

## **Sentencia C-157/16**

### **TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Resulta constitucional**

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES QUE LOS APRUEBAN-Competencia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES QUE LOS APRUEBAN-Características**

*Conforme a lo establecido en el numeral 10º del artículo 241 de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional la revisión de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias. Esta Corporación ha manifestado que el mencionado control se caracteriza por ser: i) previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción Presidencial; ii) automático, pues debe ser enviado a la Corte Constitucional por el Presidente de la República, dentro de los 6 días siguientes a la sanción gubernamental; iii) integral, puesto que el análisis de constitucionalidad se realiza tanto a los aspectos formales como a los materiales de la ley y el tratado; iv) tiene fuerza de cosa juzgada absoluta; v) es un requisito sine qua non para la ratificación del Acuerdo; y vi) tiene una función preventiva, en tanto que, su finalidad es garantizar la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano.*

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES QUE LOS APRUEBAN-Reglas y subreglas jurisprudenciales**

**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Reglas jurisprudenciales/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Procedimiento** previo antes de un trámite legislativo en el que se adopten medidas que puedan afectarlas directamente

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES-** Jurisprudencia constitucional

**ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-**Subreglas jurisprudenciales

*Las subreglas jurisprudenciales para analizar el cumplimiento del anuncio previo como requisito son: (i) No exige el uso de fórmulas sacramentales: No se impone el uso de expresiones lingüísticas determinadas, lo importante es que tengan la entidad suficiente para transmitir inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto. La Corte ha aceptado el uso de expresiones como “anunciar”, “discutirán” y “aprobarán”. (ii)*

*Determinación de la sesión futura en que tendrá lugar la votación del proyecto, pues, de lo contrario, hace de aquél un anuncio no determinado ni determinable que no cumple con la exigencia constitucional: si bien la exigencia constitucional parte de que en una sesión anterior se anuncien los proyectos que serán discutidos y votados en una sesión posterior, no es necesario indicar la fecha exacta en que habrá de realizarse la votación, siempre que sea determinable. Esta Corporación ha avalado expresiones como: “próximo martes”, “próxima sesión”, “próxima semana”, “siguiente sesión” y “día de mañana”. (iii) Continuación de la cadena de anuncios por aplazamiento de la votación. Sin embargo ante su ruptura, no existe vicio de procedimiento cuando el proyecto hubiere sido anunciado para debate en sesión anterior a la aprobación: frente al aplazamiento indefinido de la votación debe continuarse la sucesión de anuncios a fin de evitar el rompimiento de la secuencia temporal del aviso. Sin embargo, no se desconoce la exigencia constitucional cuando a pesar de presentarse dicha ruptura, existió claridad de que se realizaría el debate en la sesión en que efectivamente se debatió y aprobó el proyecto de ley. (iv) Se cumple con el requisito de anuncio previo del debate cuando a pesar de no efectuarse la votación en la fecha prevista, finalmente ésta se realiza en la primera ocasión en que vuelve a sesionarse, lo cual puede corroborarse atendiendo el orden sucesivo de las actas de comisión o plenaria de cada Corporación legislativa.*

**REVISION MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACUERDO INTERNACIONAL Y DE SU LEY APROBATORIA-**  
Reglas jurisprudenciales

**VOTACION NOMINAL Y PUBLICA EN TRAMITE LEGISLATIVO-**Jurisprudencia constitucional

**PREAMBULO Y ANEXOS EN TRATADO INTERNACIONAL-**  
Forman parte del contexto necesario para la interpretación de las cláusulas convencionales

**ZONAS DE COMERCIO EN TRATADOS-**Jurisprudencia Constitucional/**ZONAS DE LIBRE COMERCIO EN TRATADOS-**  
Herramienta de integración y desarrollo económico que no contradice, *per se*, los postulados de la Carta Política

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-**Trato nacional y acceso de mercancías al mercado/**CLAUSULA DE TRATO NACIONAL-**Validez constitucional

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-**Reglas de origen y procedimientos de origen

**REGLAS DE ORIGEN EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO-**  
Alcance

*La Corte considera que las normas técnicas referentes a las normas de origen y procedimientos se ajustan a la Constitución, por cuanto se trata de mecanismos encaminados a evitar que de las preferencias arancelarias acordadas entre las Partes se beneficien mercancías originarias de otros países.*

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Facilitación del comercio y procedimientos aduaneros**

**PROCEDIMIENTOS ADUANEROS EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO-Contenido y alcance**

**TRATADO INTERNACIONAL-Intercambio de información de Estados partes/TRATADO DE LIBRE COMERCIO-Intercambio y trato de la información**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Cooperación técnica y asistencia mutua en asuntos aduaneros**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Medidas sanitarias y fitosanitarias**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Derechos y obligaciones derivados del acuerdo de obstáculos técnicos al comercio**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Defensa comercial/TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Medidas para la protección de los sectores afectados por la implementación de la política de liberación del comercio que prevé el tratado comercial**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Medidas relativas a la protección de derechos a la propiedad intelectual/TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA-Criterios para determinar cuándo una marca se considera notoriamente conocida y los sistemas de registro de las mismas**

**PROTECCION DE LA DIVERSIDAD BIOLOGICA Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES-Imperativo del Estado**

*La protección de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales se constituye en un imperativo del Estado colombiano, máxime cuando Colombia ha sido reconocida a nivel mundial como uno de los centros*

*biológicos de mayor diversidad. De ahí la importancia que reviste para la humanidad su conservación y preservación toda vez que ello repercute en la calidad de vida. Colombia tiene un gran compromiso con la defensa de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales que encuentra respaldo constitucional en los artículos 8, 58, 65, 71, 79, 80, 226, 330, 333 y 339.*

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Medidas relativas a la contratación pública cubierta por parte de una entidad contratante de mercancías y servicios mediante cualquier instrumento contractual

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Política de competencia y protección al consumidor

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Obligaciones sustantivas de las partes en materia de inversión

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Cláusula de la nación más favorecida/**CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA**-Jurisprudencia constitucional

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Expropiación/**EXPROPIACION INDIRECTA**-Jurisprudencia constitucional

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Solución de controversias inversionista-Estado

**ARBITRAJE INTERNACIONAL**-Marco normativo

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Medidas sobre transferencias libres

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Medidas relacionadas con la producción, distribución, comercialización, venta y suministro de servicios/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Servicios financieros/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Reconocimiento unilateral de medidas prudenciales de un país que no sea parte

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Medidas sobre acceso y proveedores de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones

**COMERCIO ELECTRONICO**-Importancia y necesidad de emprender acciones para su eficacia y promoción

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Entrada temporal de personas de negocios, nacionales de las Partes/**INGRESO PARA PERSONAS DE NEGOCIOS AL PAIS EN EL MARCO DE ACUERDOS DE LIBERACION ECONOMICA**-Jurisprudencia constitucional

**MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN TRATADOS DE COMERCIO**-Reglas jurisprudenciales

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Solución de controversias

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Medidas de transparencia

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Administración del acuerdo a través de una Comisión de Libre Comercio

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Excepciones a los compromisos que se derivan del acuerdo

Referencia: expediente LAT-440

Revisión de constitucionalidad de la Ley 1763 de 2015 “*Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013*”.

Magistrada Ponente:  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, quien la preside, los Magistrados, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en

cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 1763 de 2015 *“Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”*.

### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo previsto en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política, el 21 de julio de 2015, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Secretaría General de esta Corporación el oficio número OFI15-00055836/JMSC110200 del 16 de julio 2015 y una fotocopia autenticada de la Ley 1763 de 2015, para su revisión constitucional.

Mediante auto del 10 de agosto de 2015, la Corte Constitucional avocó conocimiento de la ley de la referencia, y ordenó: (i) la práctica de pruebas; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación; (iii) fijar en lista el proceso de la referencia; (vi) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente el Congreso, a los Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y de Desarrollo Rural, de Comercio, Industria y Turismo y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Defensor del Pueblo, al Gerente General de Banco de la República y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para que intervinieran si lo consideraban procedente; (v) invitar a la Asociación Nacional de Comercio Exterior (ANALDEX), Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Industrias (ACOPI), Consejo Gremial Nacional, Federación Nacional de Ganaderos (FEDEGAN), Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), Asociación Colombiana de Fabricantes de Autopartes (ACOLFA), Centro de Investigación Económica y Social (FEDESARROLLO), Grupo PROINDUSTRIA, Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Confederación General del Trabajo (CGT), Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a las facultades de Economía de la Universidad Nacional de Colombia, de la Universidad Externado de Colombia y de Los Andes; y al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, para que intervinieran si lo consideraban oportuno.

En auto de 10 de septiembre de 2015<sup>1</sup>, al advertir la falta de algunas pruebas sobre el trámite legislativo, el despacho requirió al Secretario General del Senado de la República para que remitiera las actas en las que constaba el anuncio previo y la aprobación en primer debate del proyecto de Ley -que se

---

<sup>1</sup> Folios 599-600, cuaderno 1.

convirtió en la Ley 1763 de 2015- en la comisión correspondiente, incluidas las gacetas en las que se hicieron las publicaciones. También se requirió al Secretario General de la Cámara de Representantes para que remitiera las actas 72 y 73 de 2015, en las que constan las sesiones de Plenaria de esa Corporación. Finalmente, se invitó a la Asociación Colombiana de Industriales del Calzado, el Cuero y sus Manufacturas (ACICAM) para que si lo consideraba pertinente interviniera en el trámite.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a realizar el estudio de constitucionalidad del instrumento internacional y de su ley aprobatoria.

## II. TEXTO DE LA NORMA BAJO EXAMEN

La ley aprobatoria del Tratado cuya revisión de constitucionalidad se realiza, fue publicada en el Diario Oficial número 49.574 de 15 de julio de 2015 y por su extensión, no se incorpora a esta providencia. El texto completo puede consultarse en la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo destinada para los acuerdos comerciales y de inversión<sup>2</sup>, así como en la página web de la Organización de los Estados Americanos.<sup>3</sup>

## III. INTERVENCIONES

### INTERVENCIONES DE ENTIDADES ESTATALES

#### 1. Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones

El Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones solicitó que se declare **exequible** el tratado y la ley aprobatoria que son objeto de revisión constitucional.

El interviniente resaltó los objetivos del acuerdo comercial, refirió el control de constitucionalidad que le corresponde a esta Corporación, que incluye el control formal e indicó que se cumplieron los requisitos del trámite legislativo.

En cuanto al contenido del tratado adujo que sus previsiones se avienen con los postulados de la Carta Política, entre los que se encuentra la internacionalización de las relaciones económicas y, resaltó, de forma particular, la correspondencia de la cláusula de trato nacional con el principio de igualdad.

Finalmente, se pronunció sobre el capítulo 15 del acuerdo que se ocupa de las telecomunicaciones y, por ende, está relacionado con la cartera que

<sup>2</sup> <http://www.tlc.gov.co> consultada el 10 de marzo de 2016

<sup>3</sup> [http://www.sice.oas.org/TPD/COL\\_CRI/Draft\\_Text\\_July13\\_s/Text\\_s.asp#c1](http://www.sice.oas.org/TPD/COL_CRI/Draft_Text_July13_s/Text_s.asp#c1) consultada el 10 de marzo de 2016

representa. Indicó, que dichas disposiciones brindan seguridad jurídica a los proveedores y consumidores, garantizan el acceso a las redes y servicios públicos de comunicaciones de las partes, establecen obligaciones recíprocas y equitativas, promueven la competitividad entre los proveedores de servicios, establecen mecanismos para evitar prácticas anticompetitivas, crean mecanismos de solución de controversias que le garantizan a los proveedores la existencia de recursos administrativos ante el organismo de regulación de telecomunicaciones sin afectar las competencias constitucionales del Estado en la materia.

## 2. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitó la **exequibilidad** del Tratado de Libre Comercio celebrado entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica.

En la primera sección de la intervención, indicó que el acuerdo comercial responde al postulado constitucional de internacionalización de las relaciones económicas y se aviene con los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo y de la política exterior del Plan Estratégico de Relaciones Exteriores.

En el examen formal, el ministerio resaltó la competencia con la que cuenta el Presidente de la República para la negociación y suscripción de tratados internacionales, la aprobación ejecutiva del proyecto de ley, su radicación ante la Secretaría General del Senado de la República y la publicación de la exposición de motivos (Gacetas del Congreso 744 del 18 de septiembre de 2013 y 95 del 20 de marzo de 2014)

También destacó otras etapas: la designación del ponente correspondiente en la Comisión Segunda del Senado de la República; la publicación del informe positivo de ponencia (Gaceta 1000 del 5 de diciembre de 2013); el anuncio previo de discusión y votación (1° de abril de 2014); la discusión y votación del proyecto de ley (8 de abril de 2015) en la que la proposición final obtuvo 8 votos a favor y 1 en contra; la omisión de lectura del articulado (8 votos a favor y 1 en contra) y la votación del título con proposición y pregunta (8 votos a favor y 1 en contra).

Refirió la designación del ponente correspondiente en la plenaria del Senado para segundo debate, la publicación del informe positivo de ponencia –Gaceta 540 del 25 de septiembre de 2014-, el anuncio previo de discusión y votación -4 de noviembre de 2014-, la discusión y votación del proyecto de ley -5 de noviembre de 2014-, en la que la proposición final obtuvo 52 votos a favor y 2 en contra, la omisión de lectura del articulado: 55 votos a favor y 2 en contra, y el título con proposición y pregunta: 56 votos a favor y 3 en contra.

Igualmente, aludió a la remisión del trámite a la Cámara de Representantes – radicación 172 de 2014-, la designación de los ponentes en la Comisión Segunda de la Cámara, la publicación del informe de ponencia positiva – Gaceta 251 del 29 de abril de 2015-, el anuncio previo -20 de mayo de 2015-, la discusión y votación del proyecto -26 de mayo de 2015-, en la que la



proposición del informe final obtuvo 13 votos a favor y 1 en contra, el artículo primero del proyecto: 14 votos a favor y 1 en contra, el artículo 2 del proyecto: 15 votos a favor 1 en contra, el artículo 3 del proyecto: 15 votos a favor 1 en contra, y el título con proposición y pregunta: 15 votos a favor y 1 en contra.

El interviniente también destacó que el anuncio previo en la plenaria de la Cámara de Representantes se efectuó el 11 de junio de 2015 y la votación del proyecto se adelantó el 16 de junio siguiente, sesión en la que la proposición del informe de ponencia, el articulado y el título obtuvieron la aprobación por mayoría simple. Finalmente, indicó que se observaron los términos que deben mediar entre los debates y entre la aprobación en una y otra cámara.

Tras el análisis formal, el Ministerio se ocupó del estudio material del acuerdo comercial. Indicó que éste es compatible con los mandatos constitucionales que imponen la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales, es una manifestación de la soberanía nacional, está guiado por los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional, se erige como un instrumento para la consecución de los fines esenciales del Estado, protege los derechos de los consumidores y les permite tener mayor acceso a bienes y servicios de mejor calidad y menor precio. También destacó la intervención de la sociedad civil en las fases de negociación del acuerdo comercial y el respeto por los derechos de los grupos étnicos consagrados en la Carta Política.

Luego de exponer esas generalidades, hizo una referencia sobre cada capítulo del acuerdo que incluyó una descripción de su contenido, los pronunciamientos de esta Corporación sobre disposiciones similares, la conveniencia del acápite correspondiente y su compatibilidad con la Carta Política. En ese sentido el ministerio indicó lo siguiente:

El **Preámbulo** establece los principios generales que orientan el acuerdo comercial, que sirven como una herramienta para su interpretación y aplicación, los cuales resultan compatibles con los postulados de la Constitución.

El **Capítulo Uno** crea el área de libre comercio, establece las disposiciones iniciales y definiciones generales que sirven para determinar el alcance jurídico del Tratado, su relación con otros acuerdos internacionales y la forma en la que se deben interpretar las disposiciones. Habida cuenta de esas finalidades del acápite, el interviniente destacó su correspondencia con los artículos 9, 93, 226 y 227 Superiores y citó algunos pronunciamientos de esta Corporación, en los que ha declarado la exequibilidad de disposiciones similares.

El **Capítulo Dos** prevé la obligación de trato nacional de acuerdo con el artículo III del GATT<sup>4</sup>, en el que se precisa su alcance, se establecen las

---

<sup>4</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

normas de eliminación arancelaria, se fijan los regímenes especiales – exenciones de aranceles aduaneros, admisión temporal de mercancías, manejo de mercancías reimportadas tras reparación, muestras comerciales de valor insignificante, medidas no arancelarias, disposiciones institucionales y definiciones-, medidas no arancelarias, disposiciones institucionales y otras medidas.

Respecto de las disposiciones del capítulo, el interviniente precisó que el cronograma de desgravación se desarrolla en un plazo de 16 años desde la entrada en vigor del Acuerdo, del cual se derivan beneficios arancelarios para los sectores agropecuarios, industriales y agroindustriales del país, que permiten el aumento de las exportaciones y la diversificación de los mercados.

Agregó, que los preceptos desarrollan el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros y el principio de reciprocidad que debe regir las relaciones internacionales, promueven la libre competencia y hacen efectivos los derechos de los consumidores.

