, considering their wording, imply an obligation of recognition among States. Such recognition must be translated to the foreign investor, reinforcing their basic duty to comply with the host State's law. Then, when an

environmental regulatory measure is challenged, there is a justification for States to implement it as the right has been recognized in the provision.

A. Nothing prevents States from adopting measures for the protection of animal and plant health if they are not discriminatory, arbitrary, or unjustified

In 1997, States started to implement environmental protections under a clause called *"General Exceptions and Exemptions"* which was first implemented in the Bilateral Investment Treaty (*"BIT"*) between Uruguay and

⁷ L. Lorenzoni Escobar (2021) *Protección del Medioambiente y derecho internacional de las inversiones en J.M Alvarez-Zarate & m. Zenkiewicz (ed.) 'El derecho internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios' Universidad Externado de Colombia. Pg. 647*

⁸ BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Peru BIT (2005), Art. 5.1. Similarly, BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Colombia BIT (2009) (not in force), Art. VII.1; Colombia - Spain BIT (2021) (not in force), Art.14.1

⁹ Argentina - Chile FTA (2017), Art. 8.4; Pacific Alliance - Singapore FTA (2022), Art. 8.3, Centro América - México FTA (2011), Art. 11.13

¹⁰ This is the case of the 2018 Argentina-Arab Emirates BIT, in its article 11 recognizes *"Article 11: Right to Regulate; For the purpose of this Agreement, the Parties recognize their right to regulate in their territories to achieve legitimate public policy objectives, such as (...) the environment"*.



Canada. This clause provided that nothing in the Agreement shall be construed to prevent any Contracting Party from adopting or maintaining measures, including measures for the protection of the environment: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of finite living or non-living natural resources if such measures are implemented in conjunction with restrictions on domestic consumption.

This type of provision continued to be used from the 1990s to 2022 in various treaties with different objectives, nexus requirements, and prohibitions on application¹¹. The authors have identified that during the last two decades, States established within their IIAs elements that allow them to determine certain desired levels of protection regarding environmental issues. In case of a dispute, this is an element to consider for interpretation of the allegedly breaching measures.

In the analyzed agreements, there are different types of regulatory objectives and linkages in relation to the environment, then the State may adopt measures: (a) necessary for the protection of animal and plant life and health¹², "*which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health*"¹³; (b) necessary to conserve living and non-living non-renewable natural resources¹⁴, if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption¹⁵; (c) related to the protection of the environment or the conservation of exhaustible natural resources, if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption¹⁶; d) necessary for the protection and conservation of the environment, including all its living and non-living natural resources¹⁷; e) necessary to protect public morals or to maintain public order¹⁸; f) necessary to ensure compliance with laws and regulations not inconsistent with the provisions of this Agreement¹⁹; g) necessary to protect the environment²⁰; h) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources²¹; i) appropriate measures to protect human, animal or plant life or health, or the environment²²; and j) appropriate measures for the conservation of living or non-living non-renewable natural resources²³.

It is essential to highlight that IIAs between Argentina - Chile FTA (2017), Chile - Hong Kong BIT (2016), and Colombia - Japan BIT



(2011) make specific reference to the adoption of environmental measures developing them through a list of policies, unlike other treaties that contain lists of general public policy objectives. Additionally, in the Mexico - Turkey BIT (2013) and the Australia - Peru FTA (2018), the State's power to adopt, maintain or enforce measures to ensure that in-

vestment is developed in a manner sensitive to environmental objectives is recognized as an exception²⁴. IIAs that highlight the intention of States to exclude their governments from a State's international responsibility for the adoption of any measures necessary to protect the environment or specific measures provide:

- 11 Typically these clauses share three elements: 1. An exhaustive list of permissible policy objectives; for example, the protection of human, animal or plant life or health, or the conservation of natural resources; 2. A requirement that serves as a nexus, denoting the link between a state measure and a permissible objective; frequently used requirements include "necessary for", "relating to" and "designed and applied for"; and 3. A prohibition on discriminatory or arbitrary enforcement." Sabanogullari, L (2015). "The Merits and Limitations of Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice." Available at: <https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>
- 12 Peru - Thailand Framework Agreement (2003), article 8, Peru - Thailand Framework Agreement (2005), article 8; Colombia - Peru BIT (2007), article 12.8(a); Colombia - India BIT (2009) (not in force), article 13(5)(b); Argentina - Chile FTA (2017), article 8.19(b); Argentina - United Arab Emirates BIT (2018), article 18(d); Chile - Hong Kong BIT (2016), article 18(1)(c); Colombia - Japan BIT (2011), article 15(1)(a); Uruguay - Turkey BIT (2019) (signed not in force), Article 7(1)(a); Australia - Peru FTA (2018), article 8.18(1)(a); Colombia - Turkey BIT (2014) (not in force), article 6(1)(a); Colombia - Singapore BIT (2013) (not in force), article 27(1)(b), add: vegetables.
- 13 Canada - Colombia FTA (2008), article 2201(3)(a).
- 14 Colombia - Peru BIT (2007), article 12.8; Canada - Colombia FTA (2008), article 2201(3)(a); Colombia- Turkey BIT (2014) (not in force), article 6(1)(b)
- 15 Argentina - Chile FTA (2017), article 8.19(c)
- 16 Colombia - India BIT (2009) (not in force), article 13(5)(c); Chile - Hong Kong BIT (2016), article 18(1)(d); Colombia - Singapore BIT (2013) (not in force), article 27(1)(d)
- 17 Argentina - United Arab Emirates BIT (2018), article 18; Brazil - India BIT (2020) (not in force) Article 23(1)(d)
- 18 Chile - Hong Kong BIT (2016), article 18(1)(a); Colombia - Japan BIT (2011), article 15(1)(b), note: "The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat to the fundamental interests of society is presented"; Uruguay - Turkey BIT (2019) (signed not in force), Article 7(1)(c).
- 19 Chile - Hong Kong BIT (2016), article 18(1)(b).
- 20 Uruguay - Turkey BIT (2019) (signed not in force), Article 7(1)(a); Colombia - Turkey BIT (2014) (not in force), article 6(1)(a)
- 21 Uruguay - Turkey BIT (2019) (signed not in force), Article 7(1)(b).
- 22 Colombia - United Arab Emirates BIT (2017) (not in force), article 11(1)(a)
- 23 Colombia - United Arab Emirates BIT (2017) (not in force), article 11(1)(b)
- 24 Mexico - Turkey BIT (2013), Article 6 "General Exceptions": "1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining, or enforcing any non-discriminatory legal measures that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives".

- a. Different prohibitions of application are enunciated; for example, the measures must not be a) a means of arbitrary or unjustified discrimination²⁵ between the Parties²⁶ when the same conditions prevail²⁷;
- b. constitute a restriction on international trade²⁸, that affects investment²⁹;
- c. constitute a restriction on investment³⁰;

In this sense, to determine the extent of the regulatory powers of the States that have this type of clause, it is necessary to analyze the regulatory objectives recognized by the State, the nexus between these, and the prohibitions of application.

However, the usefulness of this clause is called into question. The Tribunal in *Eco Oro v. Colombia* ruled on the application of this exception. The Tribunal analyzed this provision according to the objective and purpose of the FTA, to conclude that “Article 2201(3) such that whilst a State may adopt or enforce a measure pursuant to the stated objectives in Article 2201(3) without finding itself in breach of the FTA, this does not prevent an investor claiming under Chapter Eight that such a measure entitles it to the payment of compensation”³¹. All the above considering that: a) there is no express intention to exclude these measures from compensation, as it is in other provisions of the FTA (Article 811(2)(b)); b) if these measures did not generate State liability some provisions of Chapter Eight would become redundant³²; c) being a “general exception” to Chapter Eight, there must be circumstances in which an investor must resort to arbitration and claim compensation for the losses suffered—supporting its interpretation in the *Bear Creek* case and the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts articles 27 and 36.

The interpretation given in *Eco Oro* ignores the useful effect of this clause. In *Infinito Gold v. Costa Rica*, the Tribunal recognized that the exception provided in Annex 1, Section III of the Costa Rica-Canada BIT does not exempt the Respondent from liability for breaches of substantive BIT obligations by providing that “Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure that is consistent with this Agreement”. Conversely, where an exception does not limit a State’s regulatory powers to “comply with measures consistent with this Agreement”, it may exempt the State from its breach of substantive BIT obligations.

“780. (...) Because Section III (1) does contain the expression “which is consistent”, it cannot be interpreted as an exception or exemption from the protections of the BIT with respect to environmental measures.”

781. The Tribunal concludes that Annex I, Section III (1) of the Costa Rica-Canada BIT does not exempt the Respondent from liability for breaches of the substantive protections conferred by the BIT. Accordingly, it cannot exempt the Respondent from its breaches of the FET

obligation³³.” (authors’ translation, Bold out of text)

Based on these preceding, it is possible to conclude that the usefulness of this clause will depend firstly on its wording, in the description of its regulatory objectives, the nexus of the objectives with the measures, and the prohibitions of application will determine the regulatory flexibility with which the State may adopt regulatory measures. Secondly, the degree of flexibility will depend on how investment tribunals interpret the clause. There are cases, such as *Eco Oro v. Colombia*,

- 25 Uruguay - Turkey BIT (2019) (signed not in force), article 7; Brazil - India BIT (2020) (not in force), article 23; Mexico - Turkey BIT (2013), Article 6(1)
- 26 Colombia - Peru BIT (2007), article 12.8; Colombia - India BIT (2009) (not in force), article 13(5); Canada - Colombia FTA (2008), article 2201(3); Argentina - Chile FTA (2017), article 8.19; Chile - Hong Kong BIT (2016): Article 18(1); Colombia - Japan BIT (2011), Article 15(1); Australia - Peru FTA (2018), Article 8.18(1); Colombia - Turkey BIT (2014) (not in force), article 6(1); Colombia - United Arab Emirates BIT (2017) (not in force), article 11(1).
- 27 Peru - Thailand Framework Agreement (2003), article 8 and Peru - Thailand Framework Agreement (2005), article 8; Colombia - Singapore BIT (2013) (not in force), article 27(1)
- 28 Peru - Thailand Framework Agreement (2003), article 8 and Peru - Thailand Framework Agreement (2005), article 8; Colombia - Peru BIT (2007), article 12.8; Canada - Colombia FTA (2008), article 2201(3); Australia - Peru FTA (2018), Article 8.18(1)
- 29 Argentina - Chile FTA (2017), article 8.19; Chile - Hong Kong BIT (2016): Article 18(1)
- 30 Colombia - Peru BIT (2007), article 12.8; Colombia - India BIT (2009) (not in force), article 13(5); Canada - Colombia FTA (2008), article 2201(3); Chile - Hong Kong BIT (2016): Article 18(1); Colombia - Japan BIT (2011), article 15(1); Australia - Peru FTA (2018), Article 8.18(1); Colombia - Turkey BIT (2014) (not in force), article 6(1); Colombia - Singapore BIT (2013) (not in force), article 27(1).
- 31 Ibid., para. 830
- 32 Ibid., paras. 829-835
- 33 *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, para. 780, 781.



where the Tribunal found that the State may adopt the regulatory measures provided for in the exception clauses, but this does not exempt the State from its obligation to pay compensation to the investor in case of caused damages. This interpretation supported the fear of States adopting measures to protect the environment. However, there are other Tribunals, such as *Infinito Gold v. Costa Rica*, which seem to affirm that this type of exception excludes the liability of the States as long as the measures comply with some regulatory objective foreseen in these exceptions and are not discriminatory or unjustified.

B. The Minimum Standard of Treatment is not violated when non-discriminatory or arbitrary legislative or regulatory acts are adopted to protect the environment

The Argentina – United Arab Emirates BIT (2018)³⁴ is the only agreement in which the Minimum Standard of Treatment clause expressly excludes a breach when legislative or regulatory acts are adopted to protect the environment. The provision establishes that:

*“Article 5: Minimum Standard of Treatment
(...)*

4. Non-discriminatory and non-arbitrary legislative or regulatory measures adopted by either Party to protect general welfare objectives, such as (...) environmental protection.” (Bold out of text).

This clause reflects the importance that environmental regulation has taken on for States in BITs as a legitimate regulatory objective³⁵. This article increases the level of environmental protection and generates greater regulatory flexibility for States in environmental matters when it recognizes the right of States to adopt legislative or regulatory measures to protect the environment.

However, it is crucial to recognize that this brings new challenges for States. For example, in *Eco Oro v. Colombia*, the Tribunal required the State to prove the existence of a specific and scientifically proven severe or irreversible damage³⁶ and the effect and proportionality of the measures adopted by the State³⁷. The Tribunal also contends that States must have coherent environmental policies and regulations. Even in the scenario where a state acts to protect, for example, the preservation of the environment, for there to be a legitimate objective, it must work

coherently with all State entities to achieve this objective, otherwise this measure will become arbitrary and even contrary to good faith³⁸.

C. Environmental Protection and Indirect Expropriation

Following the aforementioned, with regard to the State's right to regulate, it was found that, in the earlier 2000, States began to provide exceptions to compensable expropriations. They considered the host-State's right to regulate in specific fields, where the law has traditionally understood the amplitude powers that the State has³⁹, given particularly high

importance to public interest components, such as public health, safety, and the environment⁴⁰. This is the case of Latin American treaties that established clauses such as:

“(...) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.”⁴¹ (Bold out of text)

³⁴ To date, it has not been ratified.

³⁵ In interpreting the Minimum Standard of Treatment standard, some Tribunals, such as *S.D. Myers v. Canada* held that to violate this standard, it is necessary that there be an unjust or arbitrary act without disregarding “the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders” *S.D. Myers v. Canada*, NAFTA/UNCITRAL, First Partial Award ¶ 263 (Nov. 13, 2000).

³⁶ *Ibid.*, para. 554.

³⁷ *Ibid.*, para. 654.

³⁸ *Ibid.*, para. 810-812, 820. 810-812, 820. “Had the delimitation been undertaken in accordance with Judgment T-361 it could be understood that Colombia was acting pursuant to a legitimate purpose, but this is not the case with respect to a failure to delimit the páramo whilst suspending rights granted under the Concession”.

³⁹ As it was stated i.e., in the *Philip Morris v. Uruguay* case “(...) A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from a bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted a within the police powers of states if it is not discriminatory”. *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), ¶ 293.

⁴⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (Oct. 3, 2006), ¶189; *Marvin Roy Feldman v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (December 16, 2002), ¶103.

⁴¹ *Canada - Peru BIT* (2006), Annex B.13(1); *Canada - Peru FTA* (2008): Anexo 812.1, literal c; *Canada - Colombia FTA* (2008): article 811; *BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Colombia BIT* (2009) (not in force): Article IX.



The authors believe that even though not all treaties have the same wording⁴², there is a similar content regarding the clause's major objective: to safeguard the State's policy space to implement legitimate regulations of general applicability for sustainable development purposes⁴³.

As stated above, environmental protection has brought tensions between foreign investors' rights and the State's rights to regulate⁴⁴. Doctrine shows that investors believe these measures can create additional barriers and lead to potential losses⁴⁵. Despite that, some factors, such as scientific developments and how they have improved the understanding of environmental impacts, and how to prevent them require states to adopt an environmental regulatory framework⁴⁶.

Therefore, whereas we believe in the police powers of States, the application of this type of disposition should be made only if the measure implemented is a non-discriminatory measure⁴⁷ adopted by a State in good faith⁴⁸, designed and applied to protect the environment⁴⁹ and which is not disproportionate⁵⁰. Complying with these requirements would depend on what is established in the applicable treaty provisions⁵¹. Therefore, the difficulty in proving the existence of a non-compensable measure would be a case-by-case situation.

D. Performance Requirements

An additional provision found in Latin American IIAs is related to the imposition of Performance Requirements on the investors and their investments. Mainly, most IIAs contain

42 Clauses with a different type of writing but establishing the same purpose: Peru - United States FTA (2006) Annex 10-B Expropriation; Chile - Peru FTA (2006) Annex 10-D, literal 3, numeral b; Colombia - United States TPA (2006) Annex 10-b, numeral 3, literal b; Chile - Colombia FTA (2006) Annex 9-C: Expropriation; Colombia, El Salvador, Guatemala, and Honduras FTA (2007): Anexo C, numeral 5; Chile - Australia FTA (2008): Annex 10-B Expropriation, number 3, literal b; Japan - Peru BIT (2008) Annex IV referred to Article 13 Expropriation; China - Colombia BIT (2008) Article 4; Uruguay - Korea BIT (2009) Annex Expropriation 3.b; Mexico - Peru FTA (2011) Article 11.12, numeral 2, literal b; Costa Rica - Peru FTA (2011) Annex 12.10; China - Hong Kong BIT (2016) Annex I Expropriation; TPP (2016) (not in force): Anexo 9-B, literal b; Australia - Peru FTA (2018) Annex 8-B, numeral 5; Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) (2018) Annex 9-B, literal b; Uruguay - United Arab Emirates BIT (2018) (Signed not in force) Annex Expropriation 4.b; Argentina - Japan BIT (2018) Article 11; Pacific Alliance - Singapore FTA (2022) (not in detail) Annex 8-C Expropriation.

43 A. Titi (2014) Right to Regulate in International Investment Law. *Studies in International Investment Law*, p. 19, 299, 233.

44 C. Martini (2017) Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration. *The International Lawyer*, vol. 50, no. 3 (2017), pp. 529-584, p. 530.

45 S. Di Benedetto (2013) *International Investment Law and the Environment*. *Elgar International Investment Law Series*, p. 13. C. Martini (2017) Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration. *The International Lawyer*, vol. 50, no. 3 (2017), pp. 529-584, p. 531.

46 C. Martini (2017) Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration. *The International Lawyer*, vol. 50, no. 3 (2017), pp. 529-584, p. 531.

47 Examples of the "non-discriminatory" requirement: Peru - United States FTA (2006) Annex 10-B Expropriation "3. (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente"; Japan - Peru BIT (2008) Annex IV referred to Article 13 Expropriation "(c) Non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives stated in paragraph 1 of Article 19 do not constitute indirect expropriation".

48 Examples of the "good faith" requirement: Colombia - United Kingdom BIT (2010) Article VI Expropriation "(c) non-discriminatory measures that the Contracting Parties take for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of "public purpose") including for reasons of public health, safety, and environmental protection, which are taken in good faith, which are not arbitrary, and which are not disproportionate in light of their purpose, shall not constitute indirect expropriation."; Chile - Hong Kong BIT (2016) Annex I Expropriation "The Parties confirm their shared understanding that (...) b) Except in rare circumstances, such as when a measure or a series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, a non-discriminatory measure by a Party that is designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, does not constitute and indirect expropriation."

49 Examples of the "environmental" requirement: Argentina - Japan BIT (2018) Article 11. Expropriation and Compensation "(b) Non-discriminatory regulatory actions by a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as (...) the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances"; Colombia - Spain BIT (2021) (not in force) Article 11: Expropriation "5. Para mayor certeza, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una Medida o un conjunto de Medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las Medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte Contratante que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad, la competencia y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta".

50 Colombia - Republic of Korea BIT (2010) (not in force) Annex 8-B Expropriation "3. (b) Salvo en circunstancias excepcionales, tales como, por ejemplo, cuando una acción o una serie de acciones son extremadamente severas o desproporcionadas a la luz de sus propósitos o efectos, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, seguridad, el medio ambiente, y precios de estabilización de inmuebles (a través de, por ejemplo, medidas para mejorar las condiciones de vivienda de familias de ingresos bajos), no constituyen expropiación indirecta"; Costa Rica - Peru FTA (2011) Annex 12.10. Expropriation "(e) salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son desproporcionadas a la luz de su objetivo de forma tal que no pueda considerarse de manera razonable que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público, tales como salud pública, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta."

51 As stated in some successful cases on the matter: *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (March 17, 2006) ¶262; *Chemtura Corporation v. Canada*, UNCITRAL, Award (Aug. 2, 2010) ¶266; *Marvin Roy Feldman v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (December 16, 2002), ¶103-120.





ning a Performance Requirement provision were found to prohibit its establishment. However, in some of them, an exception was included⁵²:

*"2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or **environmental requirements** shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1(f)*

(...)

6. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment (...)⁵³" (Bold out of text)

This exception allows the State to impose these kinds of measures if they are not applied arbitrarily or unjustifiably and do not constitute a disguised restriction to trade and investment.

Even though there is not a consistent definition of performance requirements, it would be correct to consider them as stipulations or regulatory conditions imposed by host-States requiring investors to achieve certain economic and social goals regarding the establishment or operation of their investments⁵⁴. Then, the performance requirements clause may be a potential policy tool to help improve the environmental conditions in the communities where the investment is located⁵⁵.

Nevertheless, as IIA are not by themselves legal instruments promoting environmental concerns, the interests of investors do not always coincide with States' environmental goals. Let's imagine that a Latin American country with an extractive background tries to enhance a Performance Requirement for the implementation of a new technology (more expensive than the older one) for the extraction of gold in its territory. What would happen with the investor in the territory that already has an investment? Would not the risk of future disputes arise?

Whereas Performance Requirements are less risky in the pre-establishment fashion, it is possible to believe that this type of measure would probably increase investment costs and thus discourage investment in the host-state.

Therefore, the difficulties of implementing this type of clause, particularly the misinformation regarding the utility of the policy tool, can cause the recent fault of its application. Nevertheless, if the clause is applied in a correct manner, it would benefit countries where the intention of changing technologies such as "fracking" has a legitimate purpose in environmental protection.

E. States should not or will endeavor not to lower environmental protection standards or "anti-race-to-the-bottom" clauses⁵⁶

Since the 1990s, under Latin-American FTA and BITs, clauses can be found that recognize that it is inappropriate to relax or diminish environmental measures. In that sense, States must or will endeavor not to derogate from or reduce environmental protection to acquire, expand, retain, or preserve an investor's investment in their territory. For example, Article 14 of the 1996 Chile - Canada FTA states:

*"The Parties recognize that it is **inappropriate** to encourage investment by relaxing domestic health or safety or environmental measures. Accordingly, no Party **should** waive or otherwise derogate from, or offer to waive or derogate from, such measures as a means of inducing the establishment, acquisition, expansion or retention of an investor's investment in its territory. Suppose a Party considers that the other Party has encouraged an investment in such a manner. In that case, it may **request consultations with that other Party** and both Parties shall consult with a view to avoiding such inducements" (own translation) (Bold out of text).*

52 El Salvador - Peru BIT (1996), article 5; Chile - Canada FTA (1996), article G-06; Central America - Panama FTA (2002), article 10.07; Chile - Korea (2003), article 10.7; Uruguay - USA BIT (2005), article 8; Peru - United States FTA (2006), article 10.9; Chile - Peru FTA (2006), article 11.6, numeral 3; Peru - Singapore FTA (2008), article 10.7; Chile - Colombia FTA (2006), article 9.6; Canada - Peru BIT (2006), article 7; Colombia - United States TPA (2006), article 10.9, numeral 3; Colombia, El Salvador, Guatemala and Honduras FTA (2007), article 6 and article 12.9; Canada - Peru FTA (2008), article 807; Chile - Australia FTA (2008), article 10.7; Canada - Colombia FTA (2008), article 807.