El **Capítulo Tres** establece las reglas y procedimientos de origen, que corresponden a los criterios de clasificación de las mercancías originarias que serán sujeto del trato arancelario preferencial. Dada esa finalidad de las reglas, se destacó su conveniencia y compatibilidad con preceptos constitucionales como el derecho a la igualdad y que constituyen un instrumento que le permite al Estado controlar la calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad.

Los **Capítulos Cuatro y Cinco** se ocupan de las medidas de facilitación del comercio, cooperación técnica, asistencia mutua y procedimientos aduaneros, las cuales procuran fortalecer la administración aduanera, dar mayor eficacia en el tránsito de las mercancías y mantener un control efectivo sobre el fraude mediante el intercambio de información entre las autoridades de aduanas de cada país, en armonía con los principios que guían la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Carta Política.

El **Capítulo Seis** establece la regulación sobre medidas sanitarias y fitosanitarias para proteger la vida y salud de las personas, así como la salud animal y vegetal en el territorio de los Estados Parte, en la que se propugna por un equilibrio adecuado entre la protección de dichos intereses y el acceso efectivo a los bienes y el libre comercio, de forma que las medidas no se conviertan en un obstáculo injustificado para el comercio. Habida cuenta de esa finalidad de las disposiciones del capítulo se destaca su constitucionalidad en la medida en que protegen los derechos fundamentales y, de esa forma, se corresponden con los fines esenciales del Estado.

El **Capítulo Siete** contiene las disposiciones necesarias para facilitar y, en consecuencia, incrementar el comercio entre las partes contratantes a través de lineamientos que aseguren las reglamentaciones técnicas necesarias, en aras de que éstas no constituyan obstáculos injustificados a los intercambios

comerciales. En el acápite se garantizan los derechos y obligaciones contempladas en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial de Comercio y se reconoce un mecanismo de equivalencias de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de conformidad, herramientas que desarrollan los postulados constitucionales de igualdad, equidad y reciprocidad mediante reglas precisas sobre el uso y la fijación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de conformidad.

El **Capítulo Ocho** nominado “*defensa comercial*” establece las reglas aplicables a los procesos de investigación y adopción de medidas de salvaguardia, los presupuestos y su forma de aplicación y duración. Respecto a dichas medidas se identificó el principal factor que generaría su activación y que corresponde a la reducción arancelaria, pues ésta puede afectar o amenazar gravemente a la rama de producción del bien similar directamente competidor en el país importador.

La Sección A incluye las normas para la notificación y consultas sobre la investigación, así como para la aplicación de las medidas de salvaguardia provisionales y definitivas, compensaciones y definiciones.

La Sección B establece reglas sobre las salvaguardias globales, respecto de las cuales las partes manifestaron conservar los derechos y obligaciones de conformidad con el artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo de Salvaguardias.

En la Sección C las partes reafirmaron sus derechos y obligaciones sobre las medidas antidumping y derechos compensatorios adquiridos en el marco de la Organización Mundial de Comercio. Se fijaron las normas para el cálculo de los márgenes de dumping y la aplicación de los derechos antidumping.

El Ministerio indicó que el capítulo se adecúa al mandato constitucional de integración económica, que las medidas que incluye permiten la profundización, en forma segura, del proceso de integración comercial y, en general, de integración latinoamericana bajo los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional.

El **Capítulo Nueve** contiene disposiciones que, en armonía con el artículo 61 Superior, se ocupan de la protección de los derechos de propiedad intelectual y procuran un balance entre los titulares de los derechos y los intereses del público en general, el resguardo de la biodiversidad, los conocimientos tradicionales, la salud pública y la seguridad alimentaria, así como la promoción de la industria y de diversos sectores importantes para el desarrollo del país.

En efecto, el capítulo incluye previsiones particulares sobre marcas, indicaciones geográficas, biodiversidad y conocimientos tradicionales, derechos de autor y conexos, cooperación, ciencia, tecnología e innovación.

El **Capítulo Diez** contiene el marco de regulación para los inversionistas interesados en participar en los procesos de contratación pública de los Estados Parte. El interviniente destaca que dichas previsiones están basadas en principios como la transparencia, el trato nacional, la no discriminación e integridad en las prácticas de contratación. Muestra de dicha orientación la constituye la proscripción de requisitos que afecten la competencia o que creen obstáculos innecesarios a la participación de los proveedores de la otra parte.

Tras referir las generalidades, se destacó que las previsiones del capítulo garantizan la participación de las partes en los mercados bilaterales, promueven el comercio y la integración económica de acuerdo con el artículo 226 y 227 de la Carta Política, y se corresponden con los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 *ibídem*.

El **Capítulo Once** prevé la “*política de competencia y defensa del consumidor*”. Prohíben las prácticas anticompetitivas e implementa las políticas de competencia y cooperación, con el propósito de que no se reduzcan los beneficios de la liberalización estipulados en el tratado de libre comercio.

Para el interviniente, dichas medidas se corresponden con el artículo 333 de la Carta Política por cuanto aseguran la libre competencia, eliminan las barreras de acceso al mercado, proscriben y sancionan las prácticas restrictivas de la competencia.

El **Capítulo Doce** se destinó a la regulación de la inversión, que cuenta con una sección inicial de obligaciones sustantivas, una sección para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado y un acápite destinado a las definiciones aplicables al capítulo. Asimismo contiene cuatro anexos, el anexo A que aclara el concepto sobre derecho internacional consuetudinario, el anexo B que prevé las disposiciones sobre expropiación, el anexo C que se ocupa de la entrega de documentos bajo la sección B, y el anexo D que se refiere a las comunicaciones de las partes no contendientes en el procedimiento de solución de controversias.

De las previsiones del capítulo el interviniente resaltó el principio de reciprocidad y beneficio mutuo, y la manifestación concreta del principio de igualdad, en la medida en que se cubren las inversiones de las partes con independencia del momento de su realización. También citó precedentes jurisprudenciales de esta Corporación sobre la cláusula de la Nación Más Favorecida y su consideración como una medida de no discriminación.

Adicionalmente, hizo énfasis en el nivel mínimo de trato, acorde con el derecho internacional consuetudinario. También se establecieron las obligaciones que se desprenden del compromiso de “*trato justo y equitativo*” que incluyen la obligación de no denegar justicia en los procesos judiciales en concordancia con el precepto superior del debido proceso.

De otra parte, destacó la regulación de la expropiación –directa o indirecta-, su justificación ligada al “*propósito público*” y sus características, tales como la indemnización pronta, adecuada y efectiva y el respeto por el debido proceso, en armonía con las previsiones del artículo 58 Superior.

El capítulo incluyó las medidas sobre transferencias que, para el Ministerio, constituyen un marco recíproco que garantiza su libre y efectiva realización, bajo el cual las partes preservan la potestad de impedir las transferencias como consecuencia de la aplicación “*equitativa, no discriminatoria y de buena fe*” de sus propias leyes.

Se hizo alusión a la regulación de los requisitos de desempeño en aras de que no se impongan condicionamientos que disuadan la inversión de acuerdo con los propósitos generales del acuerdo, la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada.

En cuanto a la solución de controversias inversionista-Estado se indicó que esas previsiones no implican la cesión de las competencias de las autoridades jurisdiccionales colombianas para resolver los asuntos relacionados con la protección de los derechos constitucionales, se preserva la capacidad de los Estados para salvaguardar los derechos laborales, el medio ambiente, la salud pública, el bienestar público y los intereses superiores del Estado, y se destaca que las partes acuden al procedimiento de solución de conflictos con libre consentimiento y en condiciones de igualdad.

El **Capítulo Trece** busca que las partes cuenten con reglas claras para el acceso efectivo, la operación y el desarrollo del comercio transfronterizo de servicios. Para el interviniente la cláusula de trato nacional se negoció de forma coherente con la Constitución y, particularmente con el principio de no discriminación. Asimismo indicó que el capítulo afianza la libre competencia, las relaciones internacionales y la integración económica.

El **Capítulo Catorce** establece el marco jurídico sobre la prestación de servicios financieros en el que se promueve su liberalización, pero se otorga seguridad jurídica al Estado, a los prestadores de servicios y a los usuarios. Sobre las medidas de este acápite se resaltó la preservación de las facultades constitucionales del Estado para la regulación, intervención, vigilancia y control de las actividades, así como el respeto de las competencias asignadas al Banco de la República.

En concordancia con lo anterior, se adujo que las disposiciones del capítulo se ajustan a la Carta Política, dado que se promueve la internacionalización de las relaciones comerciales, la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libre competencia en materia de prestación de servicios financieros sin transgredir la potestad del Estado de intervenir en la economía y establecer exigencias para el ejercicio de las actividades financiera, bursátil y aseguradora.

El **Capítulo Quince** contiene las disposiciones sobre telecomunicaciones en consonancia con los estándares de regulación internacional que promueven la competencia entre los proveedores de servicios públicos y garantizan el acceso y uso de las redes y servicios públicos de transporte a las empresas del otro país bajo condiciones no discriminatorias, lo que resulta congruente con los mandatos de internacionalización de las relaciones económicas.

El **Capítulo Dieciséis** incluye medidas para fomentar el desarrollo del comercio electrónico, ofrece regulaciones de seguridad para los usuarios y procura la eliminación de barreras innecesarias para su desarrollo adecuado, disposiciones que, como lo ha estimado la jurisprudencia constitucional en oportunidades anteriores, no confrontan los mandatos de la Carta Política.

El **Capítulo Diecisiete** incluye las previsiones tendientes a facilitar la entrada temporal de personas de negocios, sin descuidar la seguridad de las fronteras, la protección de la fuerza de trabajo nacional y el empleo permanente. Se resalta que dichas medidas son coherentes con la política migratoria del país, facilitan la libre circulación de personas entre los Estados parte y garantizan un flujo ordenado de personas de negocios en aras de efectivizar el intercambio comercial y la integración económica.

El **Capítulo Dieciocho** establece los mecanismos de solución de las controversias que se generen en el desarrollo del tratado comercial, las cuales garantizan el debido proceso, los derechos de contradicción y defensa, la imparcialidad de quien adopta la decisión y la aplicación de medidas temporales ante el incumplimiento de la decisión.

Tras desatacar la finalidad del acápite y la observancia del debido proceso, el interviniente, con base en pronunciamientos jurisprudenciales de esta Corporación, destacó la exequibilidad del capítulo.

El **Capítulo Diecinueve** prevé el principio de transparencia, en aras de lograr que las actuaciones de las partes sean previsibles y que se garantice un trato no discriminatorio. En consecuencia, se asegura la observancia de los derechos del debido proceso, contradicción y defensa, y se desarrollan los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Carta Política.

El **Capítulo Veinte** y su anexo contemplan las medidas para la administración, implementación, desarrollo y aplicación del acuerdo, lo que incluye el establecimiento de una Comisión de Libre Comercio integrada por los representantes de los Estados Parte, quienes velarán por la operatividad y eficacia de las disposiciones. Habida cuenta del propósito de las disposiciones del capítulo se destaca su compatibilidad con la Constitución, ya que comportan herramientas para la integración comercial.

El **Capítulo Veintiuno** prevé las condiciones para aplicar excepciones a los compromisos adquiridos, de forma que éstas no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre las partes. Para el interviniente,

tal posibilidad es una garantía para la seguridad, la moral, el orden público, la salud y la protección de los recursos naturales, en cuanto faculta al Estado a adoptar medidas necesarias encaminadas a preservar los intereses superiores.

El **Capítulo Veintidós** está conformado por diversas disposiciones que cumplen fines transversales al acuerdo y no evidencian contradicción con los preceptos de la Carta Política.

El **Anexo I** contiene las medidas disconformes, que son las disposiciones internas que cada parte reserva y que, por ende, mantienen vigencia en el ordenamiento correspondiente a pesar de la contradicción con ciertas disposiciones del tratado. El **Anexo II** precisa los sectores, subsectores o actividades sobre los cuales el Estado puede adoptar una reglamentación particular a futuro y el **Anexo III** provee las explicaciones y criterios de interpretación del capítulo de servicios, disposiciones que el interviniente estimó necesarias para la debida aplicación del Acuerdo y compatibles con la Carta Política.

### 3. Ministerio de Relaciones Exteriores

La Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores intervino en el presente asunto y solicitó la **exequibilidad** de la Ley 1763 de 2015, por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la de Costa Rica.

La autoridad inició su intervención con la enunciación de los objetivos principales del tratado, entre los que se encuentra el establecimiento de una zona de libre comercio entre las partes, a través de la cual se busca expandir y diversificar el comercio en ambas naciones, facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios, promover condiciones de libre competencia y aumentar las oportunidades de inversión.

Agregó que el acuerdo traerá importantes beneficios para la economía nacional, pues Costa Rica desgravará el 81% de los productos colombianos (cifra que asciende al 98% si se consideran únicamente los bienes industriales), 60% de los mismos de manera inmediata, y el porcentaje restante de forma gradual. Además de ello, se contempla un marco jurídico para la promoción y protección de inversiones de nacionales colombianos en Costa Rica y viceversa. Lo anterior, permite que exista un trato equitativo y no discriminatorio para la inversión extranjera en el Estado receptor.

Posteriormente, reseñó cada uno de los 22 capítulos que contiene el TLC e hizo una breve exposición de su contenido. Resaltó que el acuerdo ya surtió la totalidad de su trámite interno en Costa Rica y que únicamente resta la ratificación por parte de Colombia para su entrada en vigor.

Respecto de la constitucionalidad del trámite de aprobación interna del Tratado, la entidad interviniente destacó la atribución del Presidente de la

República para suscribirlo sin que fuera necesaria la expedición de plenos poderes para tal efecto, al tenor de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Luego, relató brevemente el trámite surtido y resaltó que la norma fue aprobada en los respectivos debates en ambas Cámaras, sancionada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial.

Finalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores recordó que en los tratados bilaterales, la posibilidad y procedencia de formular reservas o declaraciones interpretativas es muy limitada y se encuentra sujeta a que *“cualquier declaración unilateral que excluya o limite los efectos jurídicos de una disposición de un tratado bilateral antes de la entrada en vigor del mismo, constituiría una modificación que requiere la renegociación del Tratado y, por tanto, el inicio nuevamente del trámite interno necesario para su aprobación.”*<sup>5</sup>

#### 4. Banco de la República

El Banco de la República emitió su concepto en el trámite y solicitó que se declare **exequible** el tratado internacional cuya constitucionalidad se revisa.

En su intervención, la autoridad refirió su estructura y sus competencias, de acuerdo con las previsiones de la Carta Política, la autonomía con la que cuenta en el ejercicio de sus potestades, entre las que se encuentra la regulación de cambios internacionales y la fijación de sistemas de cambio. Asimismo señaló, con sustento en pronunciamientos efectuados por esta Corporación, que los compromisos que se asuman en virtud de acuerdos de comercio internacional no pueden limitar las competencias que la Constitución y la ley le asignó.

Establecido lo anterior se refirió, de forma particular, a las previsiones incluidas en el tratado en materia de inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros y las medidas para salvaguardar la balanza de pagos, las cuales encontró respetuosas de sus competencias y compatibles con los preceptos de la Carta Política.

#### 5. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicitó la **exequibilidad** del tratado de libre comercio sobre el que se adelanta el análisis de constitucionalidad.

En su intervención, la autoridad pública destacó el cumplimiento de los presupuestos formales de suscripción y aprobación del tratado, reiteró algunos de los argumentos incluidos en la exposición de motivos sobre las disposiciones relevantes para la cartera, tales como las reglas de origen y las medidas sanitarias y fitosanitarias. Por otra parte se refirió a la

---

<sup>5</sup> Cuaderno de Intervenciones, folio 211.



correspondencia entre el acuerdo comercial y los mandatos del Preámbulo, y los artículos 9, 65, 78 y 79 Superiores. Finalmente, emitió algunas consideraciones sobre el control de constitucionalidad que adelanta la Corte.

## **6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que se declare **exequible** el Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y Costa Rica.

En su intervención, refirió las disposiciones que consideró relevantes para la cartera, entre las que destacó la definición de inversión, la cual no incluye las operaciones de deuda pública, de suerte que ante un eventual incumplimiento derivado de ese tipo de operaciones los Estados no podrán ser demandados ante tribunales de arbitramento, ni por conflictos relacionados con expropiación e indemnización en materia de crédito público.

También se ocupó de las excepciones a las medidas tributarias, las cuales limitan el ámbito de aplicación del acuerdo con el fin de que se respete y garantice la soberanía de los Estados y la potestad de imponer cargas a sus ciudadanos, en correspondencia con las previsiones de la Constitución y la política tributaria del país.

## **7. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales solicitó que se declare **exequible** el Tratado de Libre Comercio que es objeto de control constitucional dentro del trámite de la referencia.