53 Chile - Canada FTA (1996) Article G-06; El Salvador - Peru BIT (1996) Article 5; Chile - Korea (2003), Article 10.7; Costa Rica - Singapore FTA (2010) Article 11.8; TPP (2016) (not in force) Article 9.10; Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) (2018), Article 9.10, literal D.

54 Cargill v. Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Final Award (February 29, 2008) ¶541; S.H. Nikiema (2014) Performance Requirements in Investment Treaties: Best Practices Series - December 2014, p. 1.

55 S.H. Nikiema (2014) Performance Requirements in Investment Treaties: Best Practices Series - December 2014, p. 3.

56 Garin, M.M, Ed. Willcocks, A. (2022). "Environmental Issues in ISDS". Par. 20.



Even though this article recognized the importance of the environment for the parties in the agreement, it led to a level of unprotection. This article establishes a legal duty⁵⁷, however, no mechanism of protection is established by means of which the other contracting State, as a creditor of a right of credit, may “demand from the debtor the performance of a specific performance owed by the latter, and which, in the event of non-performance, enables the creditor to obtain satisfaction on the debtor’s patrimony”⁵⁸. The above, since there is no coercive mechanism in the head of the other State to claim the fulfillment of this duty. Thus, this clause allows but does not oblige States to request a consultation in case they consider that the other State has adopted measures that reduce environmental protection to encourage investment.

Consequently, compliance with this provision depends exclusively on the good faith of the other State. Although the existence of this provision is striking, it does not represent real protection for environmental issues.

Despite these problems, this type of clause has become recurrent in the BITs and FTAs

from 2000 to 2022.⁵⁹ Some have adopted different wordings that have given a dissimilar scope, in some cases more protective, to this type of clause. For example, the BIT between BLEU and Peru⁶⁰ established a provision that reduces the degree of responsibility that the State has in relation to the environment by

limiting the State’s actions to “*shall strive to ensure*” that does not waive or derogate from environmental regulation or offer it. Therefore, the State is not in breach of its obligations when environmental legislation is repealed or waived to stimulate investment, but only when, regardless of the result, it has not im-

57 “By virtue of which it is compelled to perform a certain conduct or performance consisting of giving, doing, or refraining from doing something, and in the event of non-performance it will be liable with all its assets” Wolters Kluwer, Concept of Obligations. Retrieved from: https://guiajuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjYwsjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWm-JOcSoAbh3gEDUAAAA=WKE

58 Wolters Kluwer, Concept of Obligations. Retrieved from: https://guiajuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjYwsjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWm-JOcSoAbh3gEDUAAAA=WKE

59 This clause is present in: Chile - Korea FTA (2003), Chile - Japan EPA (2007), Canada - Peru BIT (2006), Mexico - Japan EPA (2004), BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Colombia BIT (2009) (not in force), BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Peru BIT (2005), Colombia - Peru BIT (2007), Canada - Peru FTA (2008), Central America - Panama FTA (2002), Mexico - Central America FTA (2011), Canada - Colombia FTA (2008), Colombia, El Salvador, Guatemala and Honduras FTA (2007), Japan - Peru BIT (2008), Mexico - Trinidad and Tobago BIT (2006); Mexico - Peru FTA (2011); Argentina - Qatar BIT (2016) (not in force), Argentina - Chile FTA (2017); Argentina - United Arab Emirates BIT (2018) (not in force); Colombia - France BIT (2014); Argentina - Japan BIT (2018) (not in force); Brazil - Peru ETEA (2016) (not in force); Korea - Peru FTA (2010); Mexico - Peru FTA (2011); Central America - Mexico FTA (2011); Brazil - Chile BIT (2015) (not in force); Brazil - Chile FTA (2018) ; Pacific Alliance Additional Protocol (2014); Honduras - Peru FTA (2015); Colombia - Japan BIT (2011); Costa Rica - Peru FTA (2011); Guatemala - Peru FTA (2011) (not in force); Panama - Peru FTA (2011); Colombia - Costa Rica FTA (2013); Colombia - Panama FTA (2013) (not in force); Colombia - Israel FTA (2013); Colombia - Turkey BIT (2014) (not in force); Colombia - United Arab Emirates BIT (2017) (not in force); and, Colombia - Spain BIT (2021) (not in force).

60 “The Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic environmental legislation. Accordingly, each Contracting Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such legislation as an encouragement for the establishment, maintenance, or expansion in its territory of an investment. 4. The Contracting Parties recognize that co-operation between them provides enhanced opportunities to improve environmental protection standards. Upon request by either Contracting Party, the other Contracting Party shall accept to hold expert consultations on any matter falling under the purpose of this Article”. BLEU - Peru BIT (2005), article 5.

plemented all the means to ensure that this does not happen⁶¹. Thus, it will be difficult for another State to determine whether there is a breach as the regulatory powers of a State make it challenging to determine that all 'means' were used to avoid non-compliance.

Additionally, treaties such as Argentina - Chile FTA of 2017 provide that "*No Party shall waive or otherwise derogate from, relax or offer to waive, relax or derogate from such measures as a means of encouraging the establishment, acquisition, expansion or retention of an investor's investment in its territory*" (Bold out of text)⁶². However, there are other treaties such as the BIT between Colombia and Japan of 2011 or the BIT between Argentina and Japan of 2018⁶³ that only mention "as an incentive for establishment, acquisition or expansion"⁶⁴. This slight difference broadens the regulatory powers of the State as it recognizes that the State may derogate or waive the application of environmental legislation to encourage an investor to continue in the territory of the contracting party, all subject to the condition that there is no expansion by this investor.

In conclusion, although these types of clauses are based on the recognition of the importance of the environment, they are still insufficient to guarantee its effective protection, since: a) they do not have a mechanism to demand compliance by other States, and those that provide for consultation do not in-

dicate their binding nature for the States; b) in some cases they require the sheer effort of the State, but not a State policy that guarantees compliance, and in some of them there is no duty and obligation on the part of the State, but only the recognition that it is inadequate to promote investment by reducing environmental protection; and, finally c) some treaties are not clear about the scope of the State's regulatory powers, making these clauses ambiguous and even harmful to environmental protection.

F. Exclusion of the Dispute Settlement Mechanism for environmental purposes

During the two decades of the XXI century, some States have limited the scope of the Dispute Settlement Mechanism in matters related to environmental regulation⁶⁵. As an example, the BLEU - Colombia BIT (2009) environmental article provides that: "*The dispute settlement mechanisms under Articles XII and XIII of this Agreement shall not apply to any obligation undertaken in accordance with this Article*"⁶⁶.

Regarding the former scenario, it must be highlighted that the environmental obligation recognized in those IIAs, which is not subject to arbitration, is that host-States, cannot diminish their environmental standards⁶⁷. Furthermore, the provisions related to environment and investment aim to ensure that

host States do not fall into regulatory chilling, meaning that they can adopt, maintain, or enforce their environmental legislation⁶⁸. Then, it is logical to conclude that parties recognized within the IIAs that they hold their regulatory power for that matter and that the treaty should not become an instrument to determine the adoption of those measures they consider necessary.

It is interesting to consider the reasons to set an exclusion in this sense. On one hand, it allows granting a specific scope to those disputes that originated in environmental measures, meaning that the approach towards them will not have a pro-investor interpretation. However, the natural question under

61 According to the RAE an obligation of means "Obligation that imposes on the debtor the duty to maintain a certain conduct or to put at the service of the creditor certain means but without guaranteeing a specific result". Available at: <https://dpej.rae.es/lema/obligaci%C3%B3n-de-medios>

62 Argentina - Chile FTA (2017), Article 8.14.

63 Argentina - Japan BIT (2018) (not in force): Article 22

64 Colombia - Japan BIT (2011), Article 21 Health, Safety, Environment and Labor Measures.

65 Argentina - Qatar BIT (2016) (not in force), art. 24; Argentina - United Arab Emirates BIT (2018) (not in force) Art., 21; Brazil - Peru ETEA (2016) (not in force) Art., 2.21; Costa Rica - Peru FTA (2011) Art., 12.16; Colombia - Republic of Korea BIT (2010) (not in force), Art., 8.16; Colombia - Panama FTA (2013) (not in force), Art., 14.18; Colombia - Israel FTA (2013) Art., 10.12; Colombia - France BIT (2014) Art., 15

66 BLEU - Colombia BIT (2009), Art. VII.5

67 For instances, Colombia - Israel FTA (2013) Art., 10.14; Colombia - France BIT (2014) 10

68 For instances, Colombia - Republic of Korea BIT (2010) (not in force), art. 8





consideration is who will be the appropriate judge or adjudicator to analyze a potential dispute between the host State and the investor originating in the former's right to regulate environmental issues; the most likely answer will be the national judge who is in charge of state-related disputes⁶⁹. Regardless of the appropriate judge to solve such a dispute, under that case, the adjudicator has to consider the IIA to analyze the level of environmental protection set by the State under its right to regulate this matter.

On the other hand, such a provision requires that investors are aware of the environmental position set by host States to identify whether the measure falls under the scope of this sort of provision or is a disguised means to avoid the treaty. In the latter situation, it is evident that the regulation is subject to be challenged under the treaty by an investment arbitral tribunal.

Finally, the authors find it relevant that such provision is within some treaties that still need to be in force and are not as common as one might think. Even though several IIAs (particularly the most recent ones) include a provision on environment and investment that express a clear aim that IIL does not cause a regulatory chill on environmental matters, parties still decide to open the pos-

sibility that a dispute originated in environmental concerns is solved through investment arbitration.

4. Conclusion

Regarding what has been studied above, even if IIAs are not legal instruments promoting environmental concerns, recently, they should address critical social aspects such as property protection, health standards, and environmental protections. The values that society claims, and States need to protect and provide.

It is the authors' opinion that, although the increase of environmental clauses shows awareness about the new tendency regarding environmental protections, States seem frightened to regulate as they seem to be misinformed about the content and scope of the application of these types of dispositions. Therefore, they prefer to enter a regulatory chilling.

Even though the authors recognize the tension the implementation of these measures would create between foreign investors' rights and States' right to regulate, host States need to develop the necessary and appropriate legal tools to surpass the crisis. Indeed, it is essential to count on a network

of clauses within each IIA that grants host states certainty on how they can regulate and address a crisis such as a climate emergency.

Furthermore, this field of study and its object in the future should count on flexible mechanisms for host-States to adapt to the circumstances without incurring international responsibility. To that purpose, immediate action requires not only planning new models with more explicit standards but also renegotiating obsolete agreements and using accordingly the tools given in the present useful ones, considering the will of the parties and the urgency to address the crisis.

The authors have identified some valuable and practical tools to deal with the climate crisis, from clauses passing to the Minimum Standards of Treatment, the "*anti-race-to-the-bottom*" clauses, the adoption of measures for the protection of animal and plant health if they are not discriminatory, arbitrary, or unjustified, to the exclusion of expropriatory measures and the Dispute Settlement Mechanism, to the implementation to performance requirements.

⁶⁹ Considering the states which are subject of the present text, authors conclude that it could be the administrative law judge.

Bibliography

• Books and Articles

Aikaterini Titi, *Right to Regulate in International Investment Law*. (Studies in International Investment Law, 2014).

Bradly J. Condon, "Climate Change and International Investment Agreements," *Chinese Journal of International Law* (2015), 305–339.

Camille Martini, "Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration," *The International Lawyer* (2017), 529-584.

Magali Garin Respaut & Andrew Willcocks, "Environmental Issues in ISDS," *Jusmundi*, September 9, 2022, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-environmental-issues-in-isds>

Kate Miles, "International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World" *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference* (2008), 1-38. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1154588>

Lina Lorenzoni Escobar "Protección del Medioambiente y derecho internacional de las inversiones," in *El derecho internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios*, ed. José Manuel Álvarez-Zarate & Maciej Zenkiewicz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021)

Saviero Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment* (Northampton, Massachusetts: Elgar International Investment Law Series, 2013).

Suzy H. Nikiéma, "Performance Requirements in Investment Treaties: Best Practices Series" *International Institute for Sustainable Development* (2014): <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf>

Levent Sabanogullari, "The Merits and Limitations of Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice," *Investment Treaty News*, May 21, 2015. Available at: <https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>

Wolters Kluwer, "Concept of Obligations". Available at: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAEAMtMSbF-1jTAAAUjYwsjtbLUouLM_DxblwMDCwN-zAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAbh-3gEDUAAAA=WKE

• Cases

Cargill v. Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Final Award (February 29, 2008)
Chemtura Corporation v. Canada, UNCITRAL, Award (Aug. 2, 2010)

Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/14/5, Award.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (Oct. 3, 2006)

Marvin Roy Feldman v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (December 16, 2002)

Philip Morris v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016).

Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (March 17, 2006)

S.D. Myers v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, First Partial Award ¶ 263 (Nov. 13, 2000).

• Treaties

El Salvador – Peru BIT (1996)

Chile – Canada FTA (1996)

Central America – Panama FTA (2002)

Chile – Korea (2003)

Peru - Thailand Framework Agreement (2003)

Mexico - Japan EPA (2004)

BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Peru BIT (2005)

Uruguay – USA BIT (2005)

Peru - Thailand Framework Agreement (2005)

Mexico - Trinidad and Tobago BIT (2006)

Canada - Peru BIT (2006)

Peru - United States FTA (2006)

Colombia – United States TPA (2006)

Chile - Colombia FTA (2006)

Colombia - Peru BIT (2007)

Chile - Japan EPA (2007)

Colombia, El Salvador, Guatemala and Honduras FTA (2007)

Peru – Singapore FTA (2008)

Chile – Australia FTA (2008)

Canada - Peru FTA (2008)

Canada - Colombia FTA (2008)

Japan - Peru BIT (2008)

China - Colombia BIT (2008)

Colombia - India BIT (2009)

Uruguay – Korea BIT (2009)

BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Colombia BIT (2009)

Colombia – United Kingdom BIT (2010)

Korea - Peru FTA (2010)

Colombia – Republic of Korea BIT (2010)

Costa Rica – Singapore FTA (2010)

Centro América – México FTA (2011)

Colombia - Japan BIT (2011)

Costa Rica – Peru FTA (2011)

Mexico - Peru FTA (2011)

Guatemala - Peru FTA (2011)

Panama - Peru FTA (2011)

Mexico - Turkey BIT (2013)

Colombia - Panama FTA (2013)

Colombia - Israel FTA (2013)

Colombia - Singapore BIT (2013)

Colombia - Costa Rica FTA (2013)

Colombia - Turkey BIT (2014)

Colombia - France BIT (2014)

Pacific Alliance Additional Protocol (2014)

Brazil - Chile BIT (2015)

Honduras - Peru FTA (2015)

TPP (2016)

Brazil - Peru ETEA (2016)

Argentina - Qatar BIT (2016)

Chile - Hong Kong BIT (2016)

Colombia - United Arab Emirates BIT (2017)

Argentina - Chile FTA (2017)

Australia - Peru FTA (2018)

Argentina – Japan BIT (2018)

Argentina - United Arab Emirates BIT (2018)

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) (2018)

Uruguay – United Arab Emirates BIT (2018)

Brazil - Chile FTA (2018)

Uruguay - Turkey BIT (2019)

Brazil - India BIT (2020)

Colombia - Spain BIT (2021)

Pacific Alliance - Singapore FTA (2022)



En materia penal la interpretación prejudicial solo es obligatoria si la norma nacional remite expresamente a normas comunitarias

Carlos Rojas



I. Resumen

En el transcurso de los años 2020 a 2022 la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina han emitido una serie de Dictámenes y Autos a través de los cuales concluyen que la República de Colombia, en la expedición de sentencias penales de segunda instancia, no incumplió el deber comunitario de solicitar una consulta obligatoria al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El presente documento describe sucintamente los casos penales que dieron origen a las Acciones de Incumplimiento en fase judicial, el desarrollo jurisprudencial de la obligación de solicitar interpretación prejudicial en procesos penales y, finalmente, ofrece algunas observaciones al respecto.

Carlos Alberto Rojas



Actualmente es Asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la universidad Externado de Colombia; también es especialista en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la universidad Externado de Colombia y actualmente candidato a Magister en Derecho Económico con énfasis en Derecho Económico Internacional, Comercio, Transacciones e Inversión de la misma universidad. Se ha desempeñado como Jefe de la División Legal de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Gerente de ACTORES Sociedad de Gestión Colectiva.

II. Introducción

Entre las diferentes competencias atribuidas por los Países Miembros¹ al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA), se encuentra la facultad de interpretar el alcance de las normas comunitarias que, en el marco de un proceso de ámbito nacional, sean controvertidas o deban aplicarse con el propósito de resolver el litigio².

De esta manera a los jueces nacionales, las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales e incluso, a los tribunales de arbitramento, quienes en la resolución de un proceso apliquen o deban aplicar normas propias del régimen comunitario, les corresponde consultar de manera obligatoria al TJCA, la interpretación prejudicial de la norma comunitaria.

Es conveniente advertir que el incumplimiento de la obligación de consulta obligatoria, solo se predica de la ausencia de consulta, en aquellos procesos de única o última instancia³, librando de este deber a los jueces que fallan recursos extraordinarios de casación.⁴

En tanto se omita el deber de consulta obligatoria, el País que profirió la sentencia se verá expuesto a la activación del mecanismo de solución de diferencias, a través del cual otro País Miembro, un ciudadano con un interés subjetivo o, incluso la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante SGCA), una vez agotada la fase prejudicial de incumplimiento⁵, podrán demandar ante el TJCA el incumplimiento de la obligación descrita⁶.

Tradicionalmente, en la segunda instancia de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, los jueces nacionales recurren a la consulta obligatoria ante el TJCA, siempre que al efecto de resolver la litis se deba aplicar la norma comunitaria (i.e. nulidad por conceder o negar una marca, procesos de infracción

en derecho de autor o marcas). Dicho proceder es usual en la especialidad civil, al momento de definir temas contractuales o extracontractuales.

No obstante lo anterior, en los términos de los Autos proferidos con motivo de los Procesos 01-AI-2021 y 01-AI-2022, tratándose de la jurisdicción penal, el TJCA ha señalado que su competencia para emitir una interpretación prejudicial se limita a la ocurrencia de una serie de circunstancias específicas.

A continuación, se presenta un análisis de los referidos procesos y del alcance de las decisiones tomadas por el TJCA.

III. El proceso 01-AI-2021

El 22 de agosto de 2014, el Juez 43 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, emitió sentencia de primera instancia, condenando al imputado a una pena de 5 años de prisión por los delitos de violación a los derechos morales de autor (artículo 270 del Código Penal) y violación a los derechos patrimoniales de autor (artículo 271 del Código Penal). Posteriormente, el 4 de diciembre del mismo año, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia.

Pese a que el Tribunal nacional analizó si se trataba de un plagio, de una obra derivada elaborada sin el consentimiento del autor de la obra original, de una obra por encargo y, del uso de las ideas contenidas en un programa de computador, aquel se negó a solicitar la interpretación prejudicial de algunos de los artículos de la Decisión 351.

Dada esta situación, luego de agotar la fase prejudicial comunitaria, en donde la SGCA mediante Dictamen 001-2021 señaló el cumplimiento de la República de Colombia⁷, el actor demandó a Colombia ante el TJCA por el incumplimiento de los artículos 33 del Tra-

tado de Creación del TJCA y 123 del Estatuto del TJCA, argumentando la omisión de elevar la consulta obligatoria.

Al respecto, mediante Auto del 20 de mayo del año 2022, el TJCA manifestó lo siguiente:

i. Acorde con el artículo 128 del Estatuto del TJCA, los Países Miembros y la particulares tendrán derecho a acudir ante el TJCA en ejercicio de la Acción de Incumplimiento, cuando el juez, *estando obligado a realizar la consulta*, se abstenga de hacerlo. (Proceso 01-AI-2021, numeral 3.1.32.b)

ii. De la revisión de la estructura y contenido de la Decisión 351, evidenció el TJCA que dicha norma comunitaria se orienta a establecer lineamientos en el ámbito administrativo y judicial de reconocimiento, protección y sobre todo de garantía de la observancia del derecho de autor y los derechos conexos. Sin embargo, *el aspecto judicial no comprende la materia penal*. Todos aquellos aspectos relacionados con dicha ma-

¹ En la actualidad, la Comunidad Andina está conformada por el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Colombia, la República de Ecuador y la República del Perú.

² Artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA.

³ Artículo 123 del Estatuto del TJCA.

⁴ Proceso 138-IP-2014: Interpretación prejudicial de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 123 de su Estatuto y 45 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina solicitada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

⁵ Acorde con el sistema comunitario, con el propósito de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de una Acción de incumplimiento, es indispensable agotar la "fase prejudicial de la Acción de incumplimiento". A dichos efectos la parte interesada eleva un reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. Una vez transcurran 60 días o se cuente con dictamen de dicho órgano comunitario.

⁶ Artículo 128 del Estatuto del TJCA.

⁷ En aquella oportunidad la SGCA señaló: "[122] Por lo expuesto, esta Secretaría General concluye que no se verifica que la causa fuera una en la que debía aplicarse el derecho comunitario andino, considerando que no se tiene alcance al derecho penal de los Países Miembros y, tampoco se verifica la obligación del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial en el reclamo presentado [...]".

teria están regulados por la legislación nacional correspondiente, es decir, por los Códigos Penales y otras normas pertinentes. (Proceso 01-AI-2021, numeral 3.2.13)

iii. **Concluyó que el sistema sancionador penal en materia de derecho de autor y derechos conexos es exclusivo de las legislaciones nacionales.** (Proceso 01-AI-2021, numeral 3.2.17)

No obstante, en el mismo Auto señaló que, tratándose de procesos judiciales de naturaleza penal, el juez nacional tiene el deber de solicitar al TJCA una interpretación prejudicial siempre y cuando se cumplan dos condiciones acumulativas, a saber:

- i. Que la norma penal del País Miembro sea considerada como un tipo en blanco y,
- ii. Que el tipo penal remita a normas comunitarias o, a normas nacionales adoptadas en aplicación del principio de complemento indispensable (Proceso 01-AI-2021, numeral 3.2.18). El TJCA ha entendido este principio como *“una norma de clausura, según la cual se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.”*⁸

Finalmente, el TJCA parecería considerar que, en tanto el juez nacional penal requiera acudir a la norma comunitaria o, a la norma nacional adoptada en ejercicio de la figura del complemento indispensable *“con el propósito de determinar con precisión, clarificar o solventar una duda sobre el objeto, contenido o alcance de un concepto técnico o de una institución jurídica propia de la norma comunitaria...”* eventualmente podría requerir la Interpretación Prejudicial del TJCA. (Proceso 01-AI-2021, numeral 3.2.18. iii)).