En su intervención, la autoridad pública describió cada capítulo y su compatibilidad con la Carta Política. Indicó lo siguiente:

- (i) las manifestaciones del preámbulo son coherentes con los principios del Estado Social de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- (ii) el establecimiento de la zona de libre comercio tiene fundamento en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio y el GATT de 1994, y se ajusta con los artículos 96 y 98 de la Carta Política;
- (iii) las medidas sobre trato nacional y acceso de mercancías al mercado es conforme a las disposiciones del artículo 227 de la Carta Política que promueve la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y el Caribe;
- (iv) las reglas de origen y procedimientos de origen se ajustan a los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución, ya que procuran mayor transparencia en la ejecución del acuerdo y el intercambio comercial;
- (v) las medidas para la facilitación del comercio y los procedimientos aduaneros se fundamentan en los artículos 2, 9, 15 y 209 Superiores;

- (vi) la cooperación técnica y asistencia mutua se ajustan a los postulados constitucionales de los artículos 209, 226 y 227 Superiores, en la medida en que persiguen el desarrollo del intercambio comercial y la eficacia de los sistemas de aduanas;
- (vii) las medidas sanitarias y fitosanitarias que se orientan a proteger la vida y la salud de las personas, resultan coherentes con los postulados de los artículos 1,2,11,65,78,79 y 80 de la Constitución;
- (viii) las cláusulas orientadas a remover los obstáculos técnicos al comercio se corresponden con los artículos 2, 9, 226 y 227 Superiores;
- (ix) las herramientas de defensa comercial para la salvaguardia de los mercados, los procedimientos de investigación y requisitos de transparencia, las medidas antidumping y los derechos compensatorios son herramientas para la protección de la producción industrial del país;
- (x) las disposiciones sobre propiedad intelectual respetan la protección especial que impone el artículo 61 Superior;
- (xi) la regulación sobre la contratación pública persigue la transparencia y la eliminación de la discriminación en concordancia con los principios que rigen la materia de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución;
- (xii) las medidas encaminadas a lograr un trato justo y equitativo para los inversionistas de los Estados Parte, sin tratos discriminatorios, concuerdan con las prescripciones de los artículos 1,2,6,9,58 y 59 de la Carta Política;
- (xiii) las cláusulas orientadas a prevenir las acciones que perturban el comercio trasfronterizo de servicios se ajustan a las disposiciones del artículo 9º Superior, ya que respetan la autodeterminación de los pueblos dentro del marco de integración Latinoamericana y del Caribe;
- (xiv) las disposiciones sobre servicios financieros son respetuosas de la Soberanía del Estado y preservan las facultades de inspección y vigilancia en el sector financiero, de acuerdo con las disposiciones superiores que rigen el tema, a saber, los artículos 227, 333, 334 y 335 de la Carta Política;
- (xv) las medidas sobre telecomunicaciones se corresponden con los artículos 227, 333 y 365;
- (xvi) las disposiciones sobre comercio electrónico promueven la prosperidad general y mejoran las condiciones de empleo y calidad de vida de los ciudadanos;
- (xvii) las disposiciones sobre la entrada temporal de personas de negocios se fundan en la reciprocidad y en la necesidad de establecer criterios y procedimientos transparentes, garantizar la seguridad de las fronteras y proteger la fuerza de trabajo nacional y el empleo permanente, objetivos que desarrollan los artículos 9 y 25 Superiores, y
- (xviii) las disposiciones sobre solución de controversias, transparencia, administración del acuerdo y excepciones no evidencian alguna contradicción con la Constitución.

## 8. Defensoría del Pueblo

El Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales solicitó que se declare la **exequibilidad** de la Ley 1763 de 2015 desde el punto de vista formal, ya que el análisis que desplegó se concentró exclusivamente en este aspecto.

En primer lugar, la Defensoría destacó que el proyecto de ley inició su trámite en el Senado de la República, se publicó antes de que iniciara el proceso legislativo y fue aprobado en primer y segundo debate tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, instancias legislativas en las que contó con las mayorías exigidas por la Constitución y el Reglamento del Congreso. Además, destacó que las ponencias tanto en comisiones como en plenarias fueron publicadas antes de los debates.

Igualmente, se respetaron los términos señalados en el inciso primero del artículo 160 Superior, toda vez que entre el primer y el segundo debate en cada Cámara, así como entre la aprobación del proyecto en el Senado y el inicio del debate en la Cámara de Representantes transcurrieron los lapsos mínimos de ocho y quince días, respectivamente. También, se cumplió con el requisito del anuncio previo para todos los debates, exigido por el artículo 160 de la Carta Política.

La Defensoría del Pueblo añadió que existió competencia para la firma del tratado, ya que quien lo suscribió fue el propio Presidente de la República. De igual forma, el Jefe de Estado sancionó la ley y la Corte Constitucional la recibió para su revisión previa en el término de 6 días dispuesto por el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política.

## INTERVENCIONES DE ORGANIZACIONES

### 9. Asociación Colombiana de Industriales del Calzado, el Cuero y sus Manufacturas

La Asociación Colombiana de Industriales del Calzado, el Cuero y sus Manufacturas manifestó su conformidad con el texto del Tratado de Libre Comercio que examina la Corte e indicó que éste *“salvaguarda los intereses de la industria Colombiana del sector del calzado, el cuero y sus manufacturas y abre una ventana de oportunidades para las exportaciones del sector”* (fl. 35 cd. 3)

### 10. Asociación Nacional de Comercio Exterior

La Asociación Nacional de Comercio Exterior intervino en el trámite para solicitar la **exequibilidad** del Tratado de Libre Comercio entre las repúblicas de Colombia y de Costa Rica.

En primer lugar, la interviniente destacó el cumplimiento de los requisitos formales para la aprobación del acuerdo comercial y luego, adujo, que éste

promueve la internacionalización de las relaciones económicas, políticas y sociales del Estado y es útil para el cumplimiento de sus fines esenciales.

Tras referirse a la correspondencia del acuerdo con la Carta Política, aludió a algunas de las ventajas comerciales y económicas que, considera, se desprenden del convenio, entre las que mencionó el acceso a uno de los principales mercados de América Central, la confianza inversionista, el incremento de los flujos de inversión directa y de las actividades comerciales y de turismo, la ampliación de la canasta de exportación de Colombia y la consecuente generación de empleo.

### **11. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia**

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia solicitó que se declare **exequible** el Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y Costa Rica.

Primero, la interviniente resaltó el cumplimiento de los requisitos de suscripción del tratado y de los presupuestos en el trámite de aprobación en el Congreso de la República. Luego, indicó que el tratado se corresponde con los artículos 9 y 227 de la Carta Política, ya que persigue la integración económica y social con un país de la región.

### **12. Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC-**

El Consejero Mayor de la Autoridad Nacional de Gobierno Indígena intervino en el presente trámite para impugnar la constitucionalidad de la Ley 1763 de 2015 y, por tanto, solicitar a la Corte que se declare **inexequible**. Adicionalmente, pidió que se ordene llevar a cabo la consulta previa a la adopción de este tratado por parte del Estado colombiano.

En primera medida, el interviniente expresó su preocupación debido a que ciertas disposiciones del tratado señalan como mercancía objeto de negociación y de beneficio arancelario algunos bienes relacionados con la biodiversidad, así como los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Particularmente, hizo referencia al artículo 9.5 del acuerdo, pues aunque esta norma reconoce el Convenio de Diversidad Biológica y habla de la conveniencia de los Estados Parte al decidir sobre la transferencia de estos conocimientos, también consagra como límite a la transferencia del conocimiento tradicional lo dispuesto en la regulación interna. No obstante, en Colombia no existe legislación ni reglamentación respecto de la preservación y mantenimiento de tales conocimientos, y por ende, existe una situación de vacío normativo, razón por la que la ONIC considera necesaria la consulta previa.

De igual forma, aseveró que la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio *sub examine* omitió el deber de consultar previamente a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades, así como frente a los conocimientos asociados a la

biodiversidad. En este sentido, considera vulneradas disposiciones constitucionales y legales, además de varios instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007.

En efecto, para el interviniente, el Tratado de Libre Comercio contiene enunciados normativos que dan lugar a la “*extracción de los saberes ancestrales*” (fl. 228 cd. interv) al disponer de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad como mercancía susceptible de ser intercambiada, a pesar de su relación con la seguridad alimentaria y con la posibilidad de obtener medicinas para curar sus enfermedades. La ONIC recuerda, además, que este conocimiento tradicional es una propiedad colectiva de los pueblos indígenas y su transmisión se otorga únicamente “*a personas predestinadas, y se realiza en épocas y lugares señalados por el derecho propio*” (fl.223 cd. interv)

La organización también resaltó que la Ley 1763 de 2015 vulnera el derecho a la supervivencia cultural de las comunidades indígenas, pues la diversidad étnica y cultural se relaciona íntimamente con las concepciones del mundo de estos pueblos, razón por la cual es necesario que el Estado adopte medidas para la protección de la multiculturalidad y de las minorías étnicas. Por último, estimó que se transgrede el derecho a la autonomía de las comunidades étnicas por cuanto se les niega la posibilidad de participar en las decisiones que las afectan y se desconocen las formas de autogobierno y autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas.

#### **IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**

El Procurador General de la Nación, mediante concepto número 5997 del 30 de octubre de 2015, solicitó a la Corte que declare **exequible** el “*Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali el 22 de mayo de 2013*”, y de la Ley 1763 del 15 de julio de 2015 que lo aprueba.

En relación con el análisis formal, la Vista Fiscal estimó que la fase pre-legislativa y la etapa legislativa no evidenciaron vicios de procedimiento y se observaron los preceptos constitucionales pertinentes. Respecto de la fase pre-legislativa, verificó la competencia del funcionario que suscribió el acuerdo, quien por ser el Jefe de Estado no requiere la presentación de plenos poderes, según el artículo 7° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Asimismo, el Jefe del Ministerio Público revisó el trámite legislativo adelantado para la aprobación de la Ley 1763 de 2015. En ambas Cámaras, dicha norma obtuvo la aprobación correspondiente en el término y con las formalidades previstas en la Carta Política. En efecto, inició su trámite de aprobación en el Senado de la República conforme con lo dispuesto en el artículo 154 Superior. Adicionalmente, cumplió con los demás requisitos contemplados para la aprobación de las leyes ordinarias, razón por la cual se

puede afirmar su conformidad con la Constitución Política desde el punto de vista formal.

Posteriormente, realizó el análisis material del acuerdo *sub examine*, el cual encontró ajustado a la Carta y respetuoso de los principios constitucionales que rigen la política exterior y la celebración de tratados internacionales. Consideró que el tratado desarrolla principios generales de derecho internacional previstos en los instrumentos de la Organización Mundial del Comercio –OMC-, así como la política de comercio internacional del Estado colombiano. También destacó la participación de la sociedad civil en los espacios generados para el efecto durante la fase de negociación del acuerdo. El Procurador clasificó en tres grupos las disposiciones contenidas en el tratado: (i) las propias de un tratado internacional, como las definiciones, formas de aplicación y resolución de conflictos; (ii) las usuales de los acuerdos de libre comercio, como la liberación de medidas arancelarias, mecanismos aduaneros y medidas fitosanitarias, etc.; y (iii) las relacionadas con la protección de la inversión y a la resolución arbitral de litigios al respecto.

A continuación, enunció cada uno de los capítulos del tratado, se pronunció sobre su constitucionalidad y advirtió que todos son compatibles con la Carta Política, dado que se basan en principios como la reciprocidad y equidad entre los Estados así como en la conveniencia y la soberanía nacional, además de encaminarse al logro de la prosperidad general.

Por último, pese a que formalmente no halló reparos de inconstitucionalidad frente al texto del acuerdo, la Vista Fiscal aclaró que la verdadera adecuación del tratado con la Constitución se verificará en la práctica, pues *“nada obsta para que de la aplicación del TLC se deriven efectos o normas – posteriores que desarrollen o implementen el tratado- que resulten contrarias al ordenamiento superior y que sean objeto de control de constitucionalidad.”*<sup>6</sup> En efecto, para el Procurador, en el análisis de las normas necesarias para la implementación del acuerdo no se configuraría el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Por todo lo anterior, el Procurador concluyó que los instrumentos bajo revisión se ajustan a la Constitución y, por lo tanto, deben ser declarados exequibles.

## **V.CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **Competencia**

1.- Conforme a lo establecido en el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional la revisión de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias.

---

<sup>6</sup> Fl. 274-275. Cuaderno Intervenciones.

Esta Corporación ha manifestado que el mencionado control se caracteriza por ser: i) previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción Presidencial; ii) automático, pues debe ser enviado a la Corte Constitucional por el Presidente de la República, dentro de los 6 días siguientes a la sanción gubernamental; iii) integral, puesto que el análisis de constitucionalidad se realiza tanto a los aspectos formales como a los materiales de la ley y el tratado; iv) tiene fuerza de cosa juzgada absoluta; v) es un requisito *sine qua non* para la ratificación del Acuerdo; y vi) tiene una función preventiva, en tanto que, su finalidad es garantizar la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano<sup>7</sup>.

### **Reglas y subreglas jurisprudenciales para el ejercicio de la revisión formal de constitucionalidad del Acuerdo internacional y su ley aprobatoria**

2.- La revisión del aspecto formal del tratado internacional y su ley aprobatoria comprende 2 dimensiones: i) el análisis de la representación válida del Estado colombiano en las fases de negociación, celebración y firma del Acuerdo internacional; y ii) la plena observancia del trámite legislativo dispuesto para su ley aprobatoria.

3.- En efecto, las leyes aprobatorias de tratados internacionales no disponen de un procedimiento legislativo especial, por lo que el trámite que debe seguirse es el de las leyes ordinarias, salvo por dos especiales requisitos: i) el debate debe iniciarse en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (art. 154 C.P.); y ii) una vez ha sido sancionada la ley por el Presidente, deberá remitirla a la Corte Constitucional dentro de los 6 días siguientes, para efectos de la revisión de constitucionalidad (Art. 241 – 10 C.P.)<sup>8</sup>.

4.- En ese orden de ideas, las reglas y subreglas jurisprudenciales que guían la labor de esta Sala en el ejercicio de la revisión formal de la constitucionalidad del tratado internacional y su ley aprobatoria, son:

#### **Fase previa gubernamental**

*A.- Representación válida del Estado colombiano en las fases de negociación, celebración y firma del tratado internacional*<sup>9</sup>

5.- Esta Corporación<sup>10</sup> ha señalado que la revisión constitucional de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, incluye el examen de las

<sup>7</sup> Sentencia C-468 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencias C-378 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-682 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz; C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-924 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, C-576 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

<sup>8</sup> Sentencia C-011 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>9</sup> Artículo 7 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, aprobada por Colombia mediante la ley 32 de 1985.

facultades del representante del Estado colombiano en las fases de negociación, celebración y firma del respectivo instrumento internacional.

Tal verificación ha sido realizada por la Corte con base en los artículos 7° a 10° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, incorporada al ordenamiento interno por la Ley 32 de 1985, por remisión que hace el artículo 9° de la Carta en el sentido de que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios aceptados por Colombia.

Como consecuencia de lo anterior, existe una representación válida del Estado colombiano:

- (i) Cuando la persona delegada presenta plenos poderes (7.1-a).
- (ii) Cuando de la práctica del Estado o de otras circunstancias, se presume que existe la intención de considerar a la persona que participa en la negociación como la representante del Estado para esos efectos, se prescinde de la presentación de plenos poderes (7.1-b).
- (iii) Cuando se presume a partir de las funciones que cumple la persona delegada, que no tiene que presentar plenos poderes (7.2). En este evento, por razón de sus funciones, representan a su Estado para los efectos de negociar y adoptar el texto de un tratado: (a) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores (7.2-a); (b) el jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar (7.2-b) y (c) el representante acreditado por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de los órganos de ésta (7.2-c)<sup>11</sup>.

*B.- Necesidad y realización de consulta previa como expresión del derecho fundamental a la participación de los grupos étnicos*

6.- El artículo 1° de la Constitución Política define al Estado Colombiano como democrático, participativo, y pluralista. Por su parte, los artículos 7 y 70 de la misma normativa, consagran la protección de la diversidad étnica y cultural como uno de los principios fundamentales del Estado<sup>12</sup>.

Este Tribunal ha considerado que el pluralismo debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional, toda vez que en Colombia existe una diversidad de identidades étnicas y culturales que deben ser tratadas con el mismo respeto que la colectividad mayoritaria, con los mismos derechos de

---

<sup>10</sup> Ver Sentencias C-582 de 2002, C-933 de 2006, C-534 de 2008 todas con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, además las sentencias C-537 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-039 de 2009 y C-378 de 2009 ambas con ponencia del doctor Humberto Sierra Porto entre otras.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ver Sentencia C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-196 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.



reproducirse y perpetuarse en el territorio nacional durante el paso del tiempo<sup>13</sup>.

7.- En el desarrollo de su jurisprudencia, en particular en la **sentencia C-169 de 2001**<sup>14</sup>, reiterada por la **sentencia SU-383 de 2003**<sup>15</sup> entre otras<sup>16</sup>, esta Corporación ha indicado que una de las formas de materializar dicha protección constitucional, se da a través del ejercicio del derecho que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afectan. De acuerdo con lo señalado en las providencias anteriormente referidas, esta forma de participación tiene una doble connotación, por una parte, como derecho fundamental cuyo ejercicio debe ser garantizado y facilitado por las autoridades correspondientes, y por la otra, como mecanismo indispensable para la efectividad de otros derechos constitucionales.

De acuerdo con lo establecido en la **sentencia C-187 de 2011**<sup>17</sup>, el derecho de participación de los grupos étnicos, se deriva de las siguientes normas: (i) artículo 40 de la Constitución Política, que dispone el derecho que tiene todo ciudadano a la participación democrática; (ii) artículo 70 de la Carta que establece la cultura y sus diferentes manifestaciones como fundamento de la nacionalidad; (iii) y los artículos 329 y 330 de la misma normativa, que regulan la participación previa de las comunidades en la conformación de las entidades territoriales indígenas y la explotación de los recursos naturales en su territorio. Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha reconocido que la consulta previa ostenta el grado de derecho fundamental.