De esta manera, en el Proceso 01-AI-2021, el TJCA consideró que las conductas por las cuales fue condenado penalmente el imputado se encuentran reguladas por un tipo penal cerrado (artículos 270 y 271 del Código Penal Colombiano), y que la norma penal no remite a una comunitaria con el propósito de establecer la conducta considerada como delito o la sanción que correspondía aplicar. Por estos motivos se declaró incompetente para conocer la Acción de Incumplimiento sometida a su consideración.

IV. El Proceso 01-AI-2022

En el año 2006, la República de Colombia abrió un concurso de méritos con el propósito de elegir los ciudadanos que ocuparían las 869 plazas de notarios existentes para entonces en el país. A dicho concurso se presentaron 14.285 aspirantes. Desafortunadamente, más de 50 personas, entre notarios y aspirantes a notarios, plagieron obras literarias con el propósito de alcanzar un mejor puntaje. Esta situación fue ampliamente difundida por diferentes medios de comunicación en Colombia⁹.

Desde ese momento, el entonces Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), organismo estatal encargado de realizar la Inteligencia y Contrainteligencia en Colombia, entidad remplazada por la Fiscalía General de la Nación, adelantó las investigaciones del caso con el propósito de esclarecer si cerca de 53 personas plagieron obras con el objetivo de obtener 5 puntos adicionales en el concurso de méritos ya descrito. Las condenas penales a los implicados han sido permanente noticia de carácter nacional¹⁰.

Tal como se estableció a través de diferentes procesos de tipo penal, un individuo ofrecía sus servicios para proveer a notarios o aspirantes a notarios obras literarias relacionadas con dicha función. Posteriormente el intermediario, tramitaba el registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor de aquellas obras supuestamente creadas por algunas de las personas que participaron en el citado concurso.

Para el caso en particular, el 13 de diciembre del año 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, luego de analizar, entre otros, el concepto de plagio, el carácter original de la obra y el concepto de compilación, confirmó la sentencia del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bogotá correspondiente a 84 meses de prisión y multa de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por los delitos de fraude procesal, falsedad en documento privado y obtención de documento público falso. Al mismo tiempo, descartó la petición de elevar consulta al TJCA con el propósito de solicitar la interpretación prejudicial de algunos de los artículos de la Decisión 351. Curiosamente, durante la primera instancia del proceso penal, el demandado llegó a un arreglo de tipo económico con el autor, motivo por el cual precluyó la investigación en relación con el delito de violación a los derechos morales de autor.

Dada esta situación, y luego que la SGCA no admitiera el reclamo presentado el 16 de febrero del año 2022, el condenado penalmen-

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial del 7 de diciembre de 2021, Proceso 259-IP-2021, numeral 2.2.

⁹ Noticia publicada el 26 de mayo de 2008, por Canal 1. Noticiero de televisión de cubrimiento nacional. Disponible en: <https://noticias.canal1.com.co/que-tal-esto/plagio-ante-notarios/>

¹⁰ Noticia publicada el 5 de junio de 2021: El escándalo de plagio en el concurso de notarios, así como las condenas penales a los implicados, han sido una noticia de carácter nacional. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11924421>

Noticia publicada el 5 de junio de 2021 En épocas más reciente, la emisora de radio Caracol cubrió, la ratificación de la condena al señor Andrés Alfonso Sánchez Flórez por parte de la Corte Suprema de Justicia. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2021/06/05/judicial/1622876148_571831.html





te demandó a la República de Colombia ante el TJCA por el incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA y 123 del Estatuto del TJCA, específicamente como consecuencia de la omisión de elevar la consulta obligatoria.

Al respecto, mediante Auto del 5 de septiembre del año 2022, el TJCA se manifestó en el siguiente sentido:

i. El objeto de la Decisión 351 está restringido al *"reconocimiento, protección y debida observancia de los derechos de autor en el ámbito administrativo y judicial, pero este último no comprende el ámbito penal. Todos aquellos aspectos relacionados con dicha materia están regulados por la legislación nacional correspondiente"*. (Párrafo 3.2.23)

ii. El Código Penal colombiano no establece ninguna remisión o reenvío expreso a la norma andina sobre derecho de autor y derechos conexos para tipificar conductas ni sancionar delitos, ni a la norma nacional sobre la materia adoptada en aplicación del principio de complemento indispensable. (Párrafo 3.2.24)

iii. En tanto no está presente el parámetro de control, es decir, *"compromisos y obligaciones jurídicas generales y específicas previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino vinculadas con materia penal"*, el Tribunal no tiene competencia para resolver el fondo de

la Acción de Incumplimiento. (Párrafo 3.2.27).

En atención a las razones expuestas, mediante Auto del 5 de septiembre de 2022, el TJCA declaró carecer de competencia para conocer la Acción de Incumplimiento interpuesta.

V. Respetto del contenido de los autos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

i. La legislación penal de los Países Miembros no hace parte del ordenamiento jurídico andino ni ha sido diferida su regulación a alguno de los órganos que componen el Sistema Andino de Integración¹¹

Tal como se ha descrito en los párrafos precedentes, el TJCA considera que, bajo cier-

tas circunstancias, el juez penal de segunda instancia debe acudir a la figura de la interpretación prejudicial.

No obstante lo anterior, una vez verificado el ámbito de competencia del TJCA, dicha conclusión genera bastantes dudas. Lo anterior bajo el entendido de que la legislación penal no hace parte del ordenamiento jurídico andino, ni ha sido diferida su regulación a los órganos que componen el Sistema Andino de Integración.

Así la cosas, los procedimientos judiciales dispuestos por el ordenamiento interno para la determinación de la ocurrencia de conductas reprochables penalmente y para la imputación de responsabilidad a las personas acusadas de cometerlas no se encuentran sometidas a la normativa emanada de los órganos comunitarios, ni representan elementos o conductas que deban valorarse respecto del cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Integración Subregional.

La existencia de materias que no fueron incluidas en el proceso de integración, como

¹¹ El Sistema Andino de Integración está compuesto por la i) Organizaciones de Dirección (el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina); ii) Órganos e instituciones comunitarias (Tribunal de Justicia, Parlamento Andino, Secretaría General, Banco de Desarrollo de América Latina- CAF, Fondo Latinoamericano de Reservas, Organismo Andino de Salud, Universidad Andina Simón Bolívar, Convenio Simón Rodríguez); iii) Instancias de participación y consultivas de la Sociedad Civil (Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales, Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la CAN, Mesa Andina de Consumidores). Dicho Sistema tiene como finalidad "permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para así fortalecer la integración andina, promover su proyección externa y consolidar la CAN". Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/sistema-andino-de-integracion-sai/>



parte de las funciones otorgadas a los órganos del Sistema Andino de Integración para su regulación o armonización en los Países Miembros de la CAN, implica que el carácter de cosa juzgada en materia penal se encuentre excluido del ámbito comunitario, ya que ni los objetivos del proceso de integración, ni los mecanismos acordados para lograrlos posibilitan la inclusión de este tipo de aspectos. De esta manera, a la luz del ordenamiento jurídico andino y de los compromisos derivados del Acuerdo de Integración Subregional, la normativa penal y la determinación y ejecución de los procesos judiciales en ese ámbito representan un elemento ajeno al conocimiento y a la jurisdicción del TJCA.

De esta manera, en un proceso penal no tiene cabida la interpretación prejudicial de una norma andina. Estos procedimientos tienen como fuente privativa y exclusiva las normas que determine el órgano legislativo o las disposiciones con fuerza material de ley, motivo por el cual dichos procedimientos no se entienden parte del ámbito de los presupuestos determinados para las consultas de interpretación prejudicial que señalan los artículos 122 y 123 de la Decisión 500. Es decir, el juicio de tipicidad que el operador jurisdiccional penal efectúa en desarrollo del proceso se predica de la norma penal interna, y nunca de una norma andina. Esta última no describe la forma en que debe atribuirse la responsabilidad, como tampoco las alternativas en que puede participarse en la realización

del injusto, las causales de exoneración de la responsabilidad y, mucho menos, la sanción correspondiente o las circunstancias de agravación o atenuación.

La norma andina no tiene la potencialidad de ser aplicada en un proceso penal en la medida que: i) la única fuente aplicable es el ordenamiento jurídico interno y ii) no fue acordada la regulación ni armonización de la materia penal ni el proceso penal por parte de los órganos comunitarios.

En consecuencia, en opinión del suscrito, contrario a lo manifestado por el TJCA, dicho Tribunal en cualquier circunstancia carece de competencia para conocer de la demanda de acción de incumplimiento relacionada con procesos de tipo penal.

ii. Los cuestionamientos que surgen a partir del entendimiento del TJCA respecto de la interpretación prejudicial obligatoria en ciertos casos penales.

A partir de lo señalado por el TJCA, en materia penal, parecería que los legisladores o reguladores de los Países Miembros, cuentan con la capacidad de asumir obligaciones de tipo comunitario en tanto i) aprueben tipos penales en blanco y, ii) en el desarrollo o implementación de dicho tipo se remita a normas comunitarias o a normas nacionales adoptadas en aplicación del principio de complemento indispensable. Así, los jueces de única o segunda instancia, siempre que

exista una norma o regulación interna con las características descritas, deberán solicitar la interpretación prejudicial.

Al margen de la crítica ya hecha respecto de este entendimiento, en el sentido de extender el alcance de las obligaciones comunitarias a los sistemas penales, con el propósito de prevenir posibles incumplimientos, se recomendaría a las entidades competentes de expedir o regular tipos y procedimientos penales, abstenerse de hacer remisiones a normas comunitarias o a normas nacionales adoptadas en aplicación del principio de complemento indispensable.

En este sentido, se cuestiona la manifestación del TJCA según la cual los Países Miembros asumen o no el compromiso de consulta obligatoria en temas penales dependiendo de las características de las normas que el poder legislativo o autoridad regulatoria expida.

iii. Los cuestionamientos que surgen a partir del entendimiento del TJCA respecto de la interpretación prejudicial facultativa en ciertos casos penales.

En el Auto del 20 de mayo del 2022, en el marco del Proceso 01-AI- 2021, el TJCA parecería abrir la puerta para que el juez penal, incluso cuando no se trate de un tipo en blanco y no se haga remisión a normas comunitarias, “con el propósito de determinar con precisión, clarificar o solventar una duda sobre el objeto,

contenido o alcance de un concepto técnico o de una institución jurídica propia de la norma comunitaria..." solicite, sin tener la obligación de hacerlo, una Interpretación Prejudicial. No obstante, el TJCA guarda silencio respecto de aquella situación en la cual el juez nacional no aplique la interpretación prejudicial emitida en el contexto descrito.

Valdría la pena preguntarse si en dicha situación, conforme lo define el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el País Miembro se vería expuesto a un posible incumplimiento de la norma comunitaria.

Al respecto, podría argumentarse que tratándose de la aplicación de un concepto técnico, desarrollado por la normas comunitarias o en vigencia del principio de complemento indispensable, el alcance de la interpretación prejudicial debería entenderse como un criterio orientador calificado, sin que se pueda predicar ningún tipo de efecto o consecuencia jurídica en tanto el juez penal decida no tener en cuenta su contenido.

No obstante lo anterior, en tanto el TJCA guardó silencio al respecto, existe la posibilidad de que la consulta elevada por el juez penal genere automáticamente la obligación, para el País Miembro, de aplicar en su sentencia el contenido de la interpretación prejudicial solicitada. En consecuencia, el País Miembro se expone a una acción de incumplimiento en su contra, en el evento en que el juez nacional aplique una interpretación diferente a la ofrecida por el TJCA.

Siendo así las cosas, los jueces penales que consideren apoyarse en un concepto técnico desarrollado por normas comunitarias, deberían evaluar el riesgo de incumplimiento que conlleva la no aplicación de una interpretación prejudicial en las condiciones descritas.

VI. Conclusiones

i. El TJCA ha manifestado que:

a. Tratándose de tipos penales en blanco en donde se remita a normas comunitarias o, a normas nacionales adoptadas en aplicación del principio de complemento indispensable, el Juez Penal de única o última instancia debe solicitar la interpretación prejudicial.

b. En tanto el juez penal requiera acudir a la norma comunitaria o a la norma nacional adoptada en ejercicio de la figura

del complemento indispensable "*con el propósito de determinar con precisión, clarificar o solventar una duda sobre el objeto, contenido o alcance de un concepto técnico o de una institución jurídica propia de la norma comunitaria...*"¹² estaría facultado para solicitar, o no, una interpretación prejudicial.

ii. No obstante lo descrito por el TJCA, la legislación penal no hace parte del ordenamiento jurídico andino, ni ha sido deferida su regulación a alguno de los órganos que componen el Sistema Andino de Integración, motivo por el cual se considera que bajo ninguna circunstancia los jueces penales deberían solicitar la interpretación prejudicial, aun cuando se haga uso de conceptos desarrollados en normas comunitarias.

iii. Los jueces penales que voluntariamente consideren apoyarse en un concepto técnico desarrollado por normas comunitarias deberían evaluar el riesgo de incumplimiento que conlleva la no aplicación de una interpretación prejudicial.

Bibliografía

- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Tratado de Creación del Acuerdo de Cartagena.
- Proceso 138-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 22 de enero de 2014. Interpretación prejudicial de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 123 de su Estatuto y 45 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina solicitada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
- Proceso 259-IP-2021, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 7 de diciembre de 2021. Interpretación prejudicial de los artículos 2,3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, 154, 158, 162, 238, 250, 252, 253, 254 y 276 de la Decisión Andina 486 123, solicitada por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Fallo de Primera instancia, 22 de agosto de 2014, Juzgado 43 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, proceso identificado con el número 1100160000952006006800.

• Fallo de Segunda Instancia, 4 de diciembre de 2014, Sala Penal, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso identificado con el número 1100160000952006006800.

• Dictamen 001-2021, 23 de marzo de 2021. Reclamo interpuesto por Germán Alberto Restrepo contra la República de Colombia – Sala Penal Tribunal Superior de Bogotá y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como el artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al haber omitido la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria.

• Auto del 22 de mayo de 2022, Proceso 01-AI-2021. Acción de Incumplimiento interpuesta por el señor Germán Alberto Restrepo Fernández contra la República de Colombia, en particular contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del Artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

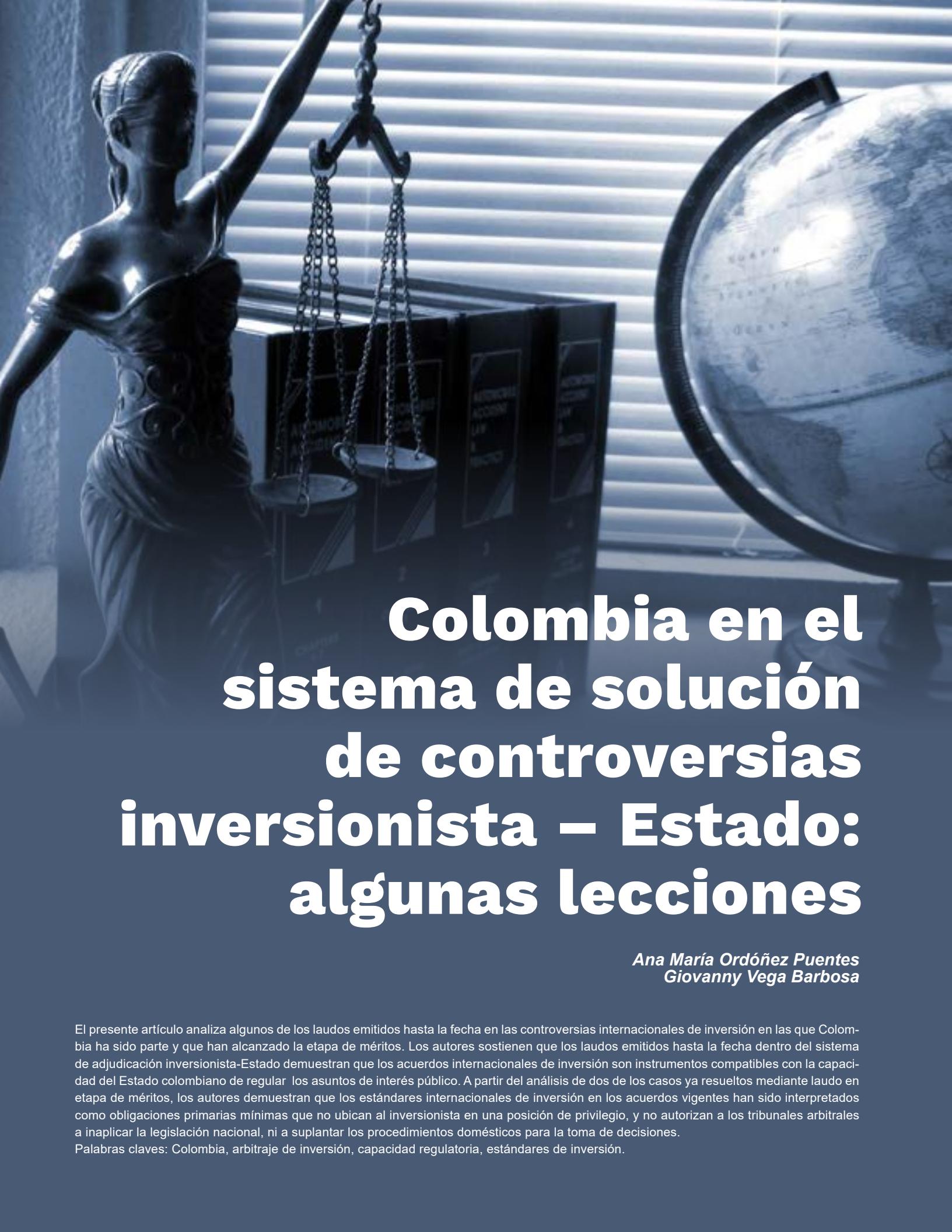
• Fallo de Primera instancia, 3 de agosto de 2017, Juzgado 1 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, proceso identificado con el número 2016-0320157624.

• Fallo de Segunda Instancia, 13 de diciembre de 2017, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso identificado con el número 2016-0320157624.

• Oficio SG/E/SJ/1896/2021 del 10 de diciembre de 2021 por el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina inadmite y archiva el reclamo presentado por el señor Andrés Alfonso Sánchez, en el marco del expediente FP/09/2021.

• Auto del 5 de septiembre del año 2022, emitido en el marco del Proceso 1-AI-2022 Acción de Incumplimiento interpuesta por el Señor Andrés Alfonso Sánchez contra la República de Colombia, por el presunto incumplimiento de los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 123, 127, 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y; 24 de la Decisión 623.

¹² Proceso 01-AI-2021, Auto del 20 de mayo del año 2022, numeral 3.2.18. iii).



Colombia en el sistema de solución de controversias inversionista – Estado: algunas lecciones

*Ana María Ordóñez Puentes
Giovanny Vega Barbosa*

El presente artículo analiza algunos de los laudos emitidos hasta la fecha en las controversias internacionales de inversión en las que Colombia ha sido parte y que han alcanzado la etapa de méritos. Los autores sostienen que los laudos emitidos hasta la fecha dentro del sistema de adjudicación inversionista-Estado demuestran que los acuerdos internacionales de inversión son instrumentos compatibles con la capacidad del Estado colombiano de regular los asuntos de interés público. A partir del análisis de dos de los casos ya resueltos mediante laudo en etapa de méritos, los autores demuestran que los estándares internacionales de inversión en los acuerdos vigentes han sido interpretados como obligaciones primarias mínimas que no ubican al inversionista en una posición de privilegio, y no autorizan a los tribunales arbitrales a inaplicar la legislación nacional, ni a suplantar los procedimientos domésticos para la toma de decisiones.

Palabras claves: Colombia, arbitraje de inversión, capacidad regulatoria, estándares de inversión.



Ana María Ordóñez Puentes

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho del Mercado de Capitales y Master en Leyes de King's College London.

Prestó sus servicios para las firmas Martínez Beltrán Abogados Consultores Ltda. y Suárez Zapata Partners. En el sector público se ha desempeñado como asesora en la Superintendencia de Sociedades, y Secretaria General de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Actualmente trabaja para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la Oficina de Defensa Jurídica del Estado.



Giovanny Vega Barbosa

Abogado de la Universidad del Rosario con LL.M. en derecho internacional (First class honours) de University College London (Chevening Scholar). En su vida profesional se ha desempeñado en importantes cargos al servicio de la agenda internacional del Estado colombiano, incluyendo como parte de sus delegaciones ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunales arbitrales comerciales y de inversión. Actualmente es Experto de la Dirección de Defensa Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cuenta además con una amplia experiencia investigativa y docente relacionada con las áreas de su práctica profesional. Actualmente trabaja para el ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la Oficina de Defensa Jurídica del Estado.

Introducción

Colombia es parte en 19¹ Acuerdos Internacionales de Inversión vigentes (en adelante, AI). Aunque el contenido de los AI difiere, en general estos tratados obligan a Colombia a no discriminar a los inversionistas extranjeros, a no expropiarlos sin compensación y a otorgarles el estándar de trato mínimo reconocido por el derecho internacional consuetudinario.

De otra parte, en estos AI se ha consignado la oferta del Estado colombiano al arbitraje inversionista-Estado, la cual ha sido aceptada en 19 ocasiones². De estos arbitrajes, a la fecha de presentación de este artículo³ se han emitido 6 laudos, 3 de los cuales han analizado el mérito de los reclamos de los inversionistas. Los resultados de estos laudos le han asegurado a Colombia una tasa de éxito del 99%, si se suman todos los montos solicitados por los inversionistas en los 6 casos terminados por laudo, y se comparan con los montos por los cuales se ha condenado al Estado colombiano en arbitraje de inversión.

En este artículo, los autores sostienen que los laudos emitidos hasta la fecha dentro del sistema de adjudicación inversionista-Estado demuestran que los AI son instrumentos compatibles con la necesidad del Estado de regular los

asuntos de interés público. Aunque esta no es una manifestación pacífica dentro de la doctrina que analiza los AI, a partir del análisis de dos de los casos concretos ya resueltos mediante laudo, los autores demuestran que los estándares internacionales de inversión en los AI vigentes pueden ser interpretados como obligaciones primarias mínimas, que no ubican al inversionista en una posición de privilegio y no autorizan a los tribunales arbitrales a inaplicar la legislación nacional, ni a suplantar los procedimientos domésticos para la toma de decisiones.

Así las cosas, este artículo se divide en 3 partes principales. En la primera parte se describe de forma general el contenido de dos (2) de las controversias ya resueltas mediante laudo en la etapa de méritos (I). En la segunda parte se presentan las evidencias objetivas sobre la forma en la que los laudos emitidos en esas controversias demuestran que los AI son compatibles con la capacidad de regulación del Estado (II). Finalmente, se presentan algunas conclusiones (III).

¹ Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA), Capítulo 5 (Firmado con la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein en 2011, y con la República de Islandia y el Reino de Noruega en 2014); Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, firmado por la República de Chile, la República de Colombia, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú (2014); Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, Capítulo 8 (2011); Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile – “Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993”, Capítulo 9, (2006); Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China (2012); Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, Capítulo 8 (2013); Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, Capítulo 12 (2013); Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2005); Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América, (2012); Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones (2020); Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India (2012); Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, Capítulo 10 (2020); Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión (2015); Tratado de libre comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, Capítulo 17 (1995); Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones (2010); Acuerdo Bilateral Para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia (2014); Convenio entre la República de Colombia la Confederación suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones (2009); Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, Capítulo 12 (Vigente respecto de la República de Guatemala desde 2009, y con las Repúblicas de El Salvador y Honduras desde 2010); Acuerdo Comercial Entre la Unión Europea y sus Estados miembros y las Repúblicas de Colombia y el Perú (2012).

I. Las controversias de inversión contra Colombia: descripción general del contenido de las disputas

1. América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia⁴

La demanda de inversión presentada por América Móvil S.A.B. de C.V. (en adelante, "América Móvil") está relacionada con la cláusula 33 de los contratos de concesión otorgados a esta empresa por el hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia (en adelante "MinTIC") en 1994 (en adelante, "Contratos").

La cláusula 33 de los Contratos consagró la siguiente obligación:

"REVERSIÓN. Al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la Nación – Ministerio de Comunicaciones, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna."

El 13 de enero de 1998 se dictó en Colombia la Ley 1422 del mismo año, la cual modificó parcialmente la Ley 37 de 1993. El artículo 4 de la Ley 422 dispuso lo siguiente:

"En los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial."

Posteriormente, el 30 de julio de 2009, se dictó la Ley 1341. El Artículo 68 (4) de la Ley 1341 previó lo siguiente:

"En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial."



El 6 de diciembre 2012, Jorge Arango Mejía, Ex Presidente de la Corte Constitucional y en ese entonces consejero legal de la Contraloría General de la República, presentó demanda de constitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1422 de 1998 y el artículo 68.4 de la Ley 1341 de 2009, alegando la violación de los artículos 13, 58, 75, 334 y 355 de la Constitución Política. Posteriormente, mediante Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013, publicada en febrero de 2014, la Corte decidió lo siguiente:

"Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas." (Destacado fuera de texto)

El 28 de noviembre de 2013, Comcel le comunicó al MinTIC su decisión de acogerse al régimen de habilitación general de la Ley 1341, y solicitó la renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctri-

co. Con ello, los Contratos de Concesión terminaron anticipadamente, conforme a lo previsto por el artículo 68.2 de la Ley 1341. Al terminarse los Contratos de Concesión, según la Cláusula 44 de esos contratos, comenzó a correr un plazo de seis (6) meses para su liquidación por mutuo acuerdo entre las partes. Comcel y el MinTIC establecieron mesas de trabajo para tratar de llegar a un acuerdo sobre la liquidación de los Contratos de Concesión. Sin embargo, las negociaciones fueron infructuosas, en particular, debido a su desacuerdo sobre el alcance de la obligación de reversión bajo la Cláusula 33.

El 16 de febrero de 2016, el MinTIC inició un arbitraje contra Comcel y el titular de las concesiones de telefonía móvil celular en la Red B (Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP), ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, "CCB"), con base en la cláusula arbitral contenida en los Contratos de Concesión. En ese arbitraje, el MinTIC solicitó al tribunal arbitral CCB que declarara que la Cláusula 33 estaba vigente y era de obligatorio cumplimiento y, en consecuencia, que ordenara la reversión sin compensación de todos los activos afectos a

2 Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/16/41); Telefónica, S.A. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/3); Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/12); Galway Gold Inc. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/13); Aris Mining Corporation (antes GCM Mining Corp. y Gran Colombia Gold Corp.) c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/23); Angel Samuel Seda and others c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/19/6); Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/19/22); Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/19/34); Security Services, LLC d/b/a: Neustar Security Services (formerly Neustar, Inc.) c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/20/7); South32 SA Investments Limited c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/20/9); Glencore International A.G. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/21/30); CB&I UK Limited c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/22/11); Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/16/6); Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) c. República de Colombia (Caso CIADI No. UNCT/18/1); América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5); Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/18/5); Alberto Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis c. República de Colombia (Caso CPA No. 2018-56); AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/20/16); Anglo American plc c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB/21/31).

3 Artículo presentado el 4 de noviembre de 2022.

4 Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5.

la concesión. En subsidio, de no ser posible la reversión física, solicitó el pago del equivalente económico de los activos.

El 18 de agosto de 2016, estando pendiente el laudo en el procedimiento arbitral CCB, América Móvil presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje en contra de Colombia, alegando supuestas violaciones al Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia del 13 de junio de 1994 por parte de Colombia (en adelante, “*TLC Colombia – México*”). América Móvil alegó principalmente que las medidas adoptadas por Colombia eran expropiatorias pues Comcel tenía un derecho adquirido a mantener la propiedad de los activos usados para la prestación del servicio de telefonía celular, debiendo revertir únicamente las frecuencias radioeléctricas. América Móvil alegaba que el presunto derecho a la no reversión de activos fue expropiado mediante la Sentencia C-555 de 2013 de la Corte Constitucional.

Menos de un año después, el 25 de julio de 2017, el tribunal arbitral CCB emitió laudo en que resolvió entre otros:

- a. Que “la cláusula TRIGÉSIMA TERCERA - REVERSIÓN de los Contratos de Concesión [...] se [encontraba] vigente y [era] de obligatorio cumplimiento”; y,
- b. siendo técnicamente imposible la reversión de los activos, Comcel debía pagar al MinTIC COP 3.155.432.000.000, más intereses moratorios a la tasa máxima

prevista en la ley, a partir del vencimiento de un plazo de 15 días hábiles, contado desde la fecha de ejecutoriedad del Laudo Doméstico y hasta el momento efectivo del pago.

Comcel presentó una acción de tutela y la anulación contra el laudo doméstico, los cuales fueron desestimados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, respectivamente. Finalmente, el 29 de agosto de 2017, tras el fracaso de las conversaciones entre Comcel y el MinTIC para acordar un plan de pago, Comcel pagó al Estado el monto indicado en el laudo doméstico.

Como puede verse, el caso presentado por América Móvil tiene su eje en dos interpretaciones efectuadas con carácter final y vinculante al nivel doméstico en relación con la obligación de reversión de activos en los Contratos. En primer lugar, la demanda cuestiona la Sentencia C-555 de 2013, la cual supeditó la constitucionalidad de la nueva normativa a que aplicara a los contratos celebrados con posterioridad a su vigencia. En segundo lugar, la demanda de inversión ataca el procedimiento arbitral en curso al nivel doméstico, dentro del cual se rechazaron los argumentos de Comcel. Sin perjuicio de lo anterior, como se verá en la sección (II), la mayoría del tribunal rechazó de fondo todos los argumentos de la demandante. Las razones invocadas por la mayoría del tribunal nos permiten señalar que los AI no son incompatibles con la capacidad y poder regulatorio de los Estados.

2. Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (antes Gas Natural SDG, S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) (en adelante y en conjunto “Naturgy” o “Electricaribe” según proceda) c. República de Colombia⁵

El 21 de marzo de 2021, Naturgy presentó una solicitud de arbitraje invocando el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 31 de marzo de 2005 (APPRI). Naturgy alegó que el Estado incumplió sus obligaciones bajo el APPRI, en particular, los artículos 2.3 (trato justo y equitativo, protección y seguridad plena, trato discriminatorio y arbitrario), 3 (trato nacional y nación más favorecida), y 4 (expropiación).

Naturgy alegó que Colombia tenía una obligación de mantener un ambiente regulatorio adecuado para Electricaribe. Según Naturgy, Colombia violó esta obligación. Adicionalmente, Naturgy reclamó que el marco regulatorio bajo el que tuvo que operar fue el causante principal de la situación financiera en la que se encontraba Electricaribe en noviembre de 2016, al momento de la intervención por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante “SSPD”).

Específicamente, Naturgy alegó que:

- a. En un mercado regulado como el mercado eléctrico en Colombia, el Estado tiene la obligación de asegurar que sea posible que una empresa que presta servicios públicos de electricidad reciba un retorno y no opere a pérdida. Según Naturgy, la ley colombiana impone estas obligaciones al regulador. En el proceso arbitral, Naturgy insistió en que la ley colombiana establecía una obligación de revisar y actualizar las fórmulas tarifarias cada cinco años con el fin de asegurar “suficiencia financiera” a la empresa. Según Naturgy, si Colombia hubiera realizado una debida revisión de la fórmula tarifaria para la tarifa de distribución en 2015, habría concluido que era necesaria su modificación para asegurar la “suficiencia financiera” de la empresa.
- b. Colombia entendía que tenía una obligación de asegurar un marco regulatorio



5 Caso CIADI No. UNCT/18/1.



que permitiera a Electricaribe obtener un retorno y no operar a pérdida, teniendo en cuenta la difícil situación del mercado del Caribe. En particular, Naturgy alegó que en el pasado (cuando Electricaribe estuvo bajo la administración de la empresa Unión Fenosa), Colombia había adoptado una serie de medidas para ayudar a la empresa. Naturgy hizo referencia al Acuerdo de Malambo mediante el cual el Estado se habría comprometido a pagar las deudas de los usuarios de los barrios subnormales y a la Ley 859 de 2003, mediante la cual el Estado asumió las deudas de las entidades oficiales.

- c. Según Naturgy, Colombia se habría comprometido de manera específica a mejorar el marco regulatorio para Electricaribe. En 2014 y 2015, Colombia habría asumido compromisos específicos para adoptar una serie de medidas que beneficiarían a la empresa, adecuarían el marco regulatorio en el que tenía que operar y mejorarían su situación financiera.
- d. El marco de estos supuestos compromisos fue el llamado “*Plan de Acción de 2014*” (que era un intercambio de cartas entre Electricaribe y el Ministerio de Minas y Energía) y la “*Cumbre de Barranquilla*.” En particular, según Naturgy, el Estado se había comprometido a actualizar la tarifa de distribución, pagar una supuesta deuda del Fondo de Energía Social (“*FOES*”), pagar las deudas de las entidades oficiales, pagar las deudas de los usuarios de los barrios subnormales, entre otras.
- e. Naturgy alegó que las medidas que adoptó Colombia después de la intervención

demonstraron que el marco regulatorio en el que tuvo que operar la empresa era inadecuado. Naturgy hizo referencia a las medidas que adoptó el Estado post-intervención, incluyendo las medidas adoptadas en el Plan Nacional de Desarrollo de 2018-2022. Según Naturgy, estas medidas demostraban que el marco regulatorio era insuficiente y que Colombia tenía la obligación de mejorarlo.

Como se puede observar, la demanda arbitral de Naturgy está basada en una lectura y construcción particular del marco regulatorio aplicable al sector de los servicios públicos en general, y en la Región Caribe en particular. Sin perjuicio de lo anterior, Naturgy también atacó directamente el marco regulatorio aplicable, señalando que este era inadecuado para la operación de la empresa.

La segunda parte de argumentos de Naturgy dio respuesta a la demanda de reconvencción presentada por Colombia dentro del arbitraje. Colombia alegó que, en 2016, Electricaribe se encontraba en una situación financiera precaria como consecuencia de la gestión deficiente por parte de Naturgy—no como consecuencia del marco regulatorio, como alegaban las Demandantes. Colombia alegó en su demanda de reconvencción que, de hecho, la gestión deficiente por parte de Naturgy le causó daños y perjuicios.

En respuesta a estos reclamos, y a la demanda de reconvencción presentada por Colombia, Naturgy alegó que administró Electricaribe de manera adecuada. Específicamente señaló que:

- a. (i) Invertió montos suficientes en la empresa para su adecuada operación; (ii) Electricaribe tenía un buen servicio al

cliente; y (iii) la exposición a la bolsa de Electricaribe estaba dentro del promedio de las otras empresas de distribución de energía en Colombia.

- b. Una comparación con los antiguos propietarios de Electricaribe, Unión Fenosa, no demostraba la mala gestión por parte de Naturgy. En todo caso, según Naturgy esta comparación no era justa, por cuanto Unión Fenosa gozó de una serie de beneficios que no le fueron otorgados a Naturgy. Según Naturgy, ésta logró mejores resultados que los logrados por Unión Fenosa bajo peores condiciones.
- c. Los indicadores de calidad de Electricaribe después de la intervención demostraban que la causa de la precaria situación de la empresa no fue su mala gestión. Naturgy hizo referencia a cómo la situación financiera de Electricaribe había empeorado bajo la intervención.

Por las anteriores violaciones, Naturgy reclamó daños por un valor de US \$1,310 millones, los cuales habrían sido sufridos como consecuencia de: (i) la no adopción de medidas supuestamente acordadas bajo el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla; (ii) la alegada expropiación de Electricaribe y; (iii) el no pago de las deudas de entidades oficiales y usuarios de barrios.

II. Los laudos evidencian que los All son compatibles con la actividad regulatoria del Estado para la protección del interés público

1. Laudo del 7 de mayo de 2021 en América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia⁶

El laudo del tribunal arbitral en América Móvil rechazó todas las pretensiones de la demandante por considerar que nunca se había generado un derecho de propiedad susceptible de ser expropiado. Como lo muestran los argumentos principales del tribunal arbitral, esta decisión encuentra sustento en el respeto a la normativa doméstica, y a la deferencia mostrada frente a los procesos de decisiones de las autoridades domésticas, incluyendo

para la expedición de la Sentencia C-555 de la Corte Constitucional, y el laudo del tribunal arbitral CCB.

En primer lugar, la mayoría del tribunal concluyó⁷, sobre la base de laudos, jurisprudencia y doctrina presentados por el Estado, que el derecho colombiano – y no el internacional – era el llamado a determinar, de manera exclusiva⁸, la existencia del supuesto “derecho a la no reversión”. La mayoría del tribunal explicó que, al hacer su análisis sobre el contenido del derecho interno, un tribunal internacional debía sujetarse a las siguientes reglas:

- a. **Primera regla:** cuando un tribunal internacional debe “aplicar o tomar en consideración el derecho doméstico para decidir un asunto sujeto a su jurisdicción, no puede hacerlo de manera independiente, sino que debe basarse en la interpretación aceptada de ese derecho [...]”, aplicando “el principio de que el juez internacional debe referirse a la interpretación del derecho doméstico que prevalece en la jurisprudencia y la doctrina del ordenamiento doméstico en cuestión”⁹.
- b. **Segunda regla:** como también lo alegó Colombia, “el juez nacional es el único intérprete autorizado de su propio derecho y [...], por ende, el juez internacional no está facultado a actuar como juez de apelación respecto a las sentencias de

los jueces domésticos [...] El juez internacional no puede, pues, desviarse de la aplicación de la ley nacional efectuada por los tribunales domésticos ni imponer su propia evaluación sobre cómo debería ser resuelta una cuestión particular a la luz del derecho doméstico”¹⁰.

- c. **Tercera regla:** no obstante, lo anterior, “la obligación del juez internacional de respetar las decisiones judiciales domésticas relativas a asuntos regidos por el derecho doméstico no es absoluta e incondicionada, y [...] en algunos casos también los actos del poder judicial, al igual que los de otros poderes del Estado, pueden dar lugar a responsabilidad internacional del Estado”¹¹. La mayoría del tribunal consideró que existen, fundamentalmente, dos excepciones:

i) de una parte, “las sentencias que son el fruto de un procedimiento judicial gravemente defectuoso desde el punto de vista procesal – que se suelen calificar como denegación de justicia – o, en casos aún más excepcionales, desde el punto de vista del resultado sustancial”¹²,

ii) y de la otra, “las sentencias claramente incompatibles con el derecho internacional, pues implican una violación directa de una regla internacional”¹³.

- d. **Cuarta regla:** para la mayoría del tribunal, la Sentencia C-555 no debía ser excluida de su análisis relativo a la determinación del contenido del derecho colombiano, por el simple hecho de que se tratara de la medida impugnada en el arbitraje¹⁴.

Los siguientes fragmentos del laudo en América Móvil resumen correctamente la aproximación general de la mayoría del tribunal arbitral, y en particular, su deferencia hacia los análisis que los jueces domésticos hacen de su derecho interno.

Para la mayoría del tribunal, “...en lo que respecta a la aplicación del derecho interno por los tribunales domésticos, es unánimemente reconocido que ésta solo puede ser cuestionada e ignorada por los tribunales internacionales en situaciones excepcionales, en particular, si la decisión del juez nacional es ‘arbitrary or irrational’, ‘outrageously wrong’ o ‘misapplied the law in such an egregiously wrong way, that no

6 Los autores agradecen especialmente a los abogados de la Dechert (Paris) LLP, quienes ejercieron la representación del Estado colombiano en el caso América Móvil.

7 El Laudo América Móvil contó con la opinión disidente del señor José A. Martínez de Hoz, árbitro nombrado por el inversionista.

8 Laudo América Móvil, párr. 318 a 327.

9 Laudo América Móvil, párr. 334.

10 Laudo América Móvil, párrs. 337 y 338.

11 Laudo América Móvil, párr. 345.

12 Laudo América Móvil, párr. 347.

13 Laudo América Móvil, párr. 347.

14 Laudo América Móvil, párr. 356 a 361.





*honest, competent court could have possibly done so', es 'an egregious error amounting to abject failure of justice' o hizo una 'aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa'. Lo anterior significa, a contrario sensu, que las decisiones de los tribunales domésticos no pueden ser revisadas si simplemente han aplicado de manera incorrecta el derecho doméstico, o han llegado a un resultado no previsible, incluso no concordante con la jurisprudencia anterior*¹⁵.

Los anteriores fundamentos fueron determinantes en la tarea que el tribunal debía emprender en la segunda fase del proceso decisonal, a saber, determinar si, en efecto, América Móvil era titular de un derecho adquirido a la no reversión de activos diferentes a las frecuencias radioeléctricas.

La mayoría del tribunal explicó que, en este caso, no existían motivos para apartarse de las conclusiones de los jueces colombianos. La mayoría explicó que *"no se puede afirmar que la Sentencia C-555 o el Laudo Doméstico son arbitrarios o que fueron emitidos en violación de los principios del debido proceso. Esto excluye la posibilidad de que estén viciados por haber incurrido en denegación de justicia, como lo confirma la misma Demandante, que nunca alegó la existencia de semejante vicio"*¹⁶. Además, la mayoría del tribunal concluyó que *"ni la Sentencia C-555 ni el Laudo Doméstico son expropiatorios o violatorios de otra regla internacional... Por consiguiente, no pueden ser considerados ilícitos desde la perspectiva del derecho internacional ni hay razón alguna por la cual no deban ser tomados en cuenta por este Tribunal para la decisión del reclamo de América Móvil"*¹⁷.

En suma, la mayoría del tribunal concluyó que *"las críticas de la Demandante respecto a la*

*Sentencia C-555 y al Laudo Doméstico se reducen al hecho de que ella no está de acuerdo con esos pronunciamientos"*¹⁸, los cuales, para la mayoría, eran *"irreprochables desde el punto de vista del derecho internacional"*¹⁹.

En conclusión, la mayoría del Tribunal determinó que, *"[d]ado que no existió, el Derecho a la no Reversión no era un 'hecho' ni podía considerarse 'adquirido' o ser eliminado 'retrospectivamente'. Por lo tanto, ese derecho no podía gozar de protección bajo el derecho internacional, y no era susceptible de expropiación [...] En consecuencia, el Tribunal, por mayoría, decide que la reversión de los Activos al Estado colombiano no constituye una expropiación ilícita en el sentido del Artículo 17-08 del tratado y desestima el reclamo de América Móvil"*²⁰.

2. Laudo del 12 de marzo de 2021 en Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (antes Gas Natural SDG, S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) c. República de Colombia (Caso CIADI No. UNCT/18/1)²¹.

En su análisis sobre la presunta violación al estándar de trato justo y equitativo, el tribunal inició por validar los laudos arbitrales invocados por Colombia en los que los tribunales arbitrales han defendido la necesidad de otorgar una alta deferencia al Estado en el ejercicio de sus competencias regulatorias²². El tribunal también aclaró que el análisis sobre si la conducta de los órganos del Estado implicaba una violación al APPRI Colombia-Estado no lo autorizaba a evaluar de fondo las decisiones regulatorias de los órganos estatales

competentes, sino a evaluar si se había generado una violación a la obligación contenida en el tratado²³.

De otra parte, en relación con la presunta obligación de actualización de la tarifa, el tribunal se remitió al contenido de la ley aplicable para señalar que no era necesario que la autoridad reguladora llevara a cabo esa actualización, ya que la ley no contemplaba solamente una obligación de consultar el principio de suficiencia financiera, sino todo el conjunto de principios allí consagrados. Para los efectos de este trabajo, merece ser destacada la siguiente decisión del tribunal:

*"En este caso, a falta de pruebas que indiquen que la conducta de la CREG en el proceso de adopción de decisiones se ha apartado del marco regulatorio, no corresponde al Tribunal ponerse en el lugar de la CREG y evaluar si, y en qué medida, la adhesión al principio de suficiencia financiera debería haber dado lugar, como resultado del proceso de examen regulado, a una modificación de la tarifa de distribución en 2014 o 2015"*²⁴

¹⁵ Laudo América Móvil, párr. 351-2.

¹⁶ Laudo América Móvil, párr. 398.

¹⁷ Laudo América Móvil, párr. 412.

¹⁸ Laudo América Móvil, párr. 400.

¹⁹ Laudo América Móvil, párr. 414.

²⁰ Laudo América Móvil, párr. 489 y 490.

²¹ Los autores agradecen especialmente a los abogados de la Sidely Austin y al abogado Stanimir Alexandrov, quienes ejercieron la representación del Estado colombiano en el caso Naturgy.

²² 3. Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (antes Gas Natural SDG, S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) (en adelante y en conjunto "Naturgy" o "Electricaribe" según proceda) c. República de Colombia (Caso CIADI No. UNCT/18/1), párr. 263 [en adelante, Laudo Naturgy].