Asimismo, la Ley 21 de 1991, mediante la cual se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico el Convenio 169 de la OIT, resalta la importancia del derecho de participación que tienen las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan directamente. En efecto, el artículo 6° del Convenio establece la obligación que tienen los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevea una medida legislativa o administrativa que pueda afectarlos directamente. Igualmente, determina el carácter imperativo de tomar las medidas necesarias para que dichos pueblos puedan participar de la misma forma que otros sectores de la población.

8.- Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993<sup>18</sup>, la expresión *grupos étnicos* incluye a las comunidades indígenas y a las

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>15</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>16</sup> Ver Sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, C-187 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>17</sup> Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>18</sup> Ley 70 de 1993, Artículo 2 *Para los efectos de la presente ley se entiende por: (...)5. Comunidad Negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.*

afrodescendientes. Lo anterior ha sido reconocido por este Tribunal, en especial en la **sentencia C-461 de 2008**<sup>19</sup>, que reiteró que las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica.

9.- En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales, en las que se establece que (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional; (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a tomar una medida legislativa o administrativa que los pueda afectar de forma directa; y (iii) las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos.

***La obligación del Estado de realizar consulta previa a las comunidades étnicas con respecto a las medidas legislativas que las pueden afectar directamente.***

10.- La **sentencia C-030 de 2008**<sup>20</sup>, que examinó una demanda contra la Ley 1021 de 2006<sup>21</sup>, estableció que, de acuerdo con las disposiciones constitucionales e internacionales que regulan el derecho a la consulta previa, es obligación de los Estados realizar dicho procedimiento a las comunidades étnicas, cuando la Ley contenga disposiciones susceptibles de afectar directamente a los destinatarios, independientemente de que el efecto se considere positivo o negativo.

Dicha providencia fue reiterada por la **sentencia C-702 de 2010**<sup>22</sup>, que analizó si una reforma constitucional debía someterse a consulta previa. Dicho fallo indicó que toda medida legislativa que afectara de forma directa a una comunidad étnica, debía pasar por dicho procedimiento cubriendo no solamente leyes en sentido estricto sino también los decretos y actos legislativos que afecten de manera directa a los destinatarios de la medida.

En el mismo sentido, la **sentencia C-366 de 2011**<sup>23</sup>, indicó que existen varias reglas de la jurisprudencia constitucional para identificar las medidas legislativas y administrativas que se deben someter al proceso de consulta previa.

La primera regla hace referencia a toda medida que afecte directamente a las comunidades étnicas, lo que excluye de dicho procedimiento a las políticas que se dirigen a toda la población de forma general. A pesar de que la Corte ha indicado que el grado de afectación se debe analizar en cada caso concreto,

<sup>19</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>20</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>21</sup> *Por la cual se expide la Ley General Forestal.*

<sup>22</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>23</sup> M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

existe un patrón común que se refiere a la incidencia de la medida en la confirmación de la identidad de la comunidad. Con fundamento en lo anterior, el fallo indicó que temas relacionados con el territorio y la explotación de los recursos naturales, en las zonas donde se encuentran asentados los pueblos étnicos, deben ser sometidas al proceso de consulta previa. Lo anterior, bajo el entendido de que la comunidad tiene una relación con la materia objeto de consulta.

Asimismo, la providencia anteriormente citada estableció que todo lo referido a la delimitación, conformación y cualquier relación con las demás entidades locales de las unidades territoriales de los pueblos étnicos, y los asuntos del gobierno de los territorios donde habitan debe someterse al proceso de consulta previa. En efecto, la Constitución Política<sup>24</sup> prevé la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos étnicos en el Estado colombiano, lo que implica que las decisiones gubernamentales deben contar con la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

11.- En esta ocasión, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en los fallos anteriormente referidos, en las que establece que (i) toda medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades étnicas que se encuentran en el territorio nacional, debe someterse al proceso de consulta previa y, (ii) las materias concernientes a la confirmación de la entidad de dichas comunidades, tales como su territorio, la explotación de recursos naturales y los temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos, también deben someterse a dicho proceso.

### ***El derecho fundamental a la consulta previa de las leyes aprobatorias de tratados internacionales***

12.- Este Tribunal se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

La **sentencia C-750 de 2008**<sup>25</sup>, que examinó la constitucionalidad de la Ley Aprobatoria del “*Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus ‘cartas adjuntas’ y sus ‘entendimientos’*”<sup>26</sup>, señaló que toda medida legislativa o administrativa que afectara de forma directa a una población étnica, debe someterse a la consulta previa, como consecuencia del derecho que le asiste a dicha comunidad a decidir sobre sus prioridades en su desarrollo y preservación cultural.

En esa oportunidad, la Corte consideró que, *prima facie*, el acuerdo no afectaba de forma directa los derechos de los pueblos indígenas y por consiguiente no era necesario adelantar el proceso de consulta previa. No

<sup>24</sup> Artículos 329 y 330.

<sup>25</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>26</sup> Ley 1143 del 4 de julio de 2007.

obstante, indicó que si las medidas de orden legislativo y administrativo que se expedieran en desarrollo del tratado afectaban de forma directa a alguna comunidad étnica, debía realizarse dicho procedimiento.

Posteriormente, la **sentencia C-615 de 2009**<sup>27</sup>, que estudió la Ley 1214 de 2008 mediante la cual se aprobó el “*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*”, afirmó que cuando el instrumento internacional afecta de forma directa a las comunidades étnicas, se debía llevar a cabo el procedimiento de consulta previa, antes de que el Presidente de la República someta el tratado ante el Congreso de la República para su aprobación. Lo anterior, debido a que ni la Constitución Política ni la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados o el Convenio 169 de la OIT, establecen un momento específico para estos casos.

Con fundamento en lo anterior, en esa ocasión esta Corporación afirmó que la eficacia de la consulta a las comunidades, depende de si el proceso se realiza antes de que el Presidente de la República presente el tratado para la aprobación del órgano Legislativo durante las negociaciones del instrumento internacional a través de mesas de trabajo, o cuando las partes hayan aprobado y firmado el texto final, lo que podría llevar a su renegociación. En esa oportunidad, se consideró que el tratado objeto de estudio generaba un impacto importante a los pueblos teniendo en cuenta que disponía la realización de planes conjuntos entre las comunidades Wayúu colombianas y venezolanas. En consecuencia, se declaró la inexecutable de la norma, debido a que se había omitido realizar el proceso de consulta previa a las comunidades Wayúu antes de la presentación de la Ley al Congreso de la República.

Posteriormente la **sentencia C-915 de 2010**<sup>28</sup>, que adelantó el control previo de constitucionalidad de la Ley 1360 de 2009, mediante la cual se aprobó el *Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia, el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009 por medio del cual se corrigieron los errores técnicos y materiales del Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia”*, manifestó que de la revisión del tratado, se evidenciaba que el texto estaba dirigido a la generalidad de los colombianos, toda vez que su objeto no era expedir una regulación especial dirigida a las comunidades étnicas como si pasaba en el “*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*”.

En el mismo sentido, esta Corporación indicó que en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, los Estados reconocieron y adquirieron obligaciones recíprocas para la protección ambiental y el desarrollo sostenible, no solo en los territorios de las comunidades étnicas, sino en la totalidad del

---

<sup>27</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>28</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

territorio nacional. En consecuencia, concluyó que la Ley objeto de estudio no constituía una medida legislativa que afectara de forma directa a las comunidades étnicas y por consiguiente no era necesario realizar el proceso de consulta previa.

13.- Dentro de su jurisprudencia, este Tribunal se ha pronunciado sobre la afectación directa de las comunidades étnicas frente a tratados internacionales de creación de zonas de libre comercio. En efecto, la **sentencia C-941 de 2010**<sup>29</sup>, que examinó la constitucionalidad de la Ley No. 1372 de 2010, mediante la cual se aprobaron los *Acuerdos de libre comercio (acuerdo principal y acuerdos complementarios) entre la República de Colombia y los Estados AELC (Asociación Europea de Libre Comercio)*<sup>30</sup>, manifestó que no es necesario realizar el proceso de consulta previa respecto de este tipo de tratados debido a que sus disposiciones no afectan de forma directa el territorio de las comunidades étnicas ni ocasionan algún deterioro a la integridad cultural, económica o social de dichos grupos.

Adicionalmente, señaló que las disposiciones del tratado objeto de estudio en esa oportunidad, partían de un marco general y abstracto que involucraba a la totalidad de la población colombiana, sin que se incluyeran normas que afectaran de forma directa a los grupos étnicos con imposición de restricciones, gravámenes, o beneficios. En consecuencia la Corte no consideró que fuera necesario realizar la consulta previa para la aprobación de dichos acuerdos. No obstante, resaltó que esto no significaba que las medias legislativas y administrativas que se expidieran en desarrollo y aplicación de los instrumentos internacionales, estuvieran exentas de someterse a dicho procedimiento cuando afecten de manera directa a una comunidad étnica.

En el mismo sentido, en la **sentencia C-027 de 2011**<sup>31</sup>, en la revisión constitucionalidad del “*Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Colombia*”, aprobado por la Ley 1254 de 2008, la Corte indicó que el Tratado sólo establece obligaciones generales en materia de Cooperación entre Colombia y Guatemala y no hace referencia a alguna área específica para el desarrollo de estas actividades.

Por consiguiente, esta Corporación concluyó que el Convenio no afecta de forma directa a ninguna comunidad étnica en el Estado Colombiano y en consecuencia no era necesario someterlo al proceso de consulta previa. No obstante, indicó que si en desarrollo del Acuerdo se realiza alguna actividad de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa a alguna comunidad, se debe realizar la consulta.

---

<sup>29</sup> Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>30</sup> Por medio de la cual se crea la zona de libre comercio de mercancías, productos agrícolas, servicios, inversión, se regula la contratación pública, las políticas de competencia, protección de propiedad intelectual, transparencia, cooperación y solución de controversias y disposiciones finales.

<sup>31</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Posteriormente, la **sentencia C-196 de 2012**<sup>32</sup>, que estudió la constitucionalidad del “*Convenio Internacional de Maderas Tropicales*”, aprobado por la Ley 1458 de 2011, señaló que dicho tratado era la respuesta de la comunidad internacional a la tala ilegal de árboles y a la deforestación y que estas actividades sí constituían un riesgo para las comunidades étnicas y su cultura, sin embargo dicho acuerdo no les imponía un modelo extractivo de desarrollo, sino un control a dicha actividad sobre la base de consideraciones de sostenibilidad ambiental.

Con fundamento en lo anterior, este Tribunal concluyó que el tratado en sí mismo, no consagraba ninguna medida que afectara de forma directa a los grupos étnicos, pero bajo un criterio contextual y sistemático de interpretación acorde con la Constitución Política, esta Corporación consideró que en el desarrollo de las actividades de la organización internacional creada con dicho tratado, se implementarían medidas que podrían llegar a afectar a indígenas y afrodescendientes, y por tanto tendrían que someterse al procedimiento de consulta previa.

Asimismo, en la **sentencia C-822 de 2012**<sup>33</sup>, al revisar la exequibilidad de la “*Convención Metro*” aprobada por medio de la Ley 1512 de 2012, la Corte afirmó que no era necesario realizar el proceso de consulta previa, debido a que las medidas de adopción del Tratado no conciernen de forma directa a alguna comunidad étnica del territorio nacional, toda vez que su finalidad es proporcionar la base técnica para asegurar la uniformidad y trazabilidad de mediciones. Asimismo, reiteró la regla jurisprudencial que establece que si en el desarrollo del Acuerdo se afecta a alguna comunidad de forma directa con investigación científica o explotación de recursos, es necesario realizar tal procedimiento.

En otra oportunidad, en la **sentencia C-1051 de 2012**<sup>34</sup>, en el análisis de exequibilidad del “*Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales*” aprobado por la Ley 1518 de 2012, este Tribunal declaró la inexecutable del Convenio, por considerar que era necesario realizar el proceso de consulta previa en el trámite de su aprobación interna. En particular, la Corte indicó que, a pesar de que el Acuerdo no hacía referencia a alguna comunidad específica, sí regulaba las formas de producción y conservación de vegetales, lo que evidentemente afectaba a todas las comunidades étnicas del territorio nacional, en especial sus tradiciones y costumbres, debido a que sus formas de producción podían incumplir los estándares impuestos por el Convenio.

Asimismo, esta Corporación afirmó que la filosofía que inspiraba el derecho de obtentor que regulaba el Tratado, iba en contra de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, toda vez que ellas no buscan la

---

<sup>32</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>33</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>34</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

explotación comercial de los conocimientos ancestrales, sino que se aprovechan de su uso comunitario.

Recientemente, en la **sentencia C-163 de 2015**<sup>35</sup>, en la revisión de constitucionalidad del “*Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*” aprobado por medio de la Ley 1721 de 2014, esta Corporación afirmó que no se requería de la consulta previa para la aprobación interna del Tratado, en la medida en que su objeto es construir un área de integración regional entre la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú y la República de Colombia, para avanzar hacia la libre circulación de bienes, servicios y capitales, dirigidos a la totalidad de los colombianos. En este sentido, concluyó que en no existe ninguna afectación directa a las comunidades étnicas asentadas en el territorio nacional.

Finalmente en la **sentencia C-217 de 2015**<sup>36</sup>, al examinar la constitucionalidad del “*Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Federativa del Brasil sobre permiso de residencia, estudio y trabajo para los nacionales fronterizos brasileños y colombianos entre las localidades fronterizas vinculadas, suscrito en Brasilia el 1º de septiembre de 2010*” aprobado por la Ley 1664 de 2013, esta Corporación indicó que el objetivo del Acuerdo es flexibilizar las reglas migratorias entre los dos Estados, especialmente en las zonas fronterizas, por lo que no se evidenciaba ninguna afectación directa a las comunidades indígenas. En particular, la Corte enfatizó en el hecho de que en el Acuerdo no existe ninguna disposición que regule de manera favorable o desfavorable el tránsito fronterizo de los miembros de las comunidades étnicas y que las medidas están dirigidas a todos los nacionales colombianos y brasileños, por lo que no se evidencia ninguna limitación o beneficio especial por el hecho de pertenecer a una comunidad en particular.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluyó que en ese caso no era necesario realizar la consulta previa, pero que si en el desarrollo de Tratado se profieren leyes o actos administrativos que afecten de forma directa a las comunidades indígenas, se debe realizar la consulta.

- 14.- La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa frente a tratados internacionales, que establecen que (i) las leyes aprobatorias de tratados deben ser objeto de consulta previa cuando el texto afecte de forma directa a las comunidades étnicas; (ii) las medidas legislativas o administrativas que se adopten en el desarrollo del tratado que involucren directamente a una población étnica, deben someterse al proceso de consulta antes de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República; y (iii) *prima facie* no es necesario someter el instrumento internacional a dicho procedimiento, si éste se refiere a creación de zonas de libre comercio,

---

<sup>35</sup> M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>36</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

sin embargo se debe hacer consulta cuando las medidas que se tomen en desarrollo del tratado afecten de forma directa a una comunidad étnica.

*C.- Aprobación presidencial y orden de someterlo a consideración del Congreso de la República (art. 189 No. 2 C.P.).*

### **Fase legislativa**

*D.- Presentación del proyecto de ley aprobatoria ante el Senado de la República por parte del Gobierno (art. 154 C.P.).*

*E.- Publicación oficial del proyecto de ley aprobatoria (art. 156 Ley 5ª de 1992)*

*F.- Inicio del trámite legislativo en la comisión correspondiente del Senado de la República (art. 154 C.P.)*

*G.- Publicación de la ponencia para debate en comisión y plenaria (art. 157 y 185 Ley 5ª de 1992)*

*H.- Anuncio previo de votación (art. 160 C.P. adicionado por el art. 8 Acto Legislativo 03 de 2003)*

15.- La Corte ha definido el objetivo del anuncio previo de los proyectos de ley, a partir de la estrecha relación con la eficacia del principio democrático. En ese sentido, lo que se pretende con esta exigencia constitucional es que los congresistas conozcan con la suficiente antelación el momento en que las iniciativas se someterían a consideración de las cámaras, sin que sean sorprendidos por votaciones inesperadas. Es una condición de racionalidad mínima del trabajo legislativo y de transparencia en el proceso de creación legal<sup>37</sup>.

16.-Las subreglas jurisprudenciales<sup>38</sup> para analizar el cumplimiento del anuncio previo como requisito son:

(i) **No exige el uso de fórmulas sacramentales:** No se impone el uso de expresiones lingüísticas determinadas, lo importante es que tengan la entidad suficiente para transmitir inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto. La Corte ha aceptado el uso de expresiones como “*anunciar*”, “*discutirán*” y “*aprobarán*”.

(ii) **Determinación de la sesión futura en que tendrá lugar la votación del proyecto, pues, de lo contrario, hace de aquél un anuncio no determinado ni determinable que no cumple con la exigencia constitucional:** si bien la exigencia constitucional parte de

<sup>37</sup> Auto 081 de 2008.