²³ Laudo Naturgy, párr. 264.

²⁴ Laudo Naturgy, párr. 379.

El tribunal de Naturgy elaboró sobre el principio de proporcionalidad, y señaló que no es su función cuestionar la evaluación de los hechos y el equilibrio de riesgos que hace la autoridad doméstica. En esa medida, el tribunal se limitó a analizar si la decisión era permitida por la ley, siendo entonces adecuada, y si estaba relacionada con el objetivo que buscaba lograr, siendo entonces razonable. Al respecto, el tribunal le dio la razón a la autoridad local, quien puso el énfasis en los riesgos que generaba la situación financiera de Electricaribe, incluso si los riesgos no se materializaban en la gravedad que anticipaba la autoridad²⁵. Como corolario, el tribunal de Naturgy señaló que no era su competencia suplantar a la autoridad doméstica en la evaluación del riesgo que justificó la intervención, estando limitado a establecer si la actuación era permisible conforme a la legislación doméstica y la información disponible en ese momento²⁶.

Otra parte del laudo que refleja un reconocimiento y deferencia notable a la capacidad regulatoria del Estado tiene que ver con el análisis frente a las expectativas legítimas. En particular, el tribunal fue capaz de distinguir entre las representaciones que puedan dar lugar a derechos susceptibles de compensación, y aquellas manifestaciones que sólo son indicativas del interés del Estado en conservar y mantener la prestación de un servicio público²⁷. Este razonamiento es relevante también en sede de análisis sobre la existencia o no de una conducta arbitraria. En efecto, aunque el tribunal dio cuenta de algunas conductas que parecían no ser completamente consistentes en relación con las deudas de los barrios subnormales, la oferta de capitalización de deuda, en vez del pago directo de la deuda, que en el caso concreto el Estado le hizo a Electricaribe, no generaba ningún indicio sobre este tipo de violación²⁸.

Frente a la debida diligencia, el tribunal señaló que Naturgy no había hecho una debida diligencia al momento de invertir en Electricaribe²⁹. Esta manifestación es una reivindicación misma del marco regulatorio doméstico, pues es este el que debe consultar el inversionista al momento de invertir, a efectos de demostrar que se ha actuado de forma diligente. El tribunal recalcó que los mismos testigos de la demandante establecieron en la audiencia que Naturgy no había realizado una debida diligencia, ni había realizado estudios sobre las particularidades del mercado de la Costa Caribe al momento de invertir. El tribunal también resaltó que Colombia no le había hecho ningún tipo de representación a Naturgy al momento de su inversión con relación al marco regulatorio aplicable, y que

este marco regulatorio no cambió de manera sustancial durante el periodo de inversión de Naturgy. De manera importante, el tribunal estableció que estos puntos, si bien no eran determinantes respecto de los reclamos de la demandante, sí aportan un contexto importante para evaluarlos³⁰.

Finalmente, merecen atención las consideraciones y el análisis del tribunal en relación con el alegato de expropiación. Este análisis es relevante para los efectos del presente artículo pues las actuaciones que persiguen propósitos legítimos de política pública no pueden ser calificadas fácilmente como expropiatorias, especialmente si se ajustan de mejor forma a la noción de poderes de policía del Estado. En el párrafo 493 el tribunal describió con claridad los polos opuestos en disputa en este caso:

"493. Por una parte, la Demandada sostiene que la intervención conferiría un beneficio a la población de la región del Caribe en la medida en que preservaría la calidad y la continuidad del servicio de electricidad. Por otra parte, desde la perspectiva de las Demandantes, la intervención las despojó de su capacidad para controlar su inversión y, por lo tanto, de los medios para reconducir la inversión a la rentabilidad. Sin embargo, como señala la Demandada, las Demandantes conservan el derecho a participar en el producto de la liquidación de la Compañía."

En este escenario, además de reconocer que Naturgy tendría derecho a recuperar su participación en el producto de la venta de Electricaribe, el tribunal recordó que es un principio bien establecido que *"los Estados no están obligados a pagar una indemnización a los inversionistas por los daños causados por actos regulatorios de buena fe"*³¹, la doctrina de poderes de policía³².

El laudo emitido por unanimidad ha sido considerado por la doctrina especializada como una decisión correcta, que reivindica los poderes de policía del Estado y su capacidad de regular en sectores tan importantes como el de los servicios públicos³³.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción para conocer la demanda de reconversión presentada por Colombia. El tribunal expresó varias razones por las que, en su opinión, el APPRI no contenía el consentimiento de los Estados a que se presentaran demandas de reconversión contra los inversionistas. Entre otras, el tribunal tomó en cuenta que el APPRI no regulaba el manejo y administración de la inversión en un

sector regulado por el derecho doméstico. El tribunal consideró que, en general, las referencias al derecho doméstico dentro de la sección del APPRI sobre derecho aplicable no eran equiparables a cuestiones reguladas por el tratado, y por ende no eran generadoras de controversias dentro de la jurisdicción del tribunal³⁴.

Conclusiones

Los laudos en los casos América Móvil y Naturgy, aunque emitidos con base en dos tratados diferentes, tienen un elemento en común: ambos reconocen que, bajo el derecho internacional de las inversiones, un Estado tiene derecho a dar aplicación a su legislación y procedimientos domésticos preestablecidos para el logro de sus principales proyectos de interés público. En ambos casos, los tribunales arbitrales aceptan que no obstante estar cobijados por estándares internacionales como el de expropiación (común a los dos casos) o el de trato justo y equitativo (relevante únicamente en Naturgy) el análisis sobre la existencia de un derecho susceptible de ser protegido, y sobre la existencia de una violación, inicia y gira principalmente alrededor de la cuestión del respeto y aplicación de buena fe del derecho doméstico. En ausencia de eventos flagrantes de violación a ese derecho, o de lecturas manifestamente arbitrarias del ordenamiento jurídico nacional, el tribunal internacional está en la obligación de otorgar deferencia a los mecanismos internos de decisiones, debiendo abstenerse de suplantar a los operadores domésticos, incluso si se identifican cursos de acción más adecuados.

De esta forma, concluyen los autores que los AI, pese a contener estándares que limitan el ejercicio de la soberanía estatal en relación con el trato a los inversionistas extranjeros y sus inversiones, son compatibles con el interés y la necesidad de los Estados de ejercer con libertad su capacidad regulatoria para el cumplimiento de los principales proyectos de interés público.

25 Laudo Naturgy, párr. 480.

26 Laudo Naturgy, párr. 534.

27 Laudo Naturgy, párr. 291-2.

28 Laudo Naturgy, párr. 358-60.

29 Laudo Naturgy, párr. 267-281.

30 Laudo Naturgy, párr. 281.

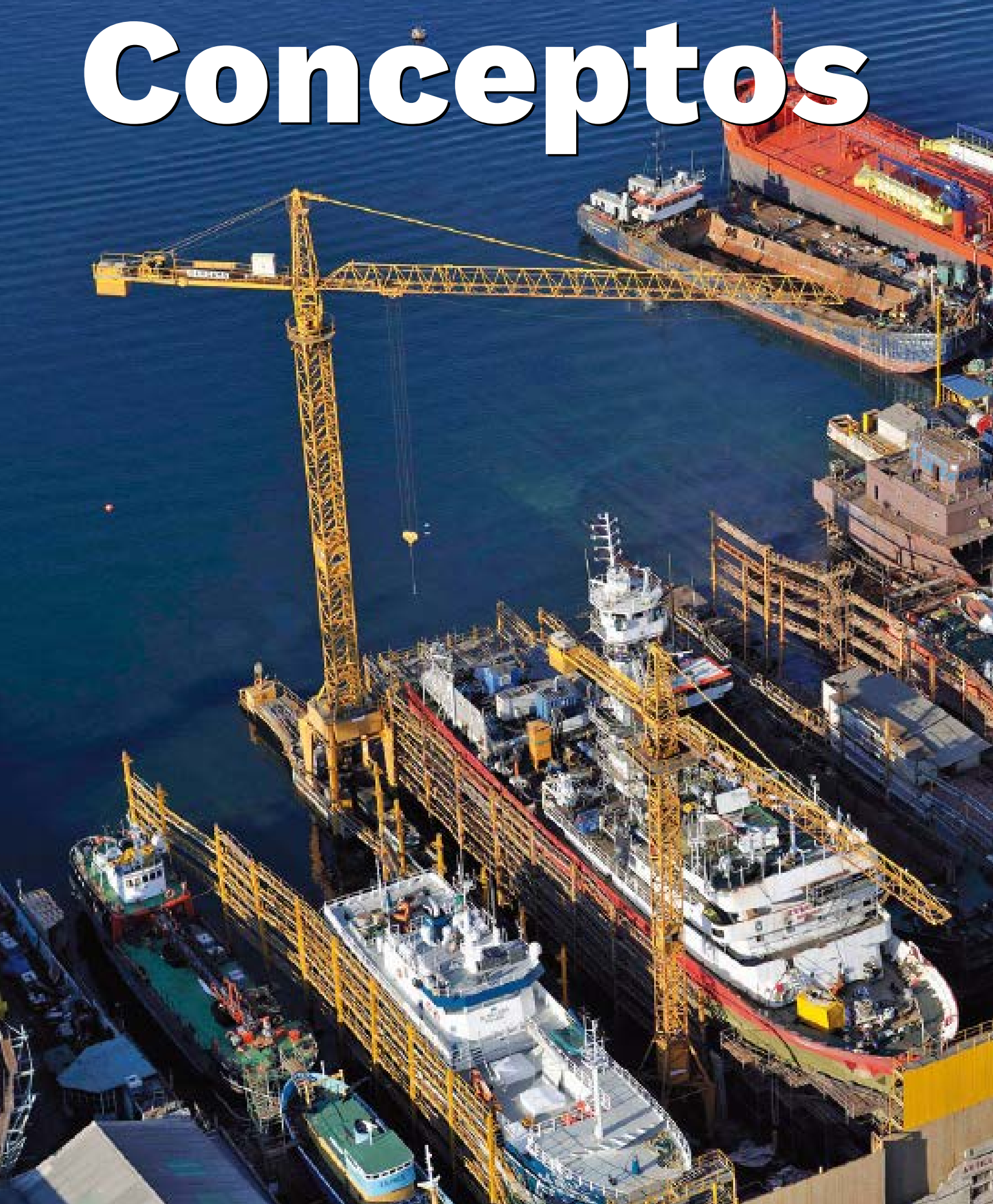
31 Laudo Naturgy, párr. 523.

32 Laudo Naturgy, párr. 523.

33 Paola Patarroyo, *Naturgy v. Colombia: Considerations on Police Powers and a Setback from Urbaser?* Kluwer Arbitration Blog, June 29, 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/29/naturgy-v-colombia-considerations-on-police-powers-and-a-setback-from-urbaser/>. Última visita: 20/10/2022.

34 Laudo América Móvil, párr. 620.

Conceptos



¿Qué nomenclaturas arancelarias usar en la Pruebas de Origen?



Oficio 2-2022-006707 de 14 de marzo de 2022

Fecha: 14 de marzo de 2022

Problema jurídico: ¿Bajo qué nomenclatura arancelaria se deben expedir las pruebas de origen por parte de Colombia? y ¿Cómo se deben aceptar las presentadas por los países Parte en los procesos de nacionalización?

Regla: No existe criterio único respecto de la nomenclatura arancelaria ya que la normativa varía según el Acuerdo Comercial aplicable.

Concepto

Se consulta si, *“respecto de la nomenclatura arancelaria, se deben expedir las pruebas de origen por parte de Colombia y cómo se deben aceptar aquellas presentadas por los países Partes en los procesos de nacionalización”*, en el contexto de la expedición del Decreto 1881 de 2021, mediante el cual se desarrolla la Decisión 885 por medio de la cual fue implementada la VII Recomendación de Enmienda al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, adoptado por la Organización Mundial de Aduanas (“OMA”).

En primer término, es importante aclarar que frente a la inquietud expuesta no existe un único criterio debido a que las normas acerca de la nomenclatura arancelaria (y sus modificaciones y/o actualizaciones) varían según el contenido de los distintos Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia.

En este sentido, en los Acuerdos Comerciales no existe un tratamiento universal ni se acoge una metodología generalizada para aquellas situaciones en las que, tras la suscripción del tratado, ocurre una modificación o actualización de la nomenclatura arancelaria, razón por la cual resulta necesario revisar de manera particular e independiente lo estipulado por las Partes en cada Acuerdo Comercial.

En efecto, al analizar el texto de los Acuerdos Comerciales se observa que existen tratamientos y procedimientos distintos en lo relativo a la manera en la que se debe abordar la modificación o actualización de la nomenclatura arancelaria respectiva. En ese sentido, partiendo del insumo facilitado por la Dirección de Impuestos y Aduanas

Nacionales (“DIAN”), la OALI presenta una matriz comparativa en la que se desarrolla la distinción en el tratamiento regulatorio otorgado en cada Acuerdo, en materia de modificación y actualización de la nomenclatura arancelaria.

No obstante, tras revisar la singularidad de cada Acuerdo Comercial señalado por la DIAN, esta dependencia ha encontrado que dichos instrumentos se pueden clasificar, para fines meramente ilustrativos, en distintos grupos como quiera que, a pesar de las diferencias, guardan ciertas similitudes estructurales que marcan una serie de patrones en la manera en la que se tratan los asuntos relativos a la modificación y actualización de la nomenclatura arancelaria.

En un **primer grupo** se ubican aquellos Acuerdos en los que las modificaciones al Sistema Armonizado se entienden incorporados al texto del tratado. Por ejemplo, en el artículo 20 del Acuerdo suscrito con la Unión Europea se indica que la clasificación de mercancías entre las Partes es la establecida por la nomenclatura de cada parte, de conformidad con el Sistema Armonizado “y sus posteriores enmiendas”.

Por otro lado, existe un **segundo grupo** de Acuerdos Comerciales en los que las Partes, previendo la posibilidad de que existieran modificaciones a la nomenclatura arancelaria, asignaron la revisión de dichas enmiendas a la institucionalidad creada bajo el texto del tratado, esto es, comités, grupos de trabajo o comisiones.

Dentro de este segundo grupo se deben incluir los Acuerdos Comerciales suscritos con Canadá, la República de Chile, la República de Corea, los Estados Unidos de América, la República de Costa Rica, y con

las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras. También, los Acuerdos de Complementación Económica No. 59 y 72 suscritos con el Mercado Común del Sur (“Merco-sur”), los Acuerdos de la Alianza del Pacífico (“AP”) y de la Comunidad Andina de Naciones (“CAN”) (específicamente en lo relacionado con la creación de la Nomenclatura Arancelaria Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena “NANDINA”).

Existe un **tercer grupo** minoritario de Acuerdos Comerciales en los que no se contempló expresamente la aplicación de las enmiendas al Sistema Armonizado. Sin embargo, estos instrumentos incluyen disposiciones de carácter general a través de las cuales se habilita a comisiones o comités del tratado a realizar los procedimientos y actuaciones necesarias para llevar a la práctica las actualizaciones del Sistema Armonizado.

En este tercer grupo se incluyen los Acuerdos Comerciales suscritos con los Estados Unidos Mexicanos, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (“AELC”) y el Estado de Israel.

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.



Certificado de origen en el Acuerdo de continuidad comercial con el Reino Unido

Oficio 2-2022-024151 de 16 de agosto de 2022.

Fecha: 16 de agosto de 2022.

Título: Certificado de origen en el Acuerdo de continuidad comercial con el Reino Unido.

Problema jurídico: ¿Es posible presentar una prueba de origen de certificado de circulación de mercancías EUR.1 o declaración en factura expedida antes del 28 de junio del presente año (2022), para la importación a Colombia de una mercancía originaria del Reino Unido bajo el marco del Acuerdo de Continuidad Comercial entre Colombia y el Reino Unido que se encuentra vigente desde el 28 de junio de 2022 en razón a que la prueba de origen fue expedida bajo las disposiciones (acuerdo multi-partes con la Unión Europea) que aplicaban antes de la entrada en vigor del acuerdo con el Reino Unido?

Regla: **Sí es posible presentar prueba de origen expedida antes de la entrada en vigor del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, puesto que las reglas dispuestas para este propósito, del acuerdo comercial con la Unión Europea, mantienen su vigencia.**

Concepto

En atención al objeto de su consulta, esta Dependencia presentará: (i) algunas consideraciones preliminares sobre el Acuerdo de Continuidad Comercial entre Colombia y el Reino Unido, así como (ii) las consideraciones sobre la petición recibida.

Consideraciones preliminares sobre el Acuerdo de Continuidad Comercial entre Colombia y el Reino Unido

De forma preliminar, esta Oficina resalta que el Acuerdo Comercial entre la República de Colombia, la República de Ecuador y la República de Perú, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, es un acuerdo de continuidad comercial (en adelante, *"Acuerdo Comercial con el Reino Unido"*), tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

En efecto, como consecuencia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, actualmente las relaciones comerciales entre Colombia y Reino Unido se rigen no por el Acuerdo Comercial (en adelante, *"Acuerdo Comercial con la Unión Europea"*), entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, sino por el Acuerdo de continuidad comercial entre Colombia y el Reino Unido.

Como su nombre lo sugiere, el Acuerdo de Continuidad Comercial con el Reino Unido se negoció y suscribió con el fin de asegurar la continuidad de las relaciones comerciales entre Colombia y el Reino Unido, lo cual se evidencia en su artículo 1:

"El objetivo de este Acuerdo es preservar los derechos y obligaciones entre las Partes según lo previsto en el Acuerdo Comercial entre la UE y los Países Andinos después de que deje de aplicarse al Reino Unido, con sujeción a los términos establecidos en este acuerdo."

En ese sentido, el artículo 2 del Acuerdo Comercial con el Reino Unido incorpora, mutatis mutandis, el Acuerdo Comercial con la Unión Europea y, por tanto, el Acuerdo Co-

mercial con el Reino Unido, solo consta de 9 artículos y un anexo.

Ahora bien, en cuanto a la entrada en vigor del Acuerdo Comercial suscrito con el Reino Unido, esta Dependencia advierte que, en el caso colombiano, como lo establece nuestra Constitución Política, los Tratados Internacionales sólo pueden ser ratificados con el concurso activo de las tres ramas del poder público. Es decir, previa su ratificación, deben ser negociados y suscritos por el Ejecutivo (artículo 189 de la Constitución); contar con la aprobación del Congreso (artículo 150 de la Constitución); contar con la sanción Presidencial, y con el examen de exequibidad de la Corte Constitucional (artículo 241 de la Constitución). Así la ratificación de los Tratados en la República de Colombia, se constituye como un acto compuesto.

De acuerdo con lo anterior, el Acuerdo Comercial con el Reino Unido fue aprobado por el Congreso de la República y sancionado como **Ley 2067 de la República el 23 de diciembre de 2020**, y su revisión por parte de la Corte Constitucional se realizó a través de la **Sentencia C-110 de 2022**.

Habiendo culminado el proceso de ratificación interna, el Acuerdo entró en vigor el pasado 28 de junio de 2022. Esto, con arreglo al artículo 8(2) del mismo, que, sobre entrada en vigor, dispone:

"Este Acuerdo entrará en vigor entre el Reino Unido y cada País Andino signatario en:

(a) Lo que resulte posterior entre: (i) el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción por parte del Depositario de la última de las notificaciones por las que el Reino Unido y el País Andino signatario comuniquen haber completado sus procedimientos internos; o (ii) la fecha en que el Acuerdo Comercial entre la UE y los Países Andinos deje de aplicarse al Reino Unido; o

(b) Cualquier otra fecha acordada entre el Reino Unido y el País Andino signatario".

No obstante, antes de la entrada en vigor del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, Colombia y el Reino Unido firmaron dos notas de entendimiento en la que extendían la apli-

cación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea con el objetivo de establecer un periodo de transición entre el Acuerdo suscrito con la Unión Europea y aquel suscrito con el Reino Unido.

Mediante el primero de dichos instrumentos, identificado con **Rad. S-GTAJI-19-044611** del 18 de octubre de 2019, las partes manifestaron su *"ánimo de preservar los derechos obligaciones derivados de la aplicación del Acuerdo Comercial UE — Países Andinos cuando el Reino Unido deje de ser, y deje de ser tratado, como un Estado Miembro de la Unión Europea para los efectos del Acuerdo Comercial UE — Países Andinos"*. Lo anterior por un periodo de nueve meses desde la entrada en vigor de dicho arreglo, periodo que en todo caso podía ser extendido por mutuo acuerdo de las partes.

Antes del vencimiento de dicho periodo, y dado que las partes no habían finalizado sus procedimientos internos para ratificar el Acuerdo con el Reino Unido, mediante Nota 184/2021 del 29 de septiembre de 2021 el periodo se extendió por un periodo adicional de 6 meses.

Finalmente, mediante **Nota 061/2022 del 22 de abril de 2022** se informó que la República de Colombia habría culminado los procedimientos exigidos por el ordenamiento jurídico interno para la puesta en vigor del Acuerdo Comercial con el Reino Unido. En ese sentido, se indicó que dicho Acuerdo *"entrará en vigor para los Estados colombiano y británico a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de recepción de la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano por parte de la Embajada Británica en Colombia"*. Como se señaló, el Acuerdo entró en vigor el pasado 28 de junio de 2022.

Consideraciones frente al interrogante planteado

Se consulta si *"es posible presentar una prueba de origen de Certificado de Circulación de mercancías EUR.1 o declaración en factura expedida antes del 28 de junio del presente año (a saber 2022) para la importación a Colombia de una mercancía originaria del Reino Unido bajo el marco del Acuerdo de Continuidad Comercial entre Colombia y el Reino Unido que se encuentra vigente desde el 28 de junio de 2022"*.



Siguiendo lo señalado en la sección precedente, se resalta que, según lo establecido en el artículo 2 del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, este último acuerdo incorpora, mutatis mutandis, el Acuerdo Comercial con la Unión Europea. En otras palabras, el Acuerdo de Continuidad Comercial alcanzado entre Colombia y el Reino Unido determina que se preserve la relación bilateral preexistente en el marco de la Unión Europea, ello quiere decir que se acogen las reglas establecidas en el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea, salvo ciertas excepciones que se encuentra expresamente determinadas en el Acuerdo Comercial con el Reino Unido.

Después de analizar los artículos que fueron modificados en el Acuerdo Comercial suscrito entre Colombia y el Reino Unido se evidencia que no se regularon ni alteraron las disposiciones relativas a los certificados de origen. Así, el Anexo II Relativo a la definición del Concepto de “*Productos Originarios*” del Título III del Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea, titulado “*Comercio de mercancías*”, no fue considerado como inaplicable o modificado en el Acuerdo suscrito con el Reino Unido.

Con el objetivo de interpretar la incorporación de las reglas relativas a la emisión y presentación de las pruebas de origen del Acuerdo con la Unión Europea al Acuerdo con el Reino Unido, es necesario aplicar las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), suscrita el 23 de mayo de 1969 y aprobada mediante la Ley 32 de 1985.

El artículo 31 de la CVDT señala que, en aplicación de la regla general de interpreta-

ción, los tratados deben ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. No obstante, como se señaló, el Acuerdo con el Reino Unido no contiene modificación alguna respecto de las reglas relativas a la emisión y presentación de las pruebas de origen contenidas en el Acuerdo con la Unión Europea.

Sobre el particular, la CVDT señala que es posible acudir a los medios de interpretación complementarios incluidos en artículo 32 cuando, tras la aplicación de los criterios del artículo 31, el sentido de la disposición sea ambiguo u oscuro. Al respecto, se destaca que el artículo 32 de la CVDT establece la posibilidad de acudir tanto a los trabajos preparatorios del Tratado, como a las circunstancias de su celebración, para así realizar un análisis histórico del Acuerdo que permita descifrar la intención de las partes del instrumento.

Al realizar un análisis de las circunstancias de la celebración del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, se reitera que, como se señaló previamente, el Acuerdo de Continuidad Comercial con el Reino Unido se negoció y suscribió con el fin de asegurar la continuidad de las relaciones comerciales entre Colombia y el Reino Unido, tras la salida de este último de la Unión Europea.

Por lo anterior, se entiende que las reglas para la presentación de las pruebas de origen bajo el Acuerdo Comercial suscrito con el Reino Unido son las mismas consignadas en el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea (ya sea para la emisión de

Certificados de Circulación de mercancías EUR 1 o de declaraciones de facturas).

Así, al considerar las circunstancias de la celebración del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, se determina que, las pruebas de origen (ya sean certificados de circulación de mercancías EUR.1 o declaraciones en factura) expedidas antes del 28 de junio de 2022, esto es, antes de la entrada en vigencia del Acuerdo Comercial con el Reino Unido, podrán poder ser presentadas durante la vigencia de este último instrumento.

En cuanto a la cuestión respecto de la viabilidad de autorizar la presentación de la prueba de origen de Certificado de Circulación de mercancías EUR.1 o declaración en factura expedida antes de la entrada en vigor del Acuerdo (esto es, antes del 28 de junio de 2022) para la importación a Colombia de mercancías originarias del Reino Unido, se concluye que dicha situación es viable por los motivos señalados previamente.

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.



Despacho directo desde la Unión Europea hacia Colombia

Oficio 2-2021-023380 de 13 de mayo de 2021

Fecha: 13 de mayo de 2021

Título: Despacho directo desde la Unión Europea hacia Colombia

Problema jurídico: ¿Es soporte suficiente, para la demostración de expedición directa, la carta expedida por la respectiva aerolínea, en el país de transbordo, indicando que la mercancía está en sus bodegas mientras se realiza la continuación al destino final Colombia?

Regla: Conforme al artículo 13 del Anexo II al Acuerdo Comercial Multi-partes, cualquier documento justificativo, en su defecto, es acreditación suficiente de expedición directa.

Concepto

Se consulta a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (en adelante "OALI" o "La Oficina") respecto de si será soporte suficiente, para la demostración de expedición directa, la carta de la respectiva aerolínea en el país de transbordo, indicando que la mercancía está en sus bodegas mientras se realiza la continuación al destino final Colombia; ello, en consideración a que las bodegas de la aerolínea son bodegas *bonded* o bodegas de tránsito.

El artículo 13 del Anexo II del Acuerdo Comercial ("Acuerdo Multi-partes") entre la Unión Europea, por un lado, y Colombia, Ecuador y Perú, por otro, en su versión en inglés establece:

ARTICLE 13

Direct Transport

The preferential treatment provided for under this Agreement applies only to products satisfying the requirements of this Annex, which are transported directly between the European Union and the signatory

1. *Andean Countries. However, products may be transported through other territories with, should the occasion arise,*

trans-shipment or temporary warehousing in such territories, provided that they remain under the surveillance of the customs authorities in the country of transit or temporary warehousing and do not undergo operations other than unloading, reloading or any operation designed to preserve them in good condition.

2. *Originating products may be transported by pipeline across territory other than that of the European Union or the signatory Andean Countries.*
3. *Evidence that the conditions set out in paragraphs 1 and 2 have been fulfilled shall be supplied, upon request, to the customs authorities of the importing Party by the submission of:*

(a) transportation documents, such as airway bills, bills of lading, cargo manifest, or multimodal, or combined transportation documents, that certify transport from the country of origin to the importing Party;

(b) customs documents that authorise the trans-shipment or temporary storage; or

(c) failing these, any substantiating documents."

La Oficina encuentra, en el párrafo 3 del artículo 13, una sutil diferencia entre la versión en inglés y la traducción de la versión en español, pues la prueba que demuestra que se ha cumplido con las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 es la presentación a la autoridad aduanera de los documentos listados en los literales a), b) y, a falta de los señalados en el literal b), el importador podrá acreditar esa condición según lo dispuesto en el literal c).

Lo anterior, por cuanto el literal b) indica que se prueba con los documentos aduaneros que autorizan el transbordo o almacenamiento temporal; o "c) en su defecto cualquier otro documento justificativo;".

El propósito del párrafo 3 del artículo 13 es permitir a la autoridad competente de la parte importadora establecer lo siguiente:

i) El transporte directo se prueba con el documento de transporte.

ii) La condición de transbordo o almacenamiento temporal se prueba con:

- Los documentos aduaneros que autorizan el transbordo o almacenamiento temporal; o
- En su defecto, cualquier documento justificativo.



Bajo el anterior contexto, se desprende cuáles podrían ser los documentos que acreditan que una mercancía sometida a operación de transbordo o almacenamiento temporal en territorio de terceros países no parte de este, y que además no ha sufrido alteración alguna o ha sido sometida a operaciones distintas a las de descarga, carga o cualquier otra operación destinada a conservarla en buen estado, conserva la calidad de originaria durante su transporte.

En primer término, constituye acreditación suficiente el documento de transporte ya sea la guía aérea, el manifiesto de carga o documento de transporte multimodal, el cual debe indicar que la mercancía fue despachada del territorio de cualquier País Miembro de la UE con destino al territorio colombiano.

En segundo término, también son suficientes los documentos aduaneros que autoricen el transbordo o almacenamiento temporal. En opinión de la OALI, podrían ser aquellos documentos de uso común y oficiales que se emiten dentro de ese territorio y que indican que la mercancía se encuentra en almacenamiento temporal o en tránsito. No necesariamente se refiere a la emisión, por parte de la autoridad aduanera de ese tercer país, de una certificación expresa y especial dirigida a la autoridad competente de la parte importadora.

Por último, el literal c) del Artículo 13, permite demostrar dichas condiciones con cualquier otro documento de respaldo. En opinión de esta Oficina, esta posibilidad responde al reconocimiento de las Partes de la soberanía de los Estados no Parte para adoptar procedimientos sobre almacenamiento temporal, tránsito o transbordo dentro de sus territorios, de tal manera que, la denominación de dichos documentos o la práctica en dichas operaciones, pueden variar de un Estado a otro.

Téngase en cuenta que la autoridad aduanera de la parte importadora puede recabar, a través de cualquier medio oficial, la información sobre cuáles son las medidas y procedimientos adoptados por el tercer país no Parte para el ingreso y almacenamiento temporal, tránsito o transbordo de mercancías a su territorio, con la finalidad de verificar que la mercancía fue transportada conforme al artículo 13.3 del Anexo II del Acuerdo Comercial, y que los documentos aduaneros que autoricen el transbordo o el almacenamiento temporal (literal “b”) o cualquier otro documento de respaldo (literal “c”), son válidos. Al respecto, se destaca que son medios oficiales, entre otros:

las oficinas comerciales de Colombia en el exterior, las embajadas, la Dirección de Relaciones Comerciales (DRC) y la Dirección de Integración Económica (DIE) del Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Pro Colombia.

En el ámbito internacional, existen referentes normativos que los Estados usualmente están llamados a contemplar a la hora de adoptar regulaciones en materia de tránsito, transbordo, autorización de almacenamiento temporal y de actividades de conservación de mercancías. Entre estos referentes normativos se destaca el capítulo 2 del Anexo Específico A del Convenio de Kyoto Revisado de la Organización Mundial de Aduanas (Arrival of goods in a customs territory), el cual, entre otros apartes, dispone:

“(…) temporary storage of goods” means the storing of goods under Customs control in premises and enclosed or unenclosed spaces approved by the Customs (hereinafter called temporary stores) pending lodgement of the Goods declaration.

(...) Authorized operations. 7. Standard

Goods under temporary storage shall be allowed, for reasons deemed valid by the Customs, to undergo normal operations necessary for their preservation in their unaltered state.

8. Recommended Practice

Goods under temporary storage should be allowed, for reasons deemed valid by the Customs, to undergo normal operations necessary to facilitate their removal from the temporary store and their further transport”.

En opinión de la OALI, el Acuerdo Multi-parte, al privilegiar el despacho directo como regla general, no permite que en el lugar de tránsito se puedan hacer actividades de comercialización. Lo anterior, en razón a que el término “despacho directo” limita que la comercialización se produzca en el origen o en el destino de la mercancía, pero no mientras la mercadería se encuentra en tránsito en el curso de una operación de reclamación de origen.

Por otra parte, resulta importante destacar que, con miras a lograr el respeto por el despacho directo y que las excepciones de tránsito por tercer país o jurisdicción se adelanten bajo las condiciones autorizadas, la autoridad aduanera tiene la capacidad de adelantar un análisis integral de los docu-

mentos objeto de la operación de comercio exterior. No sobra recalcar que las excepciones, conforme a derecho, son de interpretación restringida. De esta forma se busca evitar que, a través del despacho directo, se haga nugatorio el efecto de la concesión comercial negociada en materia de preservación de las reglas de origen.

En conclusión, en criterio de la OALI:

- a) Esta Oficina no tiene competencia para decidir si, en el caso particular, la carta de la respectiva aerolínea en el país de transbordo, indicando que la mercancía está en sus bodegas mientras realiza la continuación al destino final Colombia, es o no un soporte suficiente para la demostración de expedición directa bajo el Acuerdo Multi-partes.
- b) El Acuerdo multilateral contiene una lista no taxativa de documentos que podrían probar las circunstancias mencionadas en el artículo 13.1 del Anexo II.
- c) A falta de documentos aduaneros, se podrá acreditar el cumplimiento de la condición señalada en el literal c) párrafo 3 del artículo 13 del Anexo II, a través de cualquier otro documento que, en criterio de la autoridad aduanera, logre acreditar que la mercancía que se transporte a través de otros territorios se encontró, durante ese lapso, bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras y que, sobre esta no se realizaron operaciones distintas a la descarga, carga y a los actos necesarios para su conservación, excluyendo cualquier actuación de orden comercial en tránsito. Dicha acreditación, en cualquier caso, debe ser suficientemente convincente en el sentido de acreditar la excepción y no minar el principio de despacho directo bajo el cual se negoció la concesión comercial respectiva.

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 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 de acuerdos comerciales a las empresas industriales y comerciales del Estado

Oficio 2-2022-009091 de 31 de marzo de 2022

Fecha: 31 de marzo de 2022

Título: Aplicabilidad de acuerdos comerciales a las empresas industriales y comerciales del Estado

Problema jurídico: ¿A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sin importar la cuantía, les aplica alguno de los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia y/o la decisión 439 de 1998 por la excepción 47?

Regla: **Corresponde a cada entidad verificar para cada proceso de contratación pública si el mismo está cubierto por alguno de los Acuerdos Comerciales vigentes.**

Concepto

Por medio del presente concepto se da respuesta a la consulta realizada por una empresa industrial del Estado, en la cual se señala que ésta se encuentra adelantando una licitación de más de mil millones de pesos (\$1.000.000), en el marco de la cual ha surgido la siguiente inquietud:

“En la página 33 de dicho manual de acuerdos comerciales, se indica--- Salvo por algunas excepciones¹², todas las demás Entidades Estatales del nivel municipal (incluidas las entidades descentralizadas indirectas¹³) están incorporadas en la lista de Entidades de los Acuerdos Comerciales con Chile; el Triángulo Norte (únicamente con El Salvador y Guatemala), la Unión Europea (aplicable al Reino Unido e Irlanda del Norte) y por la Decisión 439 de 1998 de la Comisión de la CAN.

Y el pie de página 12, dice que [...] estas excepciones se encuentran en el Anexo 4 y corresponden a los números 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53. En el caso de la Unión Europea, de acuerdo con la Decisión 01 de 2018, no se incluyen las entidades con carácter industrial y comercial.

La excepción 47 dice que [...] Las contrataciones de Entidades que tengan carácter industrial o comercial.

Nuestra duda es, teniendo en cuenta lo anterior, ¿a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sin importar la cuantía no le aplica ninguno de los acuerdos citados y la decisión 439 de 1998 por la excepción 47?”

En atención al objeto de su consulta, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (“OALI” o “La Oficina”) brindará un concepto en el que se abordarán los siguientes aspectos: (a) algunas consideraciones generales sobre los capítulos de compras públicas de los acuerdos comerciales; y (b) las consideraciones respecto a la consulta. Lo anterior, realizando las referencias que coincidan con el concepto emitido por esta oficina el pasado 3 de noviembre 2021 en el cual se absolvió una consulta similar.

Consideraciones generales sobre los capítulos de compras públicas de los Acuerdos Comerciales

En primer lugar, resulta importante señalar que los Acuerdos Comerciales son tratados internacionales celebrados entre Estados, los cuales tienen como fin incrementar el intercambio de bienes, servicios y otorgar seguridad jurídica a las inversiones en los que se incluyen obligaciones y derechos en diversas disciplinas, incluyendo la relacionada con compras públicas.

En los capítulos de compras públicas de estos Acuerdos se establece el principio de no discriminación, el cual se materializa, entre otros, en

el estándar de trato nacional para proveedores, así como para los bienes y servicios originarios de las Partes del Acuerdo. Igualmente, los capítulos de compras públicas comprenden en sus anexos su cobertura específica, es decir, los listados de entidades estatales, bienes, servicios y obras públicas que, al ser listados, quedan cubiertos por el capítulo y por tanto les son aplicables las disciplinas contenidas en el acápite relevante.

En ese sentido, **corresponde a cada entidad estatal verificar para cada proceso de contratación si está cubierto por alguno de los acuerdos comerciales vigentes**. Para ello, deberá verificar: (i) si la entidad estatal está cubierta en el correspondiente acuerdo comercial, es decir, si está incluida en la lista de entidades del respectivo capítulo de contratación pública del acuerdo; (ii) si el valor estimado del proceso de contratación es igual o superior al umbral a partir del cual es aplicable el correspondiente acuerdo comercial; (iii) si la entidad estatal o el objeto de la contratación no se encuadra en alguna de las excepciones previstas por los acuerdos comerciales; y, finalmente, (iv) si el acuerdo comercial está vigente.

Actualmente Colombia ha suscrito 12 acuerdos comerciales con capítulos de compras públicas, cada uno con un contenido particular. La siguiente tabla presenta los acuerdos comerciales de los que Colombia es parte y que, a la fecha, contienen disciplinas en materia de contratación estatal:

Tabla 1. Acuerdos Comerciales con capítulo de Compras Públicas suscritos por Colombia

Acuerdo Comercial	Capítulo de Compras Públicas Acuerdo Comercial	Ley aprobatoria
Alianza Pacífico	Capítulo VIII del Protocolo Adicional	Ley 1746 de 2014
Canadá	Capítulo XIV y Anexo XIV del texto final del Acuerdo	Ley 1363 de 2009
Chile	Capítulo XIII y Anexo XIII del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia -Chile	Ley 1189 de 2008
Corea	Capítulo XIV y Anexo XIV del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea	Ley 1747 de 2014
Costa Rica	Capítulo X y Anexo X.A del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica	Ley 1763 de 2015
Estados Unidos	Capítulo IX, Anexo 9.1, Carta adjunta 9.11, Carta adjunta licitaciones electrónicas y Decisión No. 2 del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América	Ley 1143 de 2007
Estados AELC	Capítulo VII, Anexo XIX, Anexo XX del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC	Ley 1372 de 2010
México	Capítulo XV Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia	Ley 172 de 1994
Triángulo Norte	Capítulo 11 y Anexo 11 Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras	Ley 1241 de 2008
Unión Europea	Título VI y Anexo XII del texto final del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia y Perú, Decisión 01 de 2017 y Decisión 01 de 2021	Ley 1669 de 2013
Israel	Capítulo 9 y Anexos 9-A y 9-B del Tratado de Libre	Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Provisionalmente aplican las disposiciones del Título VI y Anexo XII del texto final del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia y Perú, Decisión 01 de 2017 y Decisión 01 de 2021. Sujeto a la entrada en vigencia de dicho Acuerdo Comercial	N/A

Consideraciones de la OALI sobre la consulta presentada

No obstante, **la competencia de la OALI no abarca la definición, a través de conceptos, de situaciones jurídicas concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos**, pues estos deben ser dictados por las autoridades de conformidad con sus funciones y con los requisitos y presupuestos exigidos por la normativa aplicable. Por el contrario, la finalidad de los conceptos consiste en orientar, ilustrar e informar de manera general sobre las temáticas que son competencia de la oficina.

En todo caso, esta dependencia resalta que, conforme se indica en el Manual de Acuerdos Comerciales de Colombia Compra Eficiente, *“salvo por algunas excepciones, todas las demás Entidades Estatales del nivel municipal (incluidas las entidades descentralizadas indirectas), están incorporadas en la lista de Entidades de los Acuerdos Comerciales con Chile; el Triángulo Norte (únicamente con El Salvador y Guatemala), la Unión Europea (aplicable al Reino Unido e Irlanda del Norte) y por la Decisión 439 de 1998 de la Comisión de la CAN”*.

Dichas excepciones se encuentran analizadas, respecto de cada uno de los Acuerdos comerciales suscritos por Colombia, en el **título “c” del Anexo 3** del precitado Manual (página 31

y siguientes). En efecto, se incorpora allí una tabla en la cual se analizan las excepciones relativas a cada Acuerdo comercial, aclarando que la numeración corresponde a la enunciada en el Anexo 4:

“El presente Anexo contiene las excepciones a la aplicación de los Acuerdos Comerciales para las Entidades Estatales del nivel departamental obligadas. La numeración de tales excepciones corresponde a las identificadas en el Anexo 4 de este Manual”.

Por su parte, en el Anexo 4 del Manual se incorpora la numeración de las excepciones contenidas en los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales, ya sea a nivel central o a nivel subcentral. En dicho Anexo se identifica la excepción relativa a *“las contrataciones de entidades que tengan carácter industrial o comercial”* con el número 47.

Lo anterior no significa que todas las contrataciones de las entidades estatales que tengan carácter industrial o comercial, se vean exceptuadas de aplicar los capítulos de contratación pública de todos los acuerdos comerciales. En efecto, como se mencionó mediante concepto del 3 de noviembre de 2021, las entidades cubiertas por cada acuerdo comercial variarán en función del clausulado del tratado específico.

Al contrario, significa que, habiendo determinado que la excepción relativa a la naturaleza industrial o comercial de la entidad se ha identificado con el número 47, se debe verificar en el Anexo 3 (página 31 y siguientes) en cuáles acuerdos se incluyó la excepción designada con dicho número. En todo caso, se sugiere analizar, además de la excepción identificada con el número 47, aquellas designadas bajo el 31, 50 y 51, pues las mismas también se refieren a entidades con naturaleza industrial y comercial:

No.	Excepción
31	La contratación efectuada por las empresas industriales o comerciales del Estado o por las sociedades de economía mixta, del nivel territorial.
50	Las contrataciones de Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuyo objeto esté relacionado con sus actividades.
51	Las contrataciones de Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuyo valor estimado sea menor o igual a USD \$ 250.000.

Tabla 2. Cobertura de las entidades de carácter industrial y comercial en los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia

Acuerdo Comercial	GuatemalaCobertura del nivel subcentral	Cobertura de las EICE
Chile [1]	Lista de Colombia Todos los Departamentos Todos los Municipios Notas de Colombia 1. Este Capítulo se aplica a todas las demás entidades públicas subcentrales, <u>siempre que no tengan carácter industrial o comercial.</u> 2. No están cubiertas por este Capítulo: (a) las contrataciones de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos, relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria; y (b) las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, dirigidas a programas de asistencia social.	Se excluyen expresamente las entidades con carácter industrial y comercial.
Triángulo Norte [2]	Salvador Con respecto a la República de Colombia 1. Este Capítulo no aplica a (a) las empresas gubernamentales y entidades con régimen de contratación privado; (b) las contrataciones para la dotación y sustento de las fuerzas armadas y las contrataciones relacionadas con programas de asistencia social, apoyo a la agricultura o procesos de paz; (c) programas para fomentar la participación de MIPYMES colombianas en la contratación pública; y (d) los servicios de la construcción. 2. Este Capítulo no aplica a las siguientes entidades: (a) entidades de las ramas legislativa y judicial; y (b) municipios. Guatemala 1. Este Capítulo no aplica a: (a) las empresas gubernamentales y entidades con régimen de contratación privado; (b) las contrataciones para la dotación y sustento de las fuerzas armadas y las contrataciones relacionadas con programas de asistencia social, apoyo a la agricultura o procesos de paz; y (c) programas para fomentar la participación de MIPYMES colombianas en la contratación pública. <u>Están incluidas las contrataciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado definidas en la Ley 489 de 1998, cuando el monto de dichas contrataciones sea superior a doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 250.000) y el objeto no esté relacionado con sus actividades industriales o comerciales.</u>	Entre Colombia y el Salvador, el capítulo de compras públicas del acuerdo comercial con el Triángulo Norte no aplica a las empresas gubernamentales y entidades con régimen de contratación privado, ni a ningún municipio. En consecuencia, las empresas de carácter industrial y comercial del orden municipal no están cubiertas. Entre Colombia y Guatemala, el capítulo de compras públicas del acuerdo comercial con el Triángulo Norte aplica a las contrataciones de las empresas industriales y comerciales del Estado siempre que el monto de la contratación sea superior a 250.000 USD y el objeto no esté relacionado con sus actividades industriales o comerciales.
Decisión 439 CAN	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.	La Decisión 439 de 1998 de la Comunidad Andina, que contiene el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, sólo regula la contratación pública en materia de servicios, por lo actualmente no existen obligaciones regionales de compra pública para la contratación de bienes.