<sup>38</sup> Sistematizadas en la sentencia C-533 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiteradas en sentencias C-305 de 2010 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, C-982 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.



que en una sesión anterior se anuncien los proyectos que serán discutidos y votados en una sesión posterior, no es necesario indicar la fecha exacta en que habrá de realizarse la votación, siempre que sea determinable. Esta Corporación ha avalado expresiones como: “*próximo martes*”, “*próxima sesión*”, “*próxima semana*”, “*siguiente sesión*” y “*día de mañana*”.

(iii) **Continuación de la cadena de anuncios por aplazamiento de la votación. Sin embargo ante su ruptura, no existe vicio de procedimiento cuando el proyecto hubiere sido anunciado para debate en sesión anterior a la aprobación:** frente al aplazamiento indefinido de la votación debe continuarse la sucesión de anuncios a fin de evitar el rompimiento de la secuencia temporal del aviso. Sin embargo, no se desconoce la exigencia constitucional cuando a pesar de presentarse dicha ruptura, existió claridad de que se realizaría el debate en la sesión en que efectivamente se debatió y aprobó el proyecto de ley.

(iv) **Se cumple con el requisito de anuncio previo del debate cuando a pesar de no efectuarse la votación en la fecha prevista, finalmente ésta se realiza en la primera ocasión en que vuelve a sesionarse,** lo cual puede corroborarse atendiendo el orden sucesivo de las actas de comisión o plenaria de cada Corporación legislativa<sup>39</sup>.

De esta manera, la Corte reitera las subreglas jurisprudenciales relacionadas con la exigencia del anuncio previo de los proyectos de ley.

*I.- Votación. Exigencias de quorum y mayorías (art. 145 y 146 C.P.)*

17.- El quorum deliberatorio será de una cuarta parte de los miembros del Congreso en pleno, Cámara o Comisión. El quorum decisorio exige la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación. En relación con la toma de decisión, se requerirá la mayoría de votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.

*J.- Requisito temporal (art. 160 C.P.)*

18.- Respecto del tiempo que debe transcurrir entre los debates, se tiene que entre el primer y segundo debate debe mediar un lapso no inferior a 8 días y que entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deben transcurrir por lo menos 15 días.

Además, el trámite del proyecto de ley aprobatoria no podrá exceder de 2 legislaturas (art. 162 C.P.)

## **Fase posterior a la legislativa**

---

<sup>39</sup> Subreglas reiteradas en sentencia C-305 de 2010 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

*K.- Sanción Presidencial y remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los 6 días siguientes (art. 241–10 CP)*

**Aplicación de las reglas jurisprudenciales para la revisión material de constitucionalidad del Acuerdo internacional y de su ley aprobatoria, en el caso concreto.**

19.- La revisión material se realiza mediante la confrontación de las disposiciones del texto del acuerdo internacional y el de su ley aprobatoria, con las disposiciones constitucionales, para determinar si se ajustan o no al Ordenamiento Superior.

Establecido el marco de análisis, esta Corporación asume la revisión integral del “*Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica*”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013 y de su Ley aprobatoria 1763 de 15 de julio de 2015.

### **Revisión formal de constitucionalidad de la Ley 1763 de 15 de julio de 2015**

20.- Procede la Sala a realizar la revisión formal de constitucionalidad del trámite de expedición de la Ley 1763 de 15 de julio de 2015, con base en las reglas y subreglas jurisprudenciales definidas anteriormente.

#### **Fase previa gubernamental**

21.- El Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, fue suscrito en Cali el 22 de mayo de 2013 y la representación del Estado Colombiano fue ejercida por el Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón<sup>40</sup>.

De las referidas circunstancias se advierte que **la representación del Estado fue válida**, a la luz del literal a) del numeral 2º del artículo 7º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, disposición que considera que los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de relaciones exteriores representan a los Estados para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.

#### **Análisis de consulta previa en el caso concreto**

22.- En concordancia con las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa en tratados internacionales expuestas anteriormente, la Sala considera que en esta oportunidad, no era necesario someter el presente Acuerdo a consulta de las comunidades indígenas ni afrodescendientes, debido a que no se evidencia una afectación directa tales poblaciones, en particular no se demuestra que se afecten los derechos a la propiedad intelectual, como se desarrollará en el estudio del capítulo 9 del

---

<sup>40</sup> Certificación de la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Tratados de la Cancillería. (fl. 542 cd.1)

Convenio. Los argumentos de la ONIC sobre la afectación de estos derechos serán desarrollados en el fundamento 91 de esta providencia.

No obstante, la Corte reitera que las medidas legislativas o administrativas en el desarrollo del tratado que llegue afectar de forma directa alguna de esas comunidades, deben someterse a consulta antes de que se presenté el texto para que sea aprobado en el Congreso de la República.

### **Aprobación presidencial del tratado y orden de someterlo a consideración del Congreso de la República**

23.- El 2 de septiembre de 2013 se impartió la respectiva aprobación ejecutiva por parte del Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín<sup>41</sup> ordenó que el Tratado de Libre Comercio se sometiera a consideración del Congreso de la República<sup>42</sup>, por lo que se cumplió con la obligación contenida en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, que establece como una de las funciones del Presidente de la República la celebración de tratados internacionales y el deber de someterlos a la aprobación del Congreso<sup>43</sup>.

### **Fase Legislativa**

#### **Trámite en el Senado de la República**

#### **Presentación y publicación del proyecto de ley aprobatoria ante el Senado de la República por parte del Gobierno**

24.- Los Ministros de Relaciones Exteriores, y de Industria, Comercio y Turismo, doctores María Ángela Holguín Cuellar y Sergio Díaz-Granados Guida respectivamente, **presentaron** el 18 de septiembre de 2013, en la Secretaria General del Senado de la República, el proyecto de ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, que fue radicado bajo el número 092 de 2013<sup>44</sup>.

25.- La **publicación** del proyecto de la ley aprobatoria junto con su exposición de motivos, se realizó inicialmente en la Gaceta del Congreso número 744 de 2013 y, posteriormente se realizó una nueva publicación en la Gaceta del Congreso número 95 del 20 de marzo de 2014<sup>45</sup> ante algunas imprecisiones<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> La aprobación ejecutiva obrante a folio 543 cuenta con dos firmas. La primera se plasmó sobre el nombre de María Ángela Holguín Cuellar, Ministra de Relaciones Exteriores y la segunda, aunque no se impuso sobre el nombre de Juan Manuel Santos Calderón, en su calidad de Presidente de la República, se admite que se trata de su rúbrica de acuerdo con la certificación remitida por la Coordinadora del Grupo Interno de trabajo de Tratados, según la cual *“El Presidente de la República, señor Juan Manuel Santos Calderón, impartió la respectiva aprobación ejecutiva el día 2 de septiembre de 2013(...)”*(fl.542.cd.1)

<sup>42</sup> Folio 543, cuaderno principal.

<sup>43</sup> Folio 543, cuaderno principal.

<sup>44</sup> Folio, 1051 cd. prueba parte 2.

<sup>45</sup> Folio 1052, cd. pruebas parte 2.

Así, advertida la publicación oficial del proyecto de ley aprobatoria del tratado de libre comercio en la Gaceta 95 de 20 de marzo de 2014 se tiene por cumplido el requisito formal de publicidad previsto en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992.

## **Inicio del trámite legislativo en la comisión constitucional competente**

### **Publicación de la ponencia para debate en comisión**

26.- La publicación de la ponencia favorable para primer debate en el Senado se realizó en la Gaceta del Congreso No. 100 del 5 de diciembre de 2013<sup>47</sup>, en cumplimiento del artículo 157 de la Ley 5ª de 1992.

A pesar de que se dieron algunas modificaciones en los textos, tal como se evidencia en las Gacetas de Congreso anteriormente citadas, se demuestra que el debate se realizó después de que se realizaron todas las publicaciones del Tratado para el debate en comisión, por lo que la publicación cumple con todas las exigencias constitucionales.

### **Anuncios previos a la votación**

27.- El anuncio para la discusión y votación del Proyecto en primer debate, se realizó el 1º de abril de 2014<sup>48</sup>, en los siguientes términos:

**“POR INSTRUCCIONES DEL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN SEGUNDA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, ANUNCIO DE DISCUSIÓN Y VOTACIÓN DE PROYECTOS DE LEY PARA LA PRÓXIMA SESIÓN DE LA COMISIÓN SEGUNDA DEL SENADO (ARTÍCULO 8 DEL ACTO LEGISLATIVO N° DE 2003).**

- *Proyecto de Ley No. 92/13 Senado*  
**“POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL “TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE COSTA RICA”, SUSCRITO EN CALI, REPÚBLICA DE COLOMBIA, EL 22 DE MAYO DE 2013.**

*Autores Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio, Industria y Turismo.*

*Ponente: H.S. Roy Leonardo Barreras Montealegre.*

*Publicaciones: Texto del Proyecto de Ley: 744/13 y 95/14 Gaceta:*

*Ponencia Primer Debate: Gaceta: 1000/13.”*

<sup>46</sup> Las imprecisiones que motivaron la nueva publicación del proyecto de ley aprobatoria del tratado no fueron referidas en la certificación remitida por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (folio 1052, cd. pruebas parte 2) Con todo, se cumplió con el requisito de publicación oficial del proyecto de ley.

<sup>47</sup> Folio 196, Cuaderno de pruebas parte 2.

<sup>48</sup> Control de anuncio para discusión y votación el proyectos de Ley, folio 1201, cuaderno de pruebas 2.

Con fundamento en lo anterior, esta Corte concluye que en primer debate, se cumplió con el requisito del anuncio previo exigido en el artículo 160 de la Constitución Política y en el 157 del Reglamento del Congreso. En efecto, para anunciar con la debida antelación el debate del proyecto de ley, se usó la expresión “*Próxima sesión*”, en el caso de la Comisión del Senado.

No fueron hechos más anuncios, pues la ponencia se aprobó el día 8 de abril de 2014, que corresponde a la sesión del siguiente anuncio-

### **Votación**

28.- La discusión y aprobación del proyecto en primer debate, se realizó el día en que fue anunciada, es decir en la sesión del 8 de abril de 2014, tal como se demuestra en el Acta No. 14, publicada en la Gaceta del Congreso No. 305 del 17 de junio del mismo año. Inicialmente hubo quorum deliberatorio tal como se evidencia en la Gaceta anteriormente referida en la que se consagra lo siguiente:

*“El señor Secretario Diego Alejandro González González, informa:  
Señor Presidente, honorables Senadores, me permito iniciar el llamado a lista para abrir el registro de la sesión. Señor Presidente, informo que el Senador Avirama ha presentado excusa para las sesiones que se adelantarán esta semana; pido a los señores asistentes de recinto, se sirvan apremiar a los honorables Senadores que se encuentran en el cuarto contiguo, informándoles que vamos a iniciar el llamado a lista.*

*Avirama Avirama Marco Aníbal. Excusa*

*Barreras Montealegre Roy Leonardo. Presente*

*Barriga Peñaranda Carlos Emiro. Presente.*

*Cristo Bustos Juan Fernando*

*Chavarro Cuéllar Carlos Ramiro. Presente.*

*Espíndola Niño Édgar. Presente.*

*García Realpe Guillermo.*

*Lozano Ramírez Juan Francisco. Presente.*

*Moreno Piraquive Alexandra.*

*Motoa Solarte Carlos Fernando.*

*Paredes Aguirre Miryam Alicia. Presente.*

*Romero Galeano Camilo Ernesto. Presente.*

*Virgüez Piraquive Manuel Antonio. Presente.*

*Con excusa el honorable Senador:*

*Marco Aníbal Avirama Avirama.*

*Durante el transcurso de la sesión se hacen presentes los honorables Senadores:*

*Juan Fernando Cristo Bustos*

*Guillermo García Realpe*

*Alexandra Moreno Piraquive y*

*Carlos Fernando Motoa Solarte.*

*Le informo señor Presidente que se registrara (sic) quórum para decidir.*

*El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, solicita al señor Secretario  
se sirva leer el Orden del Día.*”<sup>49</sup>

29.- La forma de votación fue **nominal y pública**<sup>50</sup>, regla general para la adopción de decisiones en el Congreso de la República<sup>51</sup>, y se dividió de la siguiente manera:

- (i) Sobre la proposición positiva con que terminó el informe de ponencia, hubo 8 votos a favor y 1 en contra.
- (ii) En relación con la omisión de lectura del articulado y a la votación en bloque del mismo, 8 senadores votaron por el sí y 1 por el no.
- (iii) Respecto de la votación del título del proyecto hubo 8 votos a favor y 1 en contra.
- (iv) En relación con la aprobación para segundo debate, 8 senadores votaron por el sí y 1 por el no.

De esta forma se verifica el cumplimiento del requisito de votación nominal y pública establecido en los artículos 133 Superior y 129 de la Ley 5ª de 1992.

30.- El detalle de la votación puede verse en el Acta de Plenaria No. 14 del 17 de junio de 2014 del Senado, publicada en la Gaceta del Congreso No. 305 de 2014. La votación de la proposición positiva con que terminó el informe de ponencia, fue la siguiente:

*“De esta forma se verifica el cumplimiento del requisito de votación nominal y pública establecido en los artículos 133 Superior y 129 de la Ley 5ª de 1992.*

*El detalle de la votación puede verse en el Acta de Plenaria No. 14 del 17 de junio de 2014 del Senado, publicada en la Gaceta del Congreso No. 305 de 2014:*

*“El señor Secretario Diego Alejandro González González, para la proposición final honorables Senadores, del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado, por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.*

*Ponente: honorable Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre.  
Avirama Avirama Marco Aníbal*

<sup>49</sup> Acta No. 14. Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, sesión del 8 de abril de 2014, Publicada en la Gaceta del Congreso 305 del 17 de junio de 2014, folio 608, cuaderno 1.

<sup>50</sup> Acta No. 14. Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, sesión del 8 de abril de 2014, Publicada en la Gaceta del Congreso 305 del 17 de junio de 2014, folio 608, cuaderno 1.

<sup>51</sup> Sobre este punto, en la Sentencia C-1017 de 2012 se expuso que: *“La votación nominal y pública ha sido definida como aquella en la cual cada uno de los congresistas vota siguiendo el orden alfabético de apellidos o mediante el uso de cualquier procedimiento electrónico, de suerte que de manera individual contestarán de viva voz el sentido de su decisión o el mismo quedará consignado en un sistema electrónico que permita su visualización en tiempo real<sup>51</sup>. Esta modalidad de votación es, por querer del constituyente, la regla general. Sin embargo, en la misma disposición Superior en la que se expresó este mandato, se delegó en el legislador el señalamiento de las hipótesis exceptivas en las cuales dicha votación no tendría ocurrencia”.*

<i>Barreras Montealegre Roy Leonardo</i>	<i>Sí</i>
<i>Barriga Peñaranda Carlos Emiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Cristo Bustos Juan Fernando</i>	
<i>Chavarro Cuéllar Carlos Ramiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Espíndola Niño Édgar</i>	<i>Sí</i>
<i>García Realpe Guillermo</i>	<i>Sí</i>
<i>Lozano Ramírez Juan Francisco</i>	
<i>Moreno Piraquive Alexandra</i>	<i>Sí</i>
<i>Motoa Solarte Carlos Fernando</i>	<i>Sí</i>
<i>Paredes Aguirre Miryam Alicia</i>	<i>Sí</i>
<i>Romero Galeano Camilo Ernesto</i>	<i>No</i>
<i>Virgüez Piraquive Manuel Antonio</i>	

*Le informo señor Presidente que hay ocho (8) votos por el SÍ, uno (1) por el NO, en consecuencia ha sido aprobada la proposición final con que termina el informe de ponencia.”*

La votación sobre la omisión de lectura del articulado y a la votación en bloque del mismo, se realizó de la siguiente manera:

*“El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, solicito (sic) al señor Secretario leer el articulado.*

*El señor Secretario, doctor Diego Alejandro González González, informa al Presidente:*

*Hay proposición del Senador Roy Barreras para omitir la lectura del articulado, entonces someta a consideración la omisión de la lectura del articulado y el articulado del proyecto señor Presidente.*

*El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, informa a la Comisión:*

*Está en consideración la proposición suscrita por el Senador Roy Barreras, de omitir la lectura del articulado, y se somete el articulado en bloque. Se abre la discusión, anuncio que va a cerrarse, queda cerrada, lo aprueba la Comisión. Sírvase señor Secretario abrir el registro para realizar la votación nominal.*

*El señor Secretario Diego Alejandro González González, informa:*

*Para la omisión de la lectura del articulado y el articulado en bloque, honorables Senadores, el Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado, por medio de la cual se aprueba el ¿Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.*

*Ponente: honorable Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre.*

<i>Avirama Avirama Marco Aníbal</i>	
<i>Barreras Montealegre Roy Leonardo</i>	<i>Sí</i>
<i>Barriga Peñaranda Carlos Emiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Cristo Bustos Juan Fernando</i>	
<i>Chavarro Cuéllar Carlos Ramiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Espíndola Niño Édgar</i>	<i>Sí</i>
<i>García Realpe Guillermo.</i>	<i>Sí</i>
<i>Lozano Ramírez Juan Francisco</i>	
<i>Moreno Piraquive Alexandra</i>	<i>Sí</i>