Acuerdo Comercial	Guatemala Cobertura del nivel subcentral	Cobertura de las EICE
Unión Europea[3]	Subsección 2. Entidades del Nivel Sub-Central de Gobierno Entidades contratantes: 1. Todos los Departamentos 2. Todos los Municipios Notas a esta subsección 1. No están cubiertas por el Título VI del presente Acuerdo: (a) las contrataciones de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos, relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria; y	En el caso de la Unión Europea, de acuerdo con la Decisión 01 de 2018, no se incluyen las entidades con carácter industrial y comercial.

En todo caso, y para mayor claridad, el siguiente cuadro elaborado por esta oficina, de forma meramente ilustrativa, describe cómo se han estructurado los compromisos internacionales del gobierno de Colombia a nivel subcentral en algunos acuerdos comerciales, identificando la cobertura de las empresas industriales y comerciales del Estado ("EICE").

De la realización de dicho análisis, esta Oficina ha encontrado que los acuerdos comerciales en cuestión se pueden ubicar en los siguientes casos:

- i. En algunos acuerdos comerciales se excluye expresamente a las EICE de la cobertura mediante una nota a la sección del nivel subcentral, como es el caso del Acuerdo bilateral con Chile.
- ii. En otros acuerdos comerciales se excluyeron las EICE a través de la exclusión directa de la categoría general (nivel departamental o municipal) a la que podrían pertenecer, como es el caso del Acuerdo Comercial con el Triángulo Norte, en el cual, para el caso específico

de El Salvador, se excluyeron los municipios y, consecuentemente, todas las entidades que los integran.

iii. En algunos acuerdos comerciales se incluyen las EICE en la cobertura del capítulo de contratación pública siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, como es el caso del Acuerdo Comercial con el Triángulo Norte, el cual, para el caso específico de Guatemala, aplica a las contrataciones de las EICE siempre que i) el monto de la contratación sea superior a 250.000 USD y ii) el objeto de la contratación no esté relacionado con sus actividades industriales o comerciales.

iv. En otros acuerdos comerciales, como es el caso de la CAN, a pesar de no existir un capítulo sobre contratación pública, el tema se ha regulado mediante una Decisión particular que aplica únicamente en materia de contratación pública de servicios, sin que exista disposición en materia de contratación de bienes. En este caso, todos los procesos de compra pública en Colombia relativos a servicios deben cumplir lo pre-

visto en dicha Decisión, al tratarse de una norma supranacional, preminente y de aplicación inmediata.

v. Finalmente, en algunos acuerdos comerciales, como el suscrito con la Unión Europea, no se mencionan las EICE dentro del capítulo de contratación pública ni en su anexo, pero a través de una Decisión (Decisión 01 de 2017) las mismas han sido expresamente excluidas de la cobertura del capítulo.

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.





Aplicación provisional de los Tratados Comerciales

Oficio 2-2022-023891 de 11 de agosto de 2022

Título: Aplicación provisional de los Tratados Comerciales

Fecha: 11 de agosto de 2022

Problema jurídico: ¿Cuál es la práctica nacional en materia de aplicación provisional de Tratados bilaterales o multilaterales de comercio internacional en Colombia?

Regla: En Colombia, la figura de la aplicación provisional de los tratados puede ser utilizada por el Presidente de la República únicamente respecto de tratados (i) de naturaleza económica y comercial, (ii) acordados en el ámbito de organismos internacionales, (iii) que así lo dispongan.

Concepto:

Se solicita a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (de ahora en adelante "OALI" u "Oficina") información sobre la práctica nacional en la aplicación provisional de los tratados bilaterales o multilaterales para la incorporación en la "United Nations Legislative Series".

A los efectos, el presente documento abarcará los siguientes temas: (I) la entrada en vigor de los tratados de comercio internacional en Colombia; (II) la aplicación provisional de tratados de comercio internacional en Colombia.

La entrada en vigor de los tratados de comercio internacional en Colombia

Como regla general, para que un tratado pueda ser ratificado y entre en vigor, debe ser aprobado mediante ley tramitada por el Congreso de la República, sancionada por el Presidente de la República y declarada exequible por la H. Corte Constitucional. Lo anterior, en virtud de los artículos 224 y 241.10 de la Constitución Nacional de la República de Colombia (en adelante, "Constitución"), los cuales establecen:

"ARTÍCULO 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso [...]"

"ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...]"

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales

y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

[...]"

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que la intervención del Congreso pretende dotar las relaciones internacionales de una base democrática y "asegurar que las obligaciones y los compromisos adquiridos por el Estado colombiano sean precedidas de un amplio proceso de reflexión, discusión y ponderación, pública y abierta, sobre la conveniencia, dimensión e impacto del acuerdo, a nivel económico, político, social y ecológico, y en el corto, mediano y largo plazo".

Una vez que el tratado ha sido declarado exequible, el Presidente de la República puede ratificar el tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación si se trata de un tratado multilateral, o a través de un canje de notas si es un tratado bilateral.

La aplicación provisional de los tratados en Colombia

Ahora bien, existe una excepción con relación al trámite interno que deben seguir los tratados y es la figura de aplicación provisional.

En efecto, el Artículo 224 de la Constitución establece:

"ARTÍCULO 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado" (negrita fuera de texto).

Así las cosas, la figura de la aplicación provisional de los tratados puede ser utilizada por el Presidente de la República, únicamente respecto de tratados (i) de naturaleza económica y comercial (ii) acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan.

En caso de que ninguna de dichas condiciones se cumpla, en virtud de los artículos 224 y 241.10 de la Constitución, el tratado debe surtir el trámite explicado en el primer acápite del presente documento, esto es, debe ser aprobado por el Congreso de la República e incorporado al derecho interno mediante una ley, además de ser declarado exequible por la H. Corte Constitucional, para así poder ser ratificado y aplicado.

Al respecto, es necesario mencionar que el efecto jurídico del precitado artículo 224 no es el de liberar del trámite general para la incorporación de los tratados al derecho interno. Por el contrario, pretende diferirlo en el tiempo, permitiendo que estos instrumentos sean aplicados antes de haberse expedi-



do la ley aprobatoria, de haberse surtido la revisión constitucional por parte de la Corte Constitucional, y de haberse ratificado.

(i) Naturaleza económica y comercial del tratado internacional

Sobre la condición de que los tratados deben ser de naturaleza económica y comercial para que la figura de aplicación provisional proceda, la H. Corte Constitucional ha indicado que para determinar su cumplimiento se debe indagar acerca de “los objetivos del tratado, con el fin de poder identificar si sus disposiciones apuntan a fomentar y fortalecer las relaciones en dichas materias, como: promover la inserción de la economía de los Estados en los mercados internacionales, facilitar los intercambios comerciales, los movimientos de productos, de servicios y de capitales, favorecer el desarrollo y el crecimiento económico, propugnar por la generación de empleo, modernizar el aparato productivo, mejorar los niveles de vida de la población, promover las inversiones nacionales y extranjeras, ampliar mercados, promover el crecimiento económico, garantizar los derechos de personas o empresas a invertir en el país, promover condiciones para la competencia económica, entre otros”.

Adicionalmente, la H. Corte Constitucional ha precisado que, entre los tipos de tratados de índole comercial y económica, se pueden citar entre otros, los tratados de com-

plementación económica, los acuerdos de integración económica, los tratados de libre comercio, los acuerdos de alcance parcial, los acuerdos comerciales regionales, las uniones aduaneras, los acuerdos de preferencias comerciales, entre otros.

(ii) Tratados internacionales acordados en el ámbito de organismos internacionales

En sentencia C-132 de 2014, a través de la cual se declara la exequibilidad del Acuerdo de Transporte Aéreo entre Colombia y Estados Unidos de América y su ley aprobatoria, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la H. Corte Constitucional interpretó textualmente las expresiones “ámbito” y “organización internacional”. Allí determinó que la exigencia del Artículo 224 de la Constitución se satisface únicamente en dos hipótesis:

- primera, cuando “el procedimiento de negociación y/o adopción del tratado haya sido administrado por el organismo internacional o como consecuencia del ejercicio de una facultad, actividad o atribución asignada al organismo internacional y desarrollada por aquel o por un órgano del mismo comisionado para tal efecto”; y
- segunda, “cuando la negociación y/o adopción del tratado es la consecuencia de un mandato expreso del organismo internacional de que se negocie en su nombre o a sus instancias”.

Posteriormente en Sentencia C-2018/2014, a través de la cual se declaró la inexequibilidad diferida del Decreto 1513 de 2013, “por el cual se da aplicación provisional al Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012”, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, la H. Corte Constitucional estableció que el requisito de que el tratado sea acordado en el ámbito de organizaciones internacionales se cumple:

“[...] en la medida en que el instrumento cuya vigencia se anticipa, constituya un desarrollo, una concreción o una materialización del objeto del organismo internacional. En efecto, para la creación de tales entes, se ha debido definir con precisión, también mediante un acuerdo internacional, sus objetivos y ámbito de acción, y el sistema jurídico que la rige, de modo que la producción normativa posterior vendría a ser, en estricto sentido, una concreción de estos derroteros definidos previamente, y frente a los cuales, en principio, ya se han surtido los procedimientos constitucionales requeridos para asegurar su base democrática, la deliberación y el proceso reflexivo que antecede a la adopción de compromisos internacionales, así como la compatibilidad del acuerdo con el ordenamiento superior, y por ende, el cumplimiento

del compromiso. **En tales circunstancias, como en estas hipótesis el instrumento internacional a ser aplicado provisionalmente constituye tan solo una derivación de aquel otro que sí fue objeto del procedimiento de aprobación legislativa y de control constitucional, en principio los objetivos perseguidos a través de tales procedimientos corren un menor riesgo cuando se faculta al Ejecutivo para ponerlo en marcha antes de que se surtan tales trámites. Entendido así el precepto constitucional, en el sentido de que el tratado objeto de aplicación provisional debe constituir un desarrollo o una concreción del objeto institucional del organismo internacional, determinado en otro tratado que sí estuvo precedido del proceso de aprobación parlamentaria y del control constitucional, la exigencia se convierte en una herramienta que blindará al instrumento de los peligros y dificultades constitucionales asociadas al diferimiento del proceso de aprobación legislativa y de la revisión de exequibilidad**" (negrita fuera de texto).

De esta manera, la H. Corte Constitucional dispone que el criterio determinante es que la negociación y suscripción del instrumento a ser aplicado provisionalmente se encuentre comprendido dentro del objeto institucional del organismo internacional, determinado en el tratado constitutivo. En específico, el tratado debe ser un desarrollo y una concreción directa y específica del objeto de la mencionada organización internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar que la Organización Mundial de

Comercio (en adelante, "OMC") y su tratado constitutivo han sido considerados por la H. Corte Constitucional como insuficientes para darle cumplimiento al requisito de "*ser negociados en el ámbito de un organismo internacional*".

Por ejemplo, en la sentencia C-280 de 2014, la H. Corte Constitucional se refirió a la aplicación provisional del "Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra" (en adelante, "*acuerdo comercial con la UE*"), siendo la primera vez que se pronunciaba sobre la exequibilidad de un decreto que proveía la aplicación provisional de un tratado. Anteriormente, se había pronunciado únicamente sobre la constitucionalidad de las disposiciones de los tratados que contemplaban dicha posibilidad.

Allí, la Corte Constitucional no admitió a la OMC como organismo internacional para los efectos del artículo 224 de la Constitución Política, por las razones que se resumen a continuación:

En primer lugar, el acuerdo constitutivo de la OMC (en adelante, Acuerdo de Marrakech) tiene por objeto regular el comercio multilateral y no relaciones bilaterales de comercio, como lo hace el Acuerdo Comercial con la UE.

En segundo lugar, dichos acuerdos responden a principios que, desde una perspectiva material, son sustancialmente distintos: el Acuerdo de Marrakech apunta a un modelo de comercio fundado en la prohibición de discriminación (desarrollada en la cláusula de nación más favorecida y la obligación de trato nacional), mientras que

el acuerdo comercial con la UE constituye una excepción a dicha prohibición. De hecho, según la H. Corte Constitucional, la celebración de acuerdos bilaterales o plurilaterales de libre comercio no hace parte del objeto de la OMC.

En tercer lugar, si bien una de las funciones de la OMC es servir como foro de negociación entre los Países Miembros, lo debe hacer en relación con los acuerdos multilaterales de comercio según la normatividad contenida en los acuerdos del Anexo 1.

En cuarto lugar, dentro del orden jurídico de la OMC tampoco se encuentran comprendidos los tratados de libre comercio o los tratados mediante los cuales se crean uniones aduaneras, porque no corresponden a la naturaleza ni al objetivo del organismo de fijar las bases comunes para el comercio internacional. Esto, a pesar de que estos tengan que ser notificados a la OMC para su examen y evaluación.

Por su parte, bajo el criterio de la H. Corte Constitucional, los acuerdos comerciales suscritos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante, "*ALADI*"), sí han satisfecho la condición "*ser negociados en el ámbito de un organismo internacional*". Lo anterior, por cuanto la ALADI "*no persigue únicamente regularizar y unificar el régimen del comercio externo, sino también, y fundamentalmente, facilitar y promover las negociaciones comerciales bilaterales y plurilaterales entre los países*".

La ALADI es una organización regional integrada por 13 países de América Latina, que busca, entre otras cosas, ser una plataforma para la concertación intrarregional en áreas como la promoción del comercio, la complementación económica, el comercio agropecuario, la cooperación en materia tributaria y aduanera, y el medio ambiente. Su tratado constitutivo, (el Tratado de Montevideo de 1980), establece que la ALADI sería el escenario por excelencia para la concertación intra-regional y provee diferentes clases de acuerdos propios de la organización: "*Acuerdos Regionales*", los "*Acuerdos de Alcance Parcial*", y dentro de estos, los "*Acuerdos de Complementación Económica*".

Los anteriores entendimientos fueron reiterados en Sentencia C-335/2014, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, a través de la cual la H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad del "Acuer-



do Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra', firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012" y de su ley aprobatoria. En aquella oportunidad manifestó:

"En el caso del que ahora se ocupa la Corte, el Presidente de la República le dio aplicación provisional al acuerdo examinado, mediante el Decreto 1513 de 18 de julio de 2013, luego demandado y estudiado por esta Corporación que, en primer término, reconoció su competencia para pronunciarse sobre los decretos que disponen la aplicación provisional de tratados de índole económica y comercial, acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan.

La Corte estimó que el acuerdo entre las partes para dar aplicación provisional a un tratado antes de que se surta su perfeccionamiento, así como los decretos contentivos de la respectiva orden se asimilan, respectivamente, a los tratados internacionales y a sus leyes aprobatorias, por lo que procede adelantar su control de constitucionalidad.

En cuanto al decreto demandado, la Corporación consideró que hacía viable en el orden interno el acuerdo de aplicación provisional y verificó que, aun cuando en sus considerandos se sostiene que el tratado fue acordado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, los

tratados bilaterales o plurilaterales de comercio no hacen parte del orden jurídico de esta Organización y constituyen excepción a los principios generales que rigen el comercio mundial relacionados con la igualdad, la no discriminación, la obligación de trato nacional y la cláusula de nación más favorecida".

De esta manera la H. Corte Constitucional de Colombia ha instituido que los tratados bilaterales o plurilaterales de comercio no hacen parte del ámbito de la Organización Mundial del Comercio, motivo por el cual no es posible su aplicación provisional. Por el contrario, los acuerdos comerciales suscritos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración sí han satisfecho la condición "ser negociados en el ámbito de un organismo internacional".

La exigencia, prevista en el Artículo 224 de la Constitución Política de Colombia, de que el acuerdo internacional cuya aplicación provisional se persigue haya sido suscrito en el ámbito de una organización internacional, debe ser entendida en el sentido de que el tratado debe ser un desarrollo y una concreción directa y específica del objeto de la mencionada organización internacional.

(iii) Los tratados internacionales deben contener la posibilidad de su aplicación provisional

Por último, sobre este requisito, la H. Corte Constitucional ha encontrado que la apli-

cación provisional se ha pactado de forma mayoritaria en instrumentos de naturaleza económica y comercial, pero también se ha incluido en tratados ajenos a tales materias como la "Convención sobre la Notificación de Accidentes Nucleares", el "Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines", la "Convención sobre Municiones en Racimo", y finalmente el "Convenio Cultural y Educativo entre Colombia y Cuba", entre otros.

Cabe resaltar que las 3 condiciones establecidas en el artículo 224 de la Constitución deben cumplirse de forma concurrente, por lo que si el tratado no contiene en sus disposiciones la posibilidad de aplicarse de forma provisional, al mismo no le aplicaría la excepción al trámite interno de aprobación de tratados de dicho artículo.

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.



Estándar de nación más favorecida

Oficio 2-2022-014967 de 19 de mayo de 2022

Título: Estándar de Nación Más Favorecida

Fecha: 19 de mayo de 2022

Problema jurídico: ¿Cuál es el alcance del estándar de Nación más Favorecida (NMF) en acuerdos comerciales de índole multilateral y bilateral? ¿Cuál es la competencia de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales sobre dicho alcance?

Regla: En el ámbito 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 productos. En cuanto al ámbito bilateral, las cláusulas NMF tienen dos dimensiones: (1) una negativa, en el sentido de ser una excepción al principio de NMF multilateral; y (2) una positiva, en el sentido de imponer la obligación entre dos o más socios preferenciales, vinculados a un instrumento internacional, de garantizar la extensión a los socios en comento, del mejor trato que se otorga a cualquier otro socio preferencial.

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales es competente para determinar el alcance y/o interpretar las cláusulas de NMF en el contexto de los procesos y relaciones jurídicas comerciales de las que sea parte Colombia, pero no es competente para pronunciarse sobre su aplicación en casos específicos, dado que es competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Concepto

Se consulta a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ("OALI" u "Oficina") acerca de la siguiente inquietud relacionada con el estándar de "nación más favorecida" ("NMF"):

¿La aplicación de la cláusula de Nación más Favorecida acordada en el CDI Colombia - Canadá tiene como consecuencia que partir del 13 de diciembre del 2019 los pagos que efectúe una "sociedad" (cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica para efectos impositivos) a contraprestaciones por concepto de servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría de personas jurídicas o naturales con un único establecimiento permanente en Canadá tiene cero (0)% de retención e impuesto de industria y comercio (ICA)?

1. Concepto del estándar de Nación Más Favorecida en Convenios para evitar la Doble Imposición ("CDI")

Esta Oficina es competente para determinar el alcance y/o interpretar la cláusula de NMF en el contexto de los procesos y relaciones jurídicas comerciales de las que sea parte Colombia, pero no es competente para pronunciarse específicamente sobre el mismo en el marco de CDIs, dado que es competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ("DIAN").

Así, le damos traslado de su consulta a la Dirección de Gestión Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de la DIAN, en los términos del artículo 21 de la Ley 1755 de 2015

para efectos de que su consulta sea atendida, en lo que corresponda, desde el punto de vista tributario.

2. Concepto del estándar de Nación Más Favorecida en el marco del derecho económico internacional

Visto lo anterior, la OALI explicará el alcance del estándar NMF desde la perspectiva del Derecho Económico Internacional, cuyo análisis sí está en cabeza de esta oficina.

El estándar de 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. Significa, entonces, una equivalencia en el trato comercial otorgado por un Estado o unidad aduanera o tributaria en el marco del derecho internacional económico hacia sus pares. En sí, resulta en una expresión del principio de no discriminación en derecho internacional y propende por garantizar la igualdad de trato para evitar conflictos derivados de tratos discriminatorios y arbitrarios. En consecuencia, es una de las principales expresiones del Estado de derecho internacional.

La historia de esta clase de cláusulas se remonta al siglo XVII, a pesar de que el término se había utilizado desde el siglo XII. Su uso se hizo común en los tratados de amistad, comercio y navegación en el marco de una expansión comercial que dio lugar a la celebración de varios tratados comerciales, y estaban dirigidas a una variedad de aspectos como derechos, privilegios, inmunidades y excepciones. No obstante, con ocasión al proteccionismo derivado de la primera guerra mundial y de la depresión económica de 1929, su uso se ralentizó. No fue sino hasta la negociación del

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT", por sus siglas en inglés), firmado en 1947, que la cláusula NMF volvió a surgir, esta vez como el pilar del sistema multilateral de comercio. Las concesiones arancelarias allí acordadas entraron en vigor el 30 de junio de 1948 en virtud de un "Protocolo de Aplicación Provisional".

Ahora bien, no fue sino hasta 1994 que se creó una Organización Internacional como marco institucional común para facilitar la aplicación, administración y funcionamiento del GATT. Esta organización es la Organización Mundial del Comercio ("OMC" u "Organización"), la cual, a la fecha, tiene 164 Miembros, incluyendo a Colombia. La OMC también se encarga de facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de otros acuerdos multilaterales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("GATS", por sus siglas en inglés), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ("TRIPS", por sus siglas en inglés), los cuales también contienen cláusulas NMF. De esta manera, el estándar MFN ya no sólo se aplica al comercio de bienes, sino a otras áreas del comercio como al comercio de servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el estándar MFN tiene una regulación diferente en el ámbito multilateral y bilateral.

1. 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, Corea, entre otros.

El estándar de 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 productos. En este sentido, todo trato favorable debe extenderse, de forma incondicional e inmediata, a los productos similares de todos los Estados Miembro de la Organización.

En los términos del artículo I (1) del 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".

En materia arancelaria, entonces, todo arancel más favorable que Colombia imponga a un Estado Miembro de la OMC debe ser extendido, inmediata e incondicionalmente, a los demás Estados Miembro de la Organización, en virtud de la obligación derivada del NMF.

No obstante, el estándar de NMF tiene una excepción relevante para su consulta, a saber, las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio.

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 zonas de libre comercio y uniones aduaneras, siempre y cuando esto resulte en una mayor integración de los mercados.

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 acuer-

dos comerciales) o de una unión aduanera.

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 Estados Miembro de la OMC, pues, como se mencionó, las zonas de libre comercio (creadas a través de acuerdos comerciales) están exceptuadas de la obligación de NMF.

NMF en el Régimen Bilateral. A nivel bilateral es posible afirmar que las cláusulas NMF tienen dos dimensiones: 1. Una dimensión negativa, por la cual, como fue indicado anteriormente, el tratamiento arancelario o tributario 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. Es negativa en el sentido de ser una excepción al principio de NMF multilateral. 2. Una dimensión positiva, en el sentido de imponer una carga entre dos o más socios preferenciales, vinculados a un instrumento internacional, de garantizar la extensión a los socios en comento, del mejor trato que se otorga a cualquier otro socio preferencial,



cualquiera sea el acuerdo adoptado para el efecto (bilateral, regional, plurilateral u otro).