*Motoa Solarte Carlos Fernando*      *Sí*  
*Paredes Aguirre Miryam Alicia*      *Sí*  
*Romero Galeano Camilo Ernesto*      *No*  
*Virgüez Piraquive Manuel Antonio*

*Le informo señor Presidente que hay ocho (8) votos por el SÍ, uno (1) por el NO, en consecuencia ha sido aprobada la omisión de la lectura del articulado y el articulado del proyecto de ley.”*

La votación del título del proyecto de ley fue la siguiente:

*“El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, solicita al Secretario leer el título del Proyecto de ley número 92 de 2013.*

*El señor Secretario, doctor Diego Alejandro González González, procede con la lectura del título del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado. Título: por medio de la cual se aprueba el ¿Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013, está leído el título del proyecto señor Presidente.*

*El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, informa a los Senadores de la Comisión: está en consideración el título del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado. Anuncio que va a cerrarse, se cierra la discusión, lo aprueba la Comisión, señor Secretario sírvase abrir el registro para la votación del título.*

*El señor Secretario Diego Alejandro González González, procede con el llamado a lista para para la aprobación del título del proyecto de ley.*

*Honorables Senadores:*

*Avirama Avirama Marco Aníbal*  
*Barreras Montealegre Roy Leonardo*      *Sí*  
*Barriga Peñaranda Carlos Emiro*      *Sí*  
*Cristo Bustos Juan Fernando*  
*Chavarro Cuéllar Carlos Ramiro*      *Sí*  
*Espíndola Niño Édgar*      *Sí*  
*García Realpe Guillermo*      *Sí*  
*Lozano Ramírez Juan Francisco*  
*Moreno Piraquive Alexandra*      *Sí*  
*Motoa Solarte Carlos Fernando*      *Sí*  
*Paredes Aguirre Miryam Alicia*      *Sí*  
*Romero Galeano Camilo Ernesto*      *No*  
*Virgüez Piraquive Manuel Antonio*

*Le informo señor Presidente, hay ocho (8) votos por el SÍ, uno (1) por el NO, en consecuencia ha sido aprobado el título del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado.”*

La votación para que el proyecto tuviera segundo debate fue la siguiente:

*“El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, pregunta a los Senadores de la Comisión: quiere la Comisión que este proyecto tenga segundo debate.*



*El señor Secretario Diego Alejandro González González, procede con el llamado de los Senadores para el querer de los Senadores que este proyecto tenga segundo debate:*

<i>Avirama Avirama Marco Aníbal</i>	
<i>Barreras Montealegre Roy Leonardo</i>	<i>Sí</i>
<i>Barriga Peñaranda Carlos Emiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Cristo Bustos Juan Fernando</i>	
<i>Chavarro Cuéllar Carlos Ramiro</i>	<i>Sí</i>
<i>Espíndola Niño Édgar</i>	<i>Sí</i>
<i>García Realpe Guillermo</i>	<i>Sí</i>
<i>Lozano Ramírez Juan Francisco</i>	
<i>Moreno Piraquive Alexandra</i>	<i>Sí</i>
<i>Motoa Solarte Carlos Fernando</i>	<i>Sí</i>
<i>Paredes Aguirre Miryam Alicia</i>	<i>Sí</i>
<i>Romero Galeano Camilo Ernesto</i>	<i>No</i>
<i>Virgüez Piraquive Manuel Antonio</i>	

*Le informo señor Presidente que hay ocho (8) votos por el SÍ, uno (1) por el NO, en consecuencia los Senadores de la Comisión, quieren que el Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado, tenga segundo debate.*

*El señor Presidente Carlos Ramiro Chavarro Cuéllar, nombra como ponente para segundo debate, al ponente único Senador Roy Barreras, con la constancia suscrita por la Senadora Myriam Paredes y por toda la Comisión, excepto el Senador Camilo Romero. Señor Ministro, Señora Vicecanciller, muchísimas gracias por acompañarnos y por sus ilustraciones, señor Secretario siguiente punto del Orden del Día.”*

### **Trámite en la plenaria del Senado de la República**

31.- La **publicación** del informe de ponencia favorable para segundo debate en Plenaria de Senado, se realizó en la Gaceta del Congreso No. 540 del 25 de diciembre de 2014<sup>52</sup>, en cumplimiento de los artículos 185 y 157 del Reglamento del Congreso de la República.

### **Anuncios previos a la votación**

32.- El anuncio para la discusión y votación del Proyecto en la Plenaria del Senado, se realizó el 4 de noviembre de 2014<sup>53</sup>, en los siguientes términos:

#### ***“Anuncio de Proyectos***

*Por instrucciones de la Presidencia y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2003, por Secretaría se anuncian los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión. Siguiendo punto del Orden del Día son los anuncios, con informe anuncio de Proyectos de Ley de Acto Legislativo para ser considerados y votados en la sesión plenaria siguiente a la del día martes 4 de noviembre de 2014.*

<sup>52</sup> CD 2, Cuaderno de Pruebas Parte 2, archivo titulado “2217”.

<sup>53</sup> Gaceta del Congreso No. 53 del 19 de febrero de 2015, CD 2, Cuaderno de Pruebas Parte 2, archivo titulado “2213”.

(...)

• **Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado**, por medio de la cual se aprueba el “*Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica*”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.”

33.- Conforme a lo expuesto, la Sala considera que se ha cumplido con el requisito de anuncio previo del proyecto de ley, al verificarse la existencia del anuncio, y el uso de la expresión “*próxima sesión*” y “*sesión plenaria siguiente*”, completamente determinable y verificable con el consecutivo de actas de sesión Plenaria de Senado.

No fueron hechos más anuncios, pues la ponencia se aprobó el día 5 de noviembre de 2014, siguiente a la realización del anuncio.

34.- La aprobación del proyecto de ley en la Plenaria del Senado, como se indicó previamente, se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2014. Es evidente que se realizó en un término **superior a 8 días**, en relación con la fecha de aprobación del texto en primer debate efectuado en Comisión, que tuvo lugar el 8 de abril de 2014, en aplicación de lo establecido en el artículo 160 de la Constitución Política.

## Votación

35.- La discusión y aprobación del proyecto en la Plenaria del Senado, se realizó el día en que fue anunciada, es decir en la sesión del 5 de noviembre de 2014, tal como se demuestra en el Acta No. 36, publicada en la Gaceta del Congreso No 54 del 19 de febrero del mismo año.

En materia de **quórum deliberatorio y decisorio**, se cumplió esta exigencia, toda vez que el debate y aprobación se efectuaron con la presencia de entre 57 y 59 senadores, tal como se evidencia en el acta anteriormente referida.

La votación del proyecto se realizó de forma **nominal y pública**<sup>54</sup>, regla general para la adopción de decisiones en el Congreso de la República<sup>55</sup>, y se dividió de la siguiente manera:

- (i) Sobre la proposición positiva con que terminó el informe de ponencia para segundo debate, hubo 52 votos a favor y 2 en contra.
- (ii) En relación con la omisión de lectura del articulado y su votación en bloque, 55 senadores votaron por el sí y 2 por el no.

<sup>54</sup> Acta No. 36., Plenaria del Senado, sesión del 5 de noviembre de 2014, Publicada en la Gaceta del Congreso 54 del 19 de febrero de 2015, CD 2, Cuaderno de Pruebas Parte 2, archivo 2212.

<sup>55</sup> Sobre este punto, en la Sentencia C-1017 de 2012 se expuso que: “*La votación nominal y pública ha sido definida como aquella en la cual cada uno de los congresistas vota siguiendo el orden alfabético de apellidos o mediante el uso de cualquier procedimiento electrónico, de suerte que de manera individual contestarán de viva voz el sentido de su decisión o el mismo quedará consignado en un sistema electrónico que permita su visualización en tiempo real*”<sup>55</sup>. Esta modalidad de votación es, por querer del constituyente, la regla general. Sin embargo, en la misma disposición Superior en la que se expresó este mandato, se delegó en el legislador el señalamiento de las hipótesis exceptivas en las cuales dicha votación no tendría ocurrencia”.

- (iii) Respecto de la votación del título del proyecto y la continuación del trámite en la Cámara de Representantes hubo 56 votos a favor y 3 en contra.

De esta forma se verifica el cumplimiento del requisito de votación nominal y pública establecido en los artículos 133 Superior y 129 de la Ley 5ª de 1992.

La votación de la proposición positiva con que terminó el informe de ponencia, fue la siguiente:

*“Por Secretaría se informa el siguiente resultado:*

*Por el Sí: 52*

*Por el No: 02*

*Total: 54 Votos*

***Votación nominal a la proposición positiva con que termina el informe de ponencia del Proyecto de Ley número 92 de 2013 Senado por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.***

*Honorables Senadores*

*Por el Sí*

*Álvarez Montenegro Javier Tato*

*Amín Escaf Miguel*

*Amín Hernández Jaime Alejandro*

*Araújo Rumié Fernando Nicolás*

*Barreras Montealegre Roy Leonardo*

*Besaile Fayad Musa Abraham*

*Blel Scaff Nadya Georgette*

*Bustamante García Everth*

*Cabrales Castillo Daniel Alberto*

*Casado de López Arleth Patricia*

*Castañeda Serrano Orlando*

*Chamorro Cruz William Jimmy*

*Correa Borrero Susana*

*Correa Jiménez Antonio José*

*Duque García Luis Fernando*

*Durán Barrera Jaime Enrique*

*Elías Vidal Bernardo Miguel*

*Enríquez Rosero Manuel Mesías*

*Fernández Alcocer Mario Alberto*

*Galán Pachón Carlos Fernando*

*Galán Pachón Juan Manuel*

*García Burgos Nora María*

*García Romero Teresita*

*Gaviria Vélez José Obdulio*

*Gómez Jiménez Juan Diego*

*Gómez Martínez Ana Mercedes*

*Guerra de la Espriella Antonio del Cristo*

*Guerra de la Espriella María del Rosario*

*Henríquez Pinedo Honorio Miguel*

*Holguín Moreno Paola Andrea*  
*Hoyos Giraldo Germán Darío*  
*Macías Tovar Ernesto*  
*Mejía Mejía Carlos Felipe*  
*Merheg Marún Juan Samy*  
*Mora Jaramillo Manuel Guillermo*  
*Name Cardozo José David*  
*Navarro Wolff Antonio José*  
*Osorio Salgado Nidia Marcela*  
*Paredes Aguirre Myriam Alicia*  
*Prieto Riveros Jorge Eliéser*  
*Ramos Maya Alfredo*  
*Rangel Suárez Alfredo*  
*Rodríguez Sarmiento Milton Arlex*  
*Serpa Uribe Horacio*  
*Sierra Grajales Luis Emilio*  
*Soto Jaramillo Carlos Enrique*  
*Suárez Mira Olga Lucía*  
*Tovar Rey Nohora Stella*  
*Uribe Vélez Álvaro*  
*Varón Cotrino Germán*  
*Vega de Plazas Ruby Thania*  
*Villadiego Villadiego Sandra Elena*

***Honorables Senadores***

***Por el No***

*Castilla Salazar Jesús Alberto*  
*Cepeda Castro Iván*  
 05. XI. 2014

*En consecuencia, ha sido aprobada la proposición positiva con que termina el Informe de ponencia, al Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado.”*

La votación sobre la omisión de lectura del articulado y a la votación en bloque del mismo, se realizó de la siguiente manera:

***“Se abre segundo debate***

*Por solicitud del honorable Senador Luis Fernando Duque García, la Presidencia somete a consideración de la Plenaria la omisión de la lectura y del articulado, y cierra su discusión.*

*La Presidencia somete a consideración de la Plenaria el articulado en bloque del proyecto, y cerrada su discusión pregunta: ¿adopta la Plenaria el articulado propuesto?*

*La Presidencia abre la votación de la omisión de la lectura del articulado, el articulado en bloque del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado, e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal.*

*La Presidencia cierra la votación, e indica a la Secretaría cerrar el registro electrónico e informar el resultado de la votación.*

*Por Secretaría se informa el siguiente resultado:*

*Por el Sí: 55*

*Por el No: 02*

*Total: 57 Votos*

***Votación nominal a la omisión de la lectura del articulado y el articulado en bloque del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.***

***Honorables Senadores***

***Por el Sí***

*Álvarez Montenegro Javier Tato*

*Amín Escaf Miguel*

*Amín Hernández Jaime Alejandro*

*Araújo Rumié Fernando Nicolás*

*Barreras Montealegre Roy Leonardo*

*Besaile Fayad Musa Abraham*

*Blel Scaff Nadya Georgette*

*Bustamante García Everth*

*Cabrales Castillo Daniel Alberto*

*Casado de López Arleth Patricia*

*Castañeda Serrano Orlando*

*Chamorro Cruz William Jimmy*

*Correa Borrero Susana*

*Correa Jiménez Antonio José*

*Duque García Luis Fernando*

*Durán Barrera Jaime Enrique*

*Elías Vidal Bernardo Miguel*

*Enríquez Rosero Manuel Mesías*

*Fernández Alcocer Mario Alberto*

*Galán Pachón Carlos Fernando*

*Galán Pachón Juan Manuel*

*García Burgos Nora María*

*García Romero Teresita*

*Gaviria Vélez José Obdulio*

*Gómez Jiménez Juan Diego*

*Gómez Martínez Ana Mercedes*

*Guerra de la Espriella Antonio del Cristo*

*Guerra de la Espriella María del Rosario*

*Henríquez Pinedo Honorio Miguel*

*Holguín Moreno Paola Andrea*

*Hoyos Giraldo Germán Darío*

*López Hernández Claudia Nayibe*

*Macías Tovar Ernesto*

*Martínez Aristizábal Maritza*

*Mejía Mejía Carlos Felipe*

*Merheg Marún Juan Samy*

*Mora Jaramillo Manuel Guillermo*

*Morales Hoyos Viviane Aleyda*

*Name Cardozo José David*

*Navarro Wolff Antonio José*  
*Osorio Salgado Nidia Marcela*  
*Paredes Aguirre Myriam Alicia*  
*Prieto Riveros Jorge Eliéser*  
*Ramos Maya Alfredo*  
*Rangel Suárez Alfredo*  
*Rodríguez Sarmiento Milton Arlex*  
*Serpa Uribe Horacio*  
*Sierra Grajales Luis Emilio*  
*Soto Jaramillo Carlos Enrique*  
*Suárez Mira Olga Lucía*  
*Tovar Rey Nohora Stella*  
*Uribe Vélez Álvaro*  
*Varón Cotrino Germán*  
*Vega de Plazas Ruby Thania*  
*Villadiego Villadiego Sandra Elena*  
***Honorables Senadores***

***Por el No***

*Castilla Salazar Jesús Alberto*  
*Cepeda Castro Iván*  
 05. XI. 2014

*En consecuencia, ha sido aprobada la omisión de la lectura del articulado, el articulado en bloque del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado.”*

La votación del título del proyecto y la continuidad del trámite legislativo en la Cámara de Representantes fue la siguiente:

*“La Presidencia indica a la Secretaría dar lectura al título del proyecto. Por Secretaría se da lectura al título del Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013. Leído este, la Presidencia lo somete a consideración de la Plenaria, y cerrada su discusión pregunta: ¿aprueban los miembros de la Corporación el título leído?*

*Cumplidos los trámites constitucionales, legales y reglamentarios, la Presidencia pregunta: ¿quieren los Senadores presentes que el proyecto de ley aprobado surta su trámite en la honorable Cámara de Representantes?*

*La Presidencia abre la votación del título y que surta su tránsito en la honorable Cámara de Representantes, el Proyecto de ley número 92 de 2014 Senado, e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal.*

*La Presidencia cierra la votación, e indica a la Secretaría cerrar el registro electrónico e informar el resultado de la votación.*

*Por Secretaría se informa el siguiente resultado:*

*Por el Sí: 56*

*Por el No: 03*

*Total: 59 Votos*

***Votación nominal al título y que surta su tránsito en la Cámara de Representantes el Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013.***

***Honorables Senadores***

***Por el Sí***

*Álvarez Montenegro Javier Tato*  
*Amín Escaf Miguel*  
*Amín Hernández Jaime Alejandro*  
*Araújo Rumié Fernando Nicolás*  
*Barreras Montealegre Roy Leonardo*  
*Besaile Fayad Musa Abraham*  
*Blel Scaff Nadya Georgette*  
*Bustamante García Everth*  
*Cabrales Castillo Daniel Alberto*  
*Casado de López Arleth Patricia*  
*Castañeda Serrano Orlando*  
*Chamorro Cruz William Jimmy*  
*Correa Borrero Susana*  
*Correa Jiménez Antonio José*  
*Cristo Bustos Andrés*  
*Duque García Luis Fernando*  
*Durán Barrera Jaime Enrique*  
*Elías Vidal Bernardo Miguel*  
*Enríquez Rosero Manuel Mesías*  
*Fernández Alcocer Mario Alberto*  
*Galán Pachón Carlos Fernando*  
*Galán Pachón Juan Manuel*  
*García Burgos Nora María*  
*García Romero Teresita*  
*Gaviria Vélez José Obdulio*  
*Gómez Jiménez Juan Diego*  
*Gómez Martínez Ana Mercedes*  
*Guerra de la Espriella Antonio del Cristo*  
*Guerra de la Espriella María del Rosario*  
*Henríquez Pinedo Honorio Miguel*  
*Holguín Moreno Paola Andrea*  
*Hoyos Giraldo Germán Darío*  
*López Hernández Claudia Nayibe*  
*Macías Tovar Ernesto*  
*Martínez Aristizábal Maritza*  
*Mejía Mejía Carlos Felipe*  
*Merheg Marún Juan Samy*  
*Mora Jaramillo Manuel Guillermo*  
*Morales Hoyos Viviane Aleyda*  
*Name Cardozo José David*  
*Navarro Wolff Antonio José*

*Osorio Salgado Nidia Marcela*  
*Paredes Aguirre Myriam Alicia*  
*Prieto Riveros Jorge Eliéser*  
*Ramos Maya Alfredo*  
*Rangel Suárez Alfredo*  
*Rodríguez Sarmiento Milton Arlex*  
*Serpa Uribe Horacio*  
*Sierra Grajales Luis Emilio*  
*Soto Jaramillo Carlos Enrique*  
*Suárez Mira Olga Lucía*  
*Tovar Rey Nohora Stella*  
*Uribe Vélez Álvaro*  
*Varón Cotrino Germán*  
*Vega de Plazas Ruby Thania*  
*Villadiego Villadiego Sandra Elena*

**Honorables Senadores**

**Por el No**

*Castilla Salazar Jesús Alberto*

*Cepeda Castro Iván*

05. XI. 2014

*En consecuencia, ha sido aprobado el título y que surta su tránsito en la honorable Cámara de Representantes, el Proyecto de ley número 92 de 2013 Senado.”*

**Trámite en la Cámara de Representantes**

36.- En la Cámara de Representantes se le asignó al proyecto el número de radicación 172 de 2014.

**Publicación de la ponencia para debate en comisión**

37.- En la Comisión Segunda Constitucional, el trámite inició con la publicación del informe de ponencia favorable para primer debate en la Gaceta del Congreso número 251 de 2015<sup>56</sup>, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 157 de la Ley 5ª de 1992.

**Anuncios previos a la votación**

38.- El anuncio previo para primer debate en la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, se efectuó de la siguiente manera:

Gaceta	Acta	Anuncio previo		
		Fecha de sesión del anuncio	Forma del anuncio	Próxima sesión

<sup>56</sup> Fol. 1055 cuaderno de pruebas parte 2



453 del 1° de julio de 2015	Acta del 20 de mayo de 2015	29 de mayo de 2015	20 de mayo de 2015	<p><i>“Presidente, con su venia me permito hacer anuncio de proyectos de ley, anuncio de proyectos de ley para la próxima sesión de Comisión, donde se sometan a discusión y votación proyectos de ley para dar cumplimiento al artículo 8° del Acto Legislativo 1 de 2003.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Segundo: Proyecto de ley número 172 de 2014, Cámara, 092 de 2013 Senado, por medio del cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre la República Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”</i><sup>57</sup></p>	26 de mayo de 2015
-----------------------------	-----------------------------	--------------------	--------------------	--	--------------------

El anuncio para debate del proyecto de ley en comisión se realizó con la debida antelación utilizando la expresión “*próxima sesión*”, la cual se realizó el 26 de mayo de 2015, fecha en la que se aprobó el proyecto, según Acta número 30 publicada en la Gaceta 618 del 24 de agosto de 2015. En consecuencia, la Sala considera que se cumplió con el requisito de anuncio previo del debate para el proyecto de ley, tal y como lo establece el artículo 160 de la Constitución Política.

### **Votación**

39.- El inicio de la sesión de 26 de mayo de 2015 de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes contó con quorum deliberatorio, pues de los 19 integrantes de la comisión estuvieron presentes inicialmente 12, en el transcurso de la sesión se presentaron 4 más y 3 representantes presentaron excusa.

Para la aprobación del proyecto de ley se cumplió, además, con el **quorum decisorio**, ya que se contó con la presencia de la mayoría de sus integrantes.

<sup>57</sup> “Se levanta la sesión siendo las 12 y 10 pm se citará por Secretaría”

En la instancia de aprobación del proyecto se realizó votación nominal y pública según el artículo 129 de la Ley 5ª de 1992, en la que **15** de los **19** Representantes que integran la respectiva Comisión emitieron voto positivo, según certificación de 24 de agosto de 2015 firmada por el Secretario General de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes<sup>58</sup>, en cumplimiento de los artículos 145 y 146 de la Constitución Política.

**“Título del Proyecto de ley número 172 de 2014 Cámara 92 de 2013 Senado, por medio de la cual se aprueba el tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013. Ha sido leído el título Presidente. Puede usted someter el título y la pregunta si los miembros de la Comisión quieren que este proyecto de ley surta segundo debate y se convierta en ley de la República.**

**Hace uso de la palabra el señor Presidente de la Comisión Segunda, honorable Representante Pedro Jesús Orjuela Gómez:**

*Honorables Representantes, leído el título del proyecto de ley de la referencia se abre la discusión, anuncio que se va a cerrar, queda a disposición de ustedes. Título y si quieren que este proyecto pase a segundo debate. Los que estén de acuerdo por favor secretario de manera nominal.*

**Hace uso de la palabra el Secretario General de la Comisión Segunda, doctor Benjamín Niño Flórez:**

*Sí señor Presidente votando sí, se aprueba el título y la pregunta y votando no, se niega.*

<i>Agudelo García Ana Paola</i>	<i>Excusa</i>
<i>Barreto Castillo Miguel Ángel</i>	<i>Sí</i>
<i>Cabello Flórez Tatiana</i>	<i>Sí</i>
<i>Deluque Zuleta Alfredo Rafael</i>	<i>Sí</i>
<i>Durán Carrillo Antenor</i>	<i>Sí</i>
<i>Hoyos Salazar Federico Eduardo</i>	<i>Sí</i>
<i>Merlano Rebolledo Aída</i>	<i>Sí</i>
<i>Mesa Betancur José Ignacio</i>	<i>Excusa</i>
<i>Mizger Pacheco José Carlos</i>	<i>Sí</i>
<i>Orjuela Gómez Pedro Jesús</i>	<i>Sí</i>
<i>Orozco Vicuña Moisés</i>	<i>Sí</i>
<i>Pérez Oyuela José Luis</i>	<i>Sí</i>
<i>Rosado Aragón Álvaro Gustavo</i>	<i>Sí</i>
<i>Suárez Melo Leopoldo</i>	<i>Sí</i>
<i>Torres Monsalvo Efraín Antonio</i>	<i>Excusa</i>
<i>Triana Vargas María Eugenia</i>	<i>Sí</i>

<sup>58</sup> Fol.546-547 Cuaderno principal.

<i>Uribe Muñoz Alirio</i>	<i>No</i>
<i>Urrego Carvajal Luis Fernando</i>	<i>Sí</i>
<i>Yepes Martínez Jaime Armando</i>	<i>Sí</i>

*Señor Presidente han votado dieciséis (16) honorables Representantes, quince (15) por el sí, uno (1) por el no, por lo tanto ha sido aprobado el título y la pregunta del proyecto en mención, Presidente”<sup>59</sup>*

### **Término de aprobación entre las cámaras**

40.- También se cumplió con el término establecido por el artículo 160 de la Constitución Política, dado que entre la aprobación del proyecto de ley por la Plenaria del Senado de la República, efectuada el 5 de noviembre de 2014 y el primer debate y la aprobación por la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, realizada el 26 de mayo de 2015, **medió un tiempo superior a 15 días.**

### **Trámite en la plenaria de la Cámara de Representantes**

41.- La ponencia favorable para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes fue **publicada** en la Gaceta del Congreso número 396 de 10 de junio de 2015<sup>60</sup>.

42.- El **anuncio previo** para debate en la plenaria de la Cámara de Representantes, se efectuó de la siguiente manera:

Gaceta	Acta	Anuncio previo		
		Fecha de sesión del anuncio	Forma del anuncio	Próxima sesión
782 de 2 de octubre de 2015	72 de 11 de junio de 2015	11 de junio de 2015	“Se anuncia, para la sesión del próximo martes 16 de junio o cuando se tramiten en las siguientes sesiones o proyectos de ley o de actos administrativos, los siguientes proyectos: Informe de conciliación (...) Proyecto de ley	16 de junio de 2015

<sup>59</sup> Gaceta del Congreso 618 del 24 de agosto de 2015

<sup>60</sup> Fol.1023-1031 Cuaderno de pruebas parte 2

			número 172 de 2014, Cámara 092 de 2013 Senado (...) ” <sup>61</sup>	
--	--	--	---	--

43.- Tras el anuncio previo del 11 de junio, en la sesión de la plenaria de la Cámara de Representantes realizada el 16 de junio de junio de 2015, se adelantó el debate correspondiente y se aprobó el proyecto de ley referido.

Dicha sesión, contó con **quorum deliberatorio y decisorio**, de acuerdo con la certificación remitida por el Secretario General de la Cámara de Representantes<sup>62</sup> asistieron a la sesión 155 Representantes, y se efectuó la votación nominal y pública del proyecto de ley 172 de 2014 Cámara-092 de 2013 Senado con los siguientes resultados:

**“Informe con el que termina la ponencia: SI: 81 votos; NO: 11 votos.**

**Articulado: SI: 85 votos; NO: 11 votos**

**Título y pregunta: SI: 82 votos; NO: 10 votos”**<sup>63</sup>

La votación nominal contó con los siguientes resultados<sup>64</sup>:

**“(…)**

**Dirección de la Presidencia, Fabio Raúl Amín Saleme:**

**En consideración el título y la pregunta, ¿si es el deseo de esta Plenaria de que el Proyecto se convierta en Ley de la República?**

*Anuncio que se abre la discusión, continuamos en discusión del título y la pregunta, anuncio que se va a cerrar la discusión, señor Secretario no tenemos inscritos, se cierra la discusión y se ordena abrir el registro.*

*Votando Sí, se aprueba título y pregunta; votando No, se niegan los mismos.*

**Secretario General, Jorge Humberto Mantilla Serrano:**

*Se abre el registro para votar el título y la pregunta sobre este Tratado entre la República de Colombia y la República de Costa Rica.*

**(…)**

**Resultados individuales**

Yes	Carlos Arturo Correa Mojica	Partido de la
	José Carlos Mizger Pacheco	Partido 100
	Iván Darío Agudelo Zapata	Partido Liber
	Fabio Raúl Amín Saleme	Partido Liber
	Jaime Enrique Serrano Pérez	Partido Liber
	Lina María Barrera Rueda	Partido Cons

<sup>61</sup> Folio 43 Cuaderno pruebas parte 6

<sup>62</sup> Certificación del Secretario General de la Cámara de Representantes, Folio 539, Cuaderno Principal.

<sup>63</sup> Íb.

<sup>64</sup> Gaceta 783 del 2 de octubre de 2015

	<i>Diela Liliana Benavides Solarte</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Óscar Fernando Bravo Realpe</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Dídier Burgos Ramírez</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>José Edilberto Caicedo Sastoque</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>John Jairo Cárdenas Morán</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Carlos Alberto Cuenca Chaux</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Fernando De La Peña Márquez</i>	<i>Partido Opci</i>
	<i>Alfredo Rafael Deluque Zuleta</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Atilano Alonso Giraldo Arboleda</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Jack Housni Jaller</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Carlos Abraham Jiménez López</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Raymundo Elías Méndez Bechara</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>José Ignacio Mesa Betancour</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Alfredo Guillermo Molina Triana</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Diego Patiño Amariles</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Telésforo Pedraza Ortega</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Hernán Penagos Giraldo</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Jhon Eduardo Molina Figueredo</i>	<i>Partido 100</i>
	<i>Miguel Ángel Pinto Hernández</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Ciro Antonio Rodríguez Pinzón</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>John Jairo Roldán Avendaño</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Albeiro Vanegas Osorio</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Nicolás Daniel Guerrero Montaña</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Armando Antonio Zabaraín D¿Arce</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Bérner León Zambrano Eraso</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Fabio Alonso Arroyave Botero</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Eduard Luis Benjumea Moreno</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Guillermina Bravo Montaña</i>	<i>Partido MIRA</i>
	<i>Tatiana Cabello Flórez</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Silvio José Carrasquilla Torres</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Jairo Enrique Castiblanco Parra</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Édgar A. Cipriano Moreno</i>	<i>Partido Alian</i>
	<i>Elda Lucy Contento Sanz</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Wilson Córdoba Mena</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Alfredo Ape Cuello Baute</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Carlos Alberto Cuero Valencia</i>	<i>Partido Cent</i>

	<i>Marta Cecilia Curi Osorio</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Élbert Díaz Lozano</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Antenor Durán Carrillo</i>	<i>Partido Movi</i>
	<i>Nicolás A. Echeverry Alvarán</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Rafael Elizalde Gómez</i>	<i>Partido Opci</i>
	<i>Ciro Fernández Núñez</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Ricardo Flórez Rueda</i>	<i>Partido Opci</i>
	<i>Ángel María Gaitán Pulido</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Luis Horacio Gallón Arango</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Mauricio Gómez Amín</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Édgar Alfonso Gómez Román</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Hugo Hernán González Medina</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Orlando A. Guerra de la Rosa</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Samuel Alejandro Hoyos Mejía</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Federico E. Hoyos Salazar</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Rodrigo Lara Restrepo</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Álvaro López Gil</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Norbey Marulanda Muñoz</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Rubén Darío Molano Piñeros</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Pedro Jesús Orjuela Gómez</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Moisés Orozco Vicuña</i>	<i>Partido Fune</i>
	<i>Rafael Eduardo Paláu Salazar</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Flora Perdomo Andrade</i>	<i>Partido Por U</i>
	<i>Óscar Darío Pérez Pineda</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Ciro Alejandro Ramírez Cortés</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Margarita María Restrepo Arango</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Antonio Restrepo Salazar</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Gloria Betty Zorro Africano</i>	<i>Partido Cam</i>
	<i>Ana María Rincón Herrera</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Edward David Rodríguez Rodríguez</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Candelaria Patricia Rojas Vergara</i>	<i>Partido 100</i>
	<i>Mauricio Salazar Peláez</i>	<i>Partido Cons</i>
	<i>Óscar Hernán Sánchez León</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Jorge Eliécer Tamayo Marulanda</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>Eduardo José Tous De la Ossa</i>	<i>Partido de la</i>
	<i>María Eugenia Triana Vargas</i>	<i>Partido Opci</i>

	<i>Santiago Valencia González</i>	<i>Partido Cent</i>
	<i>Olga Lucía Velásquez Nieto</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Arturo Yepes Alzate</i>	<i>Partido Cons</i>
<i>No</i>	<i>Carlos Germán Navas Talero</i>	<i>Partido Polo</i>
	<i>Ángela María Robledo Gómez</i>	<i>Partido Verde</i>
	<i>Inti Raúl Asprilla Reyes</i>	<i>Partido Verde</i>
	<i>Luciano Grisales Londoño</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Juan Carlos Lozada Vargas</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Angélica Lisbeth Lozano Correa</i>	<i>Partido Verde</i>
	<i>Óscar Ospina Quintero</i>	<i>Partido Verde</i>
	<i>Ana Cristina Paz Cardona</i>	<i>Partido Verde</i>
	<i>Clara Leticia Rojas González</i>	<i>Partido Liber</i>
	<i>Alirio Uribe Muñoz</i>	<i>Partido Polo</i>

*Registro manual para votaciones*

*Proyecto de ley número 172 de 2014*

*Tema a votar: Título y pregunta*

*Sesión Plenaria: martes 16 de junio de 2015*

<i>Nombre</i>	<i>Circunscripción</i>	<i>Partido</i>	<i>Voto</i>	
			<i>SÍ</i>	<i>NO</i>
<i>José Luis Pérez Oyuela</i>	<i>Valle</i>	<i>Cambio Radical</i>	<i>X</i>	

De los resultados transcritos previamente se evidencia el cumplimiento del **quorum deliberatorio**, dado que estuvieron presentes más de la cuarta parte de los miembros de la de Corporación, que corresponden a 166, lo que exigía para deliberar la asistencia de por lo menos 41 miembros y se contó con la asistencia de 155 representantes.

44.- También se acreditó el **quorum decisorio**, ya que estuvo presente la mayoría de los integrantes de la Corporación que, de acuerdo con el número total de miembros, corresponde a 84 representantes. Finalmente, se alcanzó la mayoría decisoria, en la medida en que 82 representantes emitieron voto positivo para la aprobación del proyecto.

45.- Para la aprobación del proyecto en Plenaria de Cámara de Representantes, realizada el 16 de junio de 2015, **medió un término superior a 8 días** respecto al trámite de aprobación del proyecto de ley realizado en la Comisión Segunda de esa Corporación, llevado a cabo el 26 de mayo de 2015.

46.- De la misma manera, el trámite legislativo en su conjunto, adelantado ante el Congreso de la República, **se efectuó en menos de 2 legislaturas**, con lo que se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 160 y 162 de la Constitución Política.

47.- **El Presidente de la República sancionó** la Ley 1763 de 2015 “*Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013*” el 15 de julio de 2015, y radicó copia autenticada de la misma en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 21 de julio de 2015<sup>65</sup>, con lo que se dio cumplimiento al **término de remisión** a esta Corporación dentro de los 6 días hábiles siguientes a la sanción, establecido en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política.