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 Estados Miembro de la OMC. Al respecto, la OALI resalta 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. Se debe tener en cuenta que el texto final de todos los acuerdos comerciales vigentes se puede encontrar en el siguiente vínculo: <http://tlc.gov.co/>.

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 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”*.

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.

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.

En términos generales, entonces, los acuerdos comerciales establecen ciertas preferencias arancelarias (no extensibles a los Estados Miembro 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.

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 que tipo de mercancía se pretende importar y cuál es el origen de esta mercancía, de cara a las reglas particulares contenidas en cada tratado.

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.

Conclusiones

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 (erg., preferencias arancelarias, tributos cobrados) a todos los bienes importados a su territorio, sin importar su origen.

En el régimen multilateral, en virtud de la obligación de NMF, los Estados Miembro de la OMC están obligados a extender las ventajas comerciales que concedan a todos los demás Estados Miembro de la Organización (como, por ejemplo, aranceles o impuestos más favorables), a menos que dichas ventajas sean fruto de un acuerdo comercial (a tra-

vés del cual se establezca una zona de libre comercio) o de una unión aduanera.

En otras palabras, las preferencias arancelarias pactadas vía acuerdo comercial no son extensibles a todos los Estados Miembro de la OMC, pues se constituyen como una excepción al estándar de NMF.

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 y 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.

En lo que respecta a la aplicación del estándar NMF en el marco de CDI's, se corre traslado por falta de competencia a la Unidad Administrativa Especial de la DIAN.

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.

Noticias de actualidad





Restablecimiento relaciones Colombia - Venezuela

El 29 de agosto de 2022, se restablecieron oficialmente las relaciones diplomáticas entre Colombia y Venezuela. Dicho hito se cumplió una vez que el embajador Armando Benedetti presentó sus credenciales ante el Presidente del vecino país Nicolás Maduro.

El restablecimiento de relaciones se materializó rápidamente a través de varios hechos concretos. Después de permanecer cerrada durante más de 7 años, el 26 de septiembre de 2022 se reabrió la frontera entre Colombia y Venezuela. Para ello fue fundamental la gestión realizada por el ministro de Comercio, Industria y Turismo, Germán Umaña Mendoza.

Según el ministro, al finalizar el año 2022, el valor de las exportaciones a Venezuela debería ascender a USD 1200 millones. El crecimiento ha sido evidente, las exportaciones hacia Venezuela entre enero y septiembre de 2021 ascendieron a 222 millones de dólares. En el mismo periodo del año 2022, las exportaciones alcanzaron más de 457 millones de dólares.¹

Ahora bien, las importaciones de Venezuela cuentan una historia diferente. Entre enero y septiembre de 2021 estas ascendieron a 50 mil dólares, en el mismo periodo de 2022 aumentaron a 65 mil dólares.² Se espera que esas cifras aumenten de manera progresiva a medida que se recupere la economía venezolana.

Para impulsar la reapertura se pretenden adoptar medidas de distinta naturaleza, entre las que se incluye la creación de zonas económicas especiales cobijadas por exenciones de impuestos diseñadas para incentivar la inversión y aumentar la competitividad.

La reapertura de la frontera ha sido gradual. El 26 de septiembre se habilitó el paso vehicular en el Puente Simón Bolívar. A partir del 15 de diciembre se permitió el paso en el Puente Internacional de Tienditas, ubicado unos 10 kilómetros al norte del Puente Simón Bolívar, se ha establecido que, para inicios del 2023, la reapertura comercial avance escalonadamente.

Sin embargo, la reapertura de la frontera, y en general el restablecimiento pleno de las relaciones diplomáticas, trae fuertes desafíos que, por el momento, impiden desarrollar al máximo su potencial.

Un primer desafío es el del orden público. A lo largo de los 2200 kilómetros de frontera que comparten ambos países se ubican más

de diez bandas delincuenciales que atemorizan a la población civil y cooptan el comercio tanto legal como en su mayoría ilegal.

Se han presentado enfrentamientos sangrientos entre poderosos grupos al margen de la ley, como el ELN, las disidencias de las FARC, y otros grupos delincuenciales.

Actualmente, la línea fronteriza se encuentra agrietada por decenas de trochas en las cuales existen pasos ilegales de un país a otro, facilitando así el narcotráfico y el contrabando.

La complejidad de la situación se refleja en las cifras: se calcula que, entre enero y agosto de 2022, hubo más de 250 homicidios en la frontera. Esta problemática ha sido reconocida por el presidente Gustavo Petro, quien, al ser consultado sobre la reapertura de la frontera, declaró³:

"El tema de la frontera va más lento de lo que creía. Durante los años en los que no tuvimos relaciones Colombia y Venezuela, un tiempo de vacío estatal, se creó un poder mafioso sobre el comercio, con una capacidad enorme de destrucción de la población que tenía que transitar de un lado a otro. Al abrirla ahora, nos toca chocar con ese tipo de estructuras criminales".

Sin embargo, el presidente Petro confía en tener la capacidad militar suficiente para enfrentar esta situación y, poco a poco, restablecer la normalidad en la zona⁴.

Además de la reapertura de la frontera, otro asunto relevante que trae el restablecimiento de las relaciones bilaterales es la reanudación de vuelos entre Colombia y Venezuela. La ausencia de tránsito aéreo se rompió el 7 de noviembre de 2022, cuando aterrizó en el Aeropuerto el Dorado un vuelo proveniente de Caracas operado por la aerolínea Turpial Airlines. Dado que entre los dos países no existía transporte vía aérea desde Febrero del 2019, fecha en la cual se rompieron las relaciones diplomáticas con el vecino país, es por ello que contar nuevamente con vuelos comerciales resulta trascendental.

La conectividad aérea entre Colombia y Venezuela es una gran oportunidad para el desarrollo y crecimiento de Satena, la aerolínea que es propiedad del Estado colombiano. En efecto, Satena ya se encuentra operando vuelos hacia Caracas, y se espera que adquiera dos aviones con capacidad para 180 pasajeros con el propósito de cubrir constantemente rutas hacia el vecino país.

Ahora bien, la conectividad aérea se ha visto dificultada por la imposibilidad de contar con vuelos de Conviasa, cuya propiedad pertenece al gobierno venezolano. Al respecto, debe recordarse que, desde el 2020, Conviasa se encuentra incluida en la lista de la OFAC, o lista Clinton. Por tal motivo, mantener cualquier tipo de relación con la aerolínea puede generar represalias por parte de las autoridades de los Estados Unidos.

A pesar de lo anterior, el presidente Petro ha solicitado al gobierno estadounidense revisar las sanciones a Conviasa. En ese sentido, este servicio será prestado por parte de Turpial Airlines sin embargo no debe descartarse que dicha aerolínea u otra realice vuelos a Colombia próximamente.

Otro reto que no solo le espera a Colombia en su relación con Venezuela, sino a la comunidad internacional es el posible retorno de Venezuela a la Comunidad Andina de Naciones - CAN. El pasado 1 de noviembre de 2022 el Presidente Gustavo Petro sostuvo una reunión con Nicolás Maduro en donde este último manifestó que su país regresaría a la CAN:

"Estamos decididos a incorporarnos a la Comunidad Andina de Naciones con toda nuestra capacidad productiva, con nuestra capacidad comercial y una economía creciendo (...) ha llegado el momento para regresar a este organismo para construir con nuestros hermanos de la Suramérica andina".⁵

La participación de Venezuela, sin duda, permitiría fortalecer la economía regional y el espíritu de integración del mecanismo. Si bien hasta el momento no se han dado pasos concretos frente al posible regreso de Venezuela, se espera que en el 2023 se plantee un proyecto concreto que permita, de ser el caso, su retorno efectivo al mecanismo de integración.

1 Información consultada en el Mapa Regional de Oportunidades - MARO. Disponible en: <https://www.maro.com.co> (Consultado el 5 de diciembre de 2022).

2 Ibidem.

3 Quesada, J.D. (2022) Petro: "Rechazar La Democracia liberal lleva a la dictadura, como ha ocurrido en algunos países de América Latina", El País América Colombia. Disponible en: <https://elpais.com/america-colombia/2022-11-13/gustavo-petro-rechazar-la-democracia-liberal-lleva-a-la-dictadura-como-ha-ocurrido-en-algunos-paises-de-america-latina.html> (Consultado el 28 de noviembre de 2022).

4 Ibidem.

5 El Tiempo "Venezuela volverá a integrar la Comunidad Andina de Naciones, confirma Maduro". Disponible en: <https://www.eltiempo.com/mundo/venezuela/venezuela-volvera-a-integrar-la-comunidad-andina-de-naciones-maduro-715046> (Consultado el 9 de diciembre de 2022)

Diez años del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos



El pasado 15 de mayo se cumplieron diez años de vigencia del Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia, también llamado TLC. La finalidad del acuerdo es promover la integración económica regional, fortalecer la cooperación, establecer reglas claras que rijan el intercambio comercial, asegurar un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones y evitar las distorsiones en el comercio recíproco.

El Congreso colombiano aprobó el acuerdo mediante Ley 1143/2007 y su exequibilidad fue declarada en Sentencia C-750/08. El "Protocolo Modificatorio" del Acuerdo, firmado en Washington el 28 de junio de 2007, fue aprobado mediante Ley 1166 de 2007 y fue declarado exequible mediante Sentencia C-751/08.¹

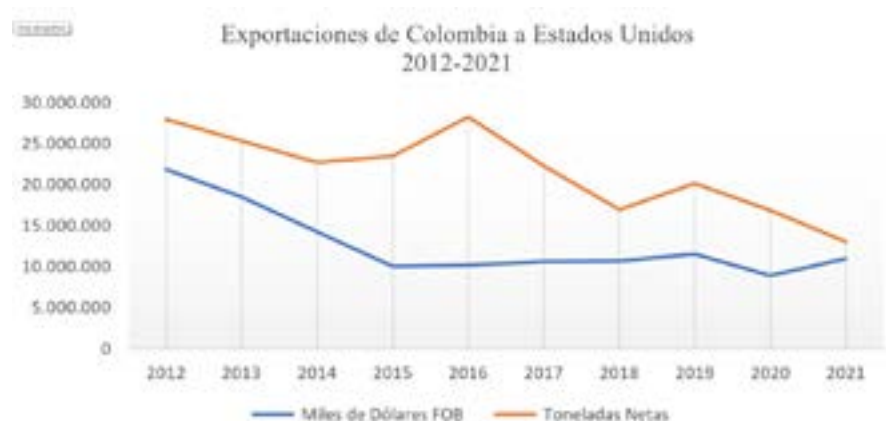
Antes de la entrada en vigor del TLC, desde 1992, con la Ley de Preferencias Arancelarias

Andinas - ATPA, las exportaciones colombianas hacia Estados Unidos tenían preferencias arancelarias unilaterales enmarcadas en la lucha contra el narcotráfico. Estas preferencias terminaron en diciembre de 2001 y se extendieron hasta agosto de 2002 con la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de Drogas - ATPDEA.

En julio de 2013, después de seis prórrogas, el ATPDEA terminó definitivamente. En este escenario, Colombia registraba una balanza de bienes positiva con Estados Unidos que superaba los USD 8.000 millones en 2011². Tras la entrada en vigor del TLC se crearon preferencias arancelarias recíprocas, eliminándose la mayoría de los aranceles de forma inmediata y los restantes se irán eliminando progresivamente a lo largo de periodos de hasta 19 años.³ Desde entonces, ¿cuál ha sido el balance comercial entre estos dos países?

Balance comercial entre Colombia y Estados Unidos tras la entrada en vigor del TLC

De acuerdo con las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)⁴ en 2012, Colombia exportó a Estados Unidos 27,9 millones de toneladas de mercancías, que en valor FOB, representaron 21.833 millones de dólares. En 2021, Colombia exportó 12,9 millones de toneladas, valoradas en 10.959 millones de dólares (FOB). Así, respecto de estos dos periodos se generó una reducción en toneladas exportadas del 53,5% y del 49,8% en valor FOB. La tendencia de las exportaciones durante la última década fue la siguiente:



Fuente: elaboración propia con base en la información suministrada por Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) a través del Sistema Estadístico de Comercio Exterior

¹ El TLC contiene un preámbulo y veintitrés capítulos con sus anexos y disposiciones generales, así también como otras específicas en materia de: trato nacional y acceso al mercado, reglas de origen y procedimientos de origen, procedimiento aduanero y facilitación del comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, defensa comercial, contratación pública, inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, propiedad intelectual, derecho laboral, ambiente, transparencia, entre otros. Así mismo, establece mecanismos de solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación del TLC o aquellas que puedan surgir entre un inversionista y un Estado.

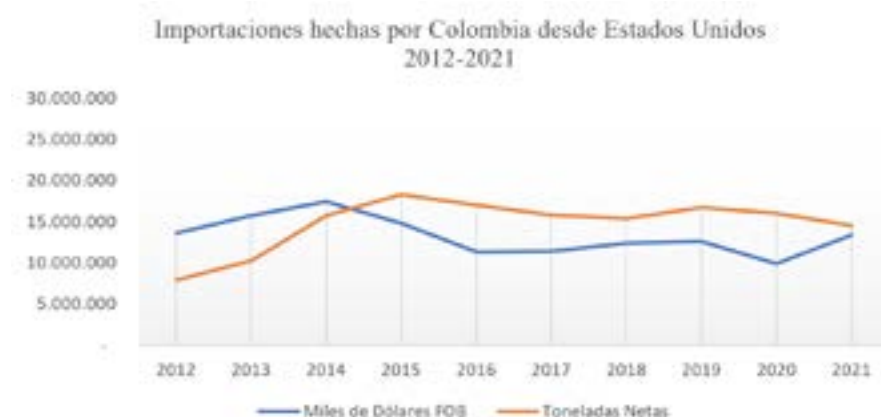
² Ver, Oficina de Estudios Económicos (OEE), Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Revista Estudios Económicos: Los 10 años del TLC con Estados Unidos, Abril 2022, págs. 32 y ss. Recuperado de: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/estudios-economicos/revista-oe/2022/revista-6/revista-oe-11-abril-2022.pdf.aspx>

³ Villarreal, M. Angeles. "The US-Colombia free trade agreement: Background and issues." Library of Congress, Congressional Research Service, 2022 p. 8 y 18. Recuperado de: http://www.sice.oas.org/tpd/and_usa/Studies/USA_COL_FTA_Rpt_2022_e.pdf



Con respecto a las importaciones, las cifras muestran que, mientras en 2012 Colombia importó de Estados Unidos 7,9 millones de toneladas de mercancías, valoradas en \$14.242 millones de dólares, en 2021 importó 14,5 millones de tonela-

das, con valor FOB de \$14.071 millones de dólares lo cual representó un aumento del 84% en las toneladas importadas, y una reducción en el valor FOB del 1%. La tendencia general de las importaciones en esta década fue la siguiente:



Fuente: elaboración propia con base en la información suministrada por Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) a través del Sistema Estadístico de Comercio Exterior

En cuanto a los sectores ganadores, la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos destaca que desde que el TLC entró en vigor, las exportaciones agrícolas a Colombia se han triplicado, pasando de 1.100 millones de dólares a 3.400 millones en 2021.⁵ Por ejemplo, en el

año inmediatamente anterior a la entrada en vigor del TLC, las exportaciones estadounidenses de maíz amarillo a Colombia fueron de aproximadamente 417.000 toneladas (115,5 millones de dólares). En 2019-2020, las exportaciones ascendieron a 4,4 millones de toneladas valoradas en 725,2 millones de dólares.⁶

4 Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Sistema Estadístico de Comercio Exterior. Recuperado de: <http://websiex.dian.gov.co/>. Cfr. Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Exportaciones Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/exportaciones> y, Cfr., Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Importaciones Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/importaciones>.

5 Committee on Ways and Means, 10 Years of U.S.-Colombia Free Trade Agreement Proves Why We Need an Ambitious Trade Agenda 2022

6 United States International Trade Commission, Economic Impact of Trade Agreements Implemented under Trade Authorities Procedures, 2021 Report, Publication Number: 5199, June 2021, págs. 178 y ss.

7 Para mayor información, ver: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, En 10 años de TLC: más inversión, más exportaciones y más empresas vendiendo a Estados Unidos, 2022

En Colombia se destacan las exportaciones de bienes no minero energéticos (agropecuarios, agroindustriales e industriales), registrando un crecimiento promedio anual del 4,8%. En 2012, las exportaciones llegaron a US\$3.415 millones y en 2021 alcanzaron los US\$5.239 millones, reportando un crecimiento del 53,4%. El TLC también permitió la diversificación de la canasta exportadora. Además de flores y café, en este periodo ingresaron 100 productos agropecuarios no-tradicionales como la papaya, naranja, hierbas aromáticas, piña, limón Tahití, mandarina, arándanos, uchuvas, tilapia y aguacate hass, entre otros.⁷



MAERSK
MAERSK SEALAND
MAERSK SEALAND
MAERSK SEALAND
MAERSK SEALAND
MAERSK SEALAND

CAPITAL
CLHU 313097 2
2261
SERVICES
44
www.capital-container.com
ADDRESS
DATE
NET
GROSS

CLHU

DAVID



**Casos y novedades en
el sistema de solución
de diferencias de la
Organización Mundial
de Comercio
2022**

Colombia y otros 163 países son miembros de la Organización Mundial del Comercio. Al estar allí, Colombia se obliga jurídicamente como nación a las decisiones adoptadas por esta Organización Internacional y, por ende, es relevante conocer los antecedentes y las decisiones que en el 2022 se han adoptado por este órgano colegiado.

Es así como desde el Comité Editorial de esta revista consideramos relevante hacer un barrido de las decisiones más trascendentes (DS-524 y DS-522) para presentar un breve resumen de estas.

DS 524 - informe definitivo sobre las restricciones a la importación aplicadas por Costa Rica a los aguacates mexicanos¹

El 13 de abril de 2022, el Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el caso presentado por México contra Costa Rica, constató que las medidas impuestas por Costa Rica a la importación de aguacate fresco para consumo originario de México eran incompatibles con varias disposiciones del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF).

El 8 de marzo de 2017, México solicitó la celebración de consultas con Costa Rica con respecto a: (i) dos Resoluciones del Servicio Fitosanitario del Estado (SFE) del Ministerio de Agricultura y Ganadería de Costa Rica (Resoluciones DSFE-003-2018 y DSFE-002-2018) por las que se imponen determinados requisitos fitosanitarios relacionados con el ASBVd para las importaciones de frutos frescos de aguacate; (ii) dos Informes elaborados por la Unidad de Análisis de Riesgo de Plagas del SFE (Informes ARP-002-2017 y ARP-006-2016) que contienen la evaluación del riesgo fitosanitario con respecto al riesgo de ASBVd; y, (iii) el Manual NR-ARP-PO-01_M 01, del 10 de mayo de 2016, preparado por la Unidad de Análisis de Riesgo de Plagas del SFE, que contiene la metodología de análisis de riesgo fitosani-

tario que se utilizó para elaborar los Informes ARP-002-2017 y ARP-006-2016.

El Grupo Especial constató en relación con el Acuerdo MSF que: (i) México había demostrado que las Resoluciones DSFE-002-2018 y DSFE-003-2018 constituyen individualmente medidas fitosanitarias sujetas al Acuerdo MSF. Sin embargo, no comprobó la existencia de una medida fitosanitaria compuesta por las cinco medidas identificadas por México en su conjunto; (ii) Costa Rica había actuado de forma incompatible con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, al no asegurarse de que sus medidas fitosanitarias se basaran en una evaluación adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la preservación de los vegetales; (iii) Costa Rica había actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF porque, en la evaluación de los riesgos, no había tenido en cuenta las pruebas científicas disponibles ni la prevalencia de enfermedades o plagas específicas. Asimismo, (iv) constató que Costa Rica había actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 5 del Acuerdo MSF porque, al evaluar el riesgo para la vida o la salud de las plantas y determinar la medida que debía aplicarse no había tenido en cuenta como factores económicos pertinentes. Finalmente, el Grupo Especial determinó que Costa Rica había actuado de manera incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF, al no garantizar que sus medidas fitosanitarias se basaran en principios científicos.

Con respecto a las Reclamaciones por discriminación, el Grupo Especial constató que existieron distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección de Costa Rica en relación con los aguacates frescos importados para el consumo procedentes de países en los que está presente el ASBVd frente a aguacates nacionales costarricenses en los que México alegó que es probable que esté presente el ASBVd. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que Costa Rica había actuado de forma incompatible con el artículo 5.5 del Acuerdo MSF y con las frases primera y segunda del artículo 2.3 del Acuerdo MSF.

DS 592 – Informe relativo a las medidas impuestas por Indonesia al mineral de níquel²

El 30 de noviembre de 2022, el Grupo Especial de la OMC, en el caso presentado por la Unión Europea contra Indonesia, constató que las medidas impuestas por Indonesia al mineral de níquel eran incompatibles con el artículo XI.1 del GATT y que no están justificadas al amparo del artículo XX d) del GATT de 1994.

El 22 de noviembre de 2019, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con Indonesia en relación con: (i) la prohibición de exportar mineral de níquel y (ii) un requisito de transformación nacional (DPR) para todo el mineral de níquel. Estas medidas se aplicaban a través de diversas leyes y reglamentos.

El grupo especial constató que la prohibición a la exportación de mineral y el requisito en materia de transformación no quedaban excluidos de la aplicabilidad del artículo XI.1 del GATT porque no constituían medidas aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para Indonesia. Así, encontraron resultaban incompatibles con el artículo XI.1 del GATT de 1994. El Grupo Especial también llegó a la conclusión de que la prohibición a la exportación y el requisito de transformación nacional no estaban justificados al amparo del artículo XX d) del GATT de 1994 porque no eran necesarios para lograr la observancia de leyes y reglamentos que no sean en sí incompatibles con el GATT de 1994.

¹ La Organización Mundial del Comercio. (2022) DS524: Costa Rica — Medidas relativas a la importación de aguacates frescos procedentes de México. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds524_s.htm#collapseA

² La Organización Mundial del Comercio. (2022) DS592: Indonesia — Medidas relativas a las materias primas. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds592_s.htm#bkmk592r



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Sede principal

Calle 28 No. 13 A – 15 Bogotá D.C,

Código postal: 110311

Teléfono Conmutador: (+57) 601 6067676

Línea gratuita: 01 8000 95 8283

Correo Institucional: info@mincit.gov.co

Preguntas, Quejas, Reclamos Sugerencias, Denuncias (PQRSD)

Denuncias por actos de corrupción: soytransparente@mincit.gov.co

Notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@mincit.gov.co



@MincomercioCo



@MincomercioCo



@mincomercioco



mincomerciocolombia



ministerio-de-comercio-industria-y-turismo



GOV.CO

que