### **Revisión general de la Ley aprobatoria**

48.- Ley 1763 de 2015 “*Por medio de la cual se aprueba el " Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013*”, está compuesta por 3 artículos, el primero contiene la inequívoca manifestación de voluntad del órgano legislativo de aprobar el instrumento internacional presentado a su consideración por el ejecutivo; el segundo reitera lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 7 de 1944, bajo el entendido de que el Acuerdo obligará al Estado colombiano, a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma; y el último establece la vigencia de la Ley a partir de su promulgación.

49.- Ha manifestado esta Corporación que:

*“Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de éstos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado.”*<sup>66</sup>.

Por tal razón, estima la Corte, que la Competencia del Congreso de la República, contenida en el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución Política proyectada al estudio de posibles vicios de contenido material<sup>67</sup>, no fue desconocida, toda vez que su labor se limitó a aprobar el Instrumento internacional sometido a su consideración por parte del Gobierno Nacional, sin introducir modificaciones al texto del Acuerdo.

El artículo 2º de la Ley bajo estudio, cumple con el artículo 224 de la Constitución, puesto que los tratados serán válidos una vez han sido aprobados por el Congreso de la República.

### **Conclusión**

<sup>65</sup> Folio 524 cuaderno principal.

<sup>66</sup> Sentencia C-576 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>67</sup> Sentencias C-1161 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1252 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas, C-551 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, entre otras.



50.- No encuentra la Corte reparo constitucional en el análisis formal de la Ley aprobatoria del tratado, puesto que no constató vicios en su procedimiento de formación. De igual manera, este Tribunal tampoco existe reproche constitucional, en relación con los aspectos materiales de la Ley 1763 de 2015 *“Por medio de la cual se aprueba el " Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”*

### **Revisión material de constitucionalidad del Acuerdo**

51.- La Corte adelantará el análisis material de la Ley 1763 de 2015 *“Por medio de la cual se aprueba el " Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”*, por medio del estudio de cada uno de los 22 capítulos y 3 anexos que lo conforman. Sin embargo, es importante anotar que algunos temas son recurrentes en varios capítulos (consulta previa, cláusula de la nación más favorecida) y por tanto el examen de constitucionalidad puede contener aspectos transversales.

La metodología para el análisis de cada capítulo consiste en una breve descripción de su contenido, el recuento de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, para concluir con el cotejo constitucional propiamente dicho, en el cual se declarará la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas de cada apartado.

El orden a seguir es el siguiente:

Preámbulo

Capítulo uno	Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales
Capítulo dos	Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado
Capítulo tres	Reglas de Origen y Procedimientos de Origen
Capítulo cuatro	Facilitación del Comercio y Procedimientos Aduaneros
Capítulo cinco	Cooperación Técnica y Asistencia Mutua en Asuntos Aduaneros
Capítulo seis	Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Capítulo siete	Obstáculos Técnicos al Comercio
Capítulo ocho	Defensa Comercial
Capítulo nueve	Propiedad Intelectual
Capítulo diez	Contratación Pública
Capítulo once	Política de Competencia y de Protección al Consumidor
Capítulo doce	Inversión
Capítulo trece	Comercio Transfronterizo de Servicios
Capítulo catorce	Servicios Financieros
Capítulo quince	Telecomunicaciones
Capítulo dieciséis	Comercio Electrónico
Capítulo diecisiete	Entrada Temporal de Personas de Negocios
Capítulo dieciocho	Solución de Controversias

Capítulo diecinueve	Transparencia
Capítulo veinte	Administración del Acuerdo
Capítulo veintiuno	Excepciones
Capítulo veintidós	Disposiciones Finales

## Preámbulo

52.- En el preámbulo, los Estados declararon los propósitos que persiguen con la celebración del Tratado de Libre Comercio. En consecuencia, manifestaron que a través del instrumento comercial buscan:

Fortalecer los vínculos de amistad y la cooperación entre los pueblos, promover el desarrollo económico de los Estados, a través de la creación de mercados más amplios y seguros, la previsión de reglas claras para el intercambio comercial, la promoción y protección de las inversiones, la promoción de la competitividad de las empresas, el desarrollo de procedimientos aduaneros eficientes y transparentes, el estímulo de la creatividad e innovación, la promoción de la transparencia en el comercio y la inversión, y el desarrollo de los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Marrakech por medio del cual se estableció la Organización Mundial de Comercio.

Los compromisos anunciados por los Estados contratantes en el Preámbulo están dirigidos a fomentar la creación de oportunidades de empleo, reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida de los asociados.

53.- Respecto a las manifestaciones iniciales que suelen emitir los Estados en el marco de los acuerdos de liberalización económica como el que se estudia, la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades, en las que ha señalado que éstas constituyen herramientas para la interpretación de los compromisos concretos adquiridos por las partes y que conforman la base axiológica del Acuerdo. En ese sentido, la **Sentencia C-620 de 2015**<sup>68</sup> recordó que:

*“La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>69</sup>, expone que el preámbulo y los anexos forman parte del contexto necesario para la interpretación de las cláusulas convencionales. La jurisprudencia constitucional ha señalado que contiene la base axiológica que soporta todo el entramado normativo, los principios que guían la interpretación de sus disposiciones y los fines que se pretenden alcanzar, por lo que tiene carácter vinculante para los Estados parte”<sup>70</sup>*

En la **Sentencia C-750 de 2008**<sup>71</sup>, luego de precisar el contenido del Preámbulo incluido en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre la

<sup>68</sup> M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>69</sup> Sección Tercera, artículo 31, numeral 2.

<sup>70</sup> Sentencias C-335 de 2014, C-941 de 2010, C-446 de 2009 y C-750 de 2008.

<sup>71</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández

República de Colombia y los Estados Unidos de América, la Corte concluyó que:

*“Los compromisos políticos y comerciales, los beneficios, y las garantías que se establecen se ajustan al ordenamiento constitucional, al contener estipulaciones que promueven la integración económica, social y política (arts. 226 y 227 de la Constitución), en correspondencia con el respeto de la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (art. 9 superior), la efectividad de los derechos fundamentales de sus trabajadores (art. 53), la protección y conservación del medio ambiente (art. 79, entre otros), en la búsqueda de un orden político, económico y social justo (Preámbulo de la Constitución), y atiende a los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro del marco del Estado social de derecho (arts. 1º y 2º).”*

De suerte que las declaraciones iniciales de los Estados cobran especial importancia para la comprensión e interpretación de los tratados internacionales, en la medida en que revelan las intenciones de las partes y los valores sobre los que se fundan los compromisos adquiridos.

54.- Advertidas las finalidades del Preámbulo, la Corte encuentra que el previsto en el Tratado de Libre Comercio celebrado con la República de Costa Rica no evidencia alguna contradicción con la Carta Política. Por el contrario, las manifestaciones de dicho acápite se corresponden con el contenido del preámbulo de la Constitución, los fines esenciales del Estado colombiano previstos en el artículo 2º Superior, la promoción de la integración latinoamericana y del Caribe –artículo 9º C.P.-, el derecho al trabajo –artículo 25 C.P.-, la propiedad privada –artículo 58 C.P.-, el fomento de la ciencia y la tecnología –artículo 71.C.P.-, el derecho al ambiente sano –artículo 79 C.P.-, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en cabeza del Estado, para garantizar su desarrollo sostenible -art. 80 C.P.-, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del Estado –art. 366 C.P.-.

55.- En efecto, de las manifestaciones iniciales de la República de Colombia y Costa Rica en el instrumento internacional cuya constitucionalidad se revisa no se advierte alguna contradicción de los postulados de la Constitución que merezca un reproche de inconstitucionalidad y por eso el Preámbulo será declarado **EXEQUIBLE**.

### **Capítulo uno. Disposiciones iniciales y definiciones generales**

56.- La sección A del capítulo se destina a las disposiciones iniciales, que se ocupan del establecimiento de la zona de libre comercio y de la relación del tratado con otros acuerdos internacionales. En la fijación de la relación del

Tratado con otros acuerdos, los Estados confirman los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos vigentes sobre la OMC y otros de los que hacen parte, y luego establecen la prevalencia, en caso de incompatibilidad, de las disposiciones del tratado comercial sobre otros compromisos. Asimismo, las partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del acuerdo comercial.

La sección B contiene las definiciones generales, necesarias para la comprensión del tratado y la determinación de su alcance, entre las que se encuentran los acuerdos internacionales a los que se hace referencia en el texto del acuerdo y los conceptos recurrentes en el mismo, tales como “*arancel aduanero*”, “*capítulo*”, “*contratación pública*”, “*comisión*”, “*empresa*”, “*medida*”, “*mercancía*”, “*nacional*”, “*NMF*”, “*partida*”, “*persona*” entre otros.

Por su parte, el Anexo 1A establece los conceptos de “*persona natural que tiene la nacionalidad de una parte*” y “*territorio*” para cada uno de los Estados. Para Colombia, el primer concepto corresponde a los colombianos por nacimiento o por adopción, conforme lo determina el Artículo 96 de la Constitución Política y el segundo comprende “*su territorio terrestre, tanto continental como insular, su espacio aéreo y las áreas marítimas sobre las cuales ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción de conformidad con su Constitución Política, su derecho interno y el Derecho Internacional, incluyendo tratados internacionales aplicables*”.

Finalmente, el Anexo 1B, en concordancia con las manifestaciones del Preámbulo, anuncia los objetivos del acuerdo, a saber: la expansión y diversificación del comercio entre las partes y el aumento de la inversión en sus territorios, a través de la eliminación de las barreras al comercio y la promoción de la libre competencia.

57.- El establecimiento de la zona de libre comercio entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica tiene como fundamento las disposiciones del artículo XXIV<sup>72</sup> del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

<sup>72</sup> “(...) 4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:

a) en el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concluya el acuerdo provisional no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;

b) en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se

y el artículo V<sup>73</sup> del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC que permiten a los Estados suscriptores de dichos instrumentos internacionales pactar acuerdos adicionales para una mayor integración de las economías tales como uniones aduaneras o zonas de libre comercio.

Respecto a la constitución de zonas de libre comercio la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en las que ha considerado que dicha medida se erige en una herramienta de integración y desarrollo económico que no contradice, *per se*, los postulados de la Carta Política. En efecto, en la **sentencia C-031 de 2009**<sup>74</sup> la Corte indicó respecto al establecimiento de la zona de libre comercio entre las Repúblicas de Colombia y Chile, y las disposiciones citadas para el efecto, que se corresponden con las mismas previsiones del GATT<sup>75</sup> y GATS<sup>76</sup> invocadas en el acuerdo que ahora ocupa la atención de la Sala, agrego que carecía de competencia para determinar la compatibilidad de un instrumento internacional con otros compromisos internacionales y que su análisis estaba circunscrito a establecer la compatibilidad del instrumento bajo su examen con la Carta Política. Lo anterior, para concluir que no le compete a la Corte determinar si el establecimiento de una zona de libre comercio en verdad atiende las condiciones previstas para el efecto en las disposiciones citadas. Tras esa precisión agregó entonces que: *“la Corte considera que la creación de una zona de libre comercio se aviene los principios constitucionales señalados en el Preámbulo de la Carta Política, así como en los artículos 9, 226 y 227 Superiores. Otro tanto sucede con los objetivos fijados con la conformación de aquélla, los cuales aparecen estipulados en el artículo 1.2. del Acuerdo de Libre Comercio.”*

Por su parte, la **sentencia C-750 de 2008**<sup>77</sup> indicó respecto al establecimiento de las zonas de libre comercio que:

*“El ejercicio de la potestad consagrada en la Constitución por parte del presidente de la República para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos de América, en los términos del Acuerdo que nos ocupa, no contraviene la Constitución toda vez que promueve la integración económica del Estado colombiano con otras naciones, y propicia las relaciones exteriores del*

---

*establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y*

*c) todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados a) y b) anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.*

*(...)”*

<sup>73</sup> “1. El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo (...)”

<sup>74</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>75</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

<sup>76</sup> Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

<sup>77</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández

*Estado en el marco de la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (arts. 9, 226 y 227 de la Constitución). ”*

En ese mismo sentido, la **sentencia C-608 de 2010**<sup>78</sup> luego de describir el capítulo 1° del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá, que estableció la zona de libre comercio, concluyó que en éste no se evidencia alguna cláusula que transgreda la Constitución.

58.- En esta oportunidad la Corte mantiene la línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad del establecimiento de una zona de libre comercio, pues esa medida de integración económica y comercial no socava los cimientos del Estado Social de Derecho ni contraviene los principios fundamentales previstos en la Carta Política. Por el contrario, tal decisión está orientada, de acuerdo con las motivaciones del acuerdo incluidas en el Preámbulo y la exposición de motivos presentada ante el Congreso de la República, a la realización de los fines esenciales del Estado, el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y al desarrollo económico y social, lo que se ajusta a la Constitución.

La Corte tampoco encuentra reproche de inconstitucionalidad en contra de las definiciones generales previstas en el capítulo I, pues éstas constituyen convenciones para facilitar la comprensión de las obligaciones adquiridas en el tratado comercial, las cuales son útiles y están circunscritas a ese contexto particular, el del entendimiento y aplicación del tratado, sin que las mismas se extiendan o modifiquen las definiciones previstas en el ordenamiento interno. A pesar de ese contexto particular de las definiciones, lo cierto es que los conceptos definidos en el Capítulo 1 y en el Anexo 1-A no contravienen las nociones internas.

Hay que destacar que el Anexo 1-A previó definiciones particulares y diferenciadas para las nociones “*persona natural que tiene la nacionalidad de un Parte*” y “*territorio*”, las cuales resultan trascendentales para los objetivos del tratado y la concesión de los beneficios arancelarios. En lo que respecta a los conceptos establecidos para Colombia, la Corte encuentra que el primero de ellos se remite a los criterios para definir a los nacionales colombianos por nacimiento o por adopción previstos en el artículo 96 Superior, mientras que la definición de territorio se corresponde y remite a las previsiones de la Carta Política, el derecho interno y el derecho internacional. En síntesis no hay desconocimiento de los postulados superiores que conlleve una declaratoria de inexecutable en ese aspecto.

Finalmente, cabe señalar que los objetivos del acuerdo previstos en el Anexo 1-B tampoco evidencian la infracción de los preceptos superiores, ya que los mismos refieren y se ajustan al propósito general de desarrollo económico, estímulo a la economía, integración y cooperación.

---

<sup>78</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

59.- En suma, el capítulo uno será declarado **EXEQUIBLE** ya que las disposiciones y definiciones generales sirven a los fines del tratado y se ajustan a la Constitución.

## **Capítulo dos. Trato nacional y acceso de mercancías al mercado**

60.- **La Sección A** prevé el compromiso de otorgar trato nacional a las mercancías de la otra parte de acuerdo con lo establecido en el artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la Organización Mundial de Comercio y sus notas interpretativas.

**La Sección B** establece las disposiciones de eliminación arancelaria, en la que las partes se comprometen a: (i) no incrementar los aranceles aduaneros existentes; (ii) no implementar aranceles nuevos sobre una mercancía originaria de la otra parte y (iii) eliminar los aranceles aduaneros según el cronograma y las previsiones del Anexo 2-B.<sup>79</sup>

En el acápite se incluyen diversas disposiciones que privilegian la voluntad de las partes y se establece la posibilidad de que cualquiera de ellas solicite la realización de consultas con el propósito de mejorar las condiciones arancelarias pactadas. De acuerdo con esas posibilidades, se fija la prevalencia de los acuerdos sobre las medidas arancelarias previstas en el Anexo 2B cuando se aprueben de acuerdo con los procedimientos establecidos para el efecto.

Por último, se precisa que tras una reducción unilateral una parte podrá incrementar el arancel aduanero al nivel establecido en el Anexo 2B, y aumentar o mantener un arancel cuando sea autorizado por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio.

**La Sección C** se ocupa de los regímenes especiales, en los que se prohíbe a las partes ofrecer beneficios arancelarios –creación, ampliación o extensión de exenciones arancelarias- condicionados al cumplimiento de requisitos de desempeño.

Como un régimen especial se consagra la admisión temporal, libre de aranceles aduaneros, de algunas mercancías, respecto de las cuales se establece la posibilidad de prórroga del plazo de la admisión temporal y las condiciones que se pueden imponer para dicha admisión.

El artículo 2.6. prohíbe la aplicación de aranceles a las mercancías que reingresen, luego de ser exportadas para reparación<sup>80</sup> al territorio de la otra parte, así esa labor se hubiera podido adelantar en el territorio de la parte

<sup>79</sup> Las mercancías usadas se exceptuaron de las medidas de eliminación arancelaria en el numeral 3 del artículo 2.3

<sup>80</sup> Artículo 2.6 núm. 3. Reparación excluye los procesos en los que (a) se destruya las características esenciales de una mercancía o cree una mercancía nueva o comercialmente diferente; o (b) transforme una mercancía no terminada en una mercancía terminada.

desde la que se exportó y la misma haya incrementado el valor de la mercancía.

**La Sección D** se ocupa de medidas diferentes a los aranceles y prohíbe aquellas que comporten restricciones a la importación, exportación o venta de mercancías entre las partes, salvo las previstas en el artículo XI del GATT de 1994, sus notas interpretativas y las establecidas en el Anexo 2.2<sup>81</sup>.

En esa sección también se precisa el entendimiento que se le da a las obligaciones del GATT, en el sentido de que en cualquier circunstancia en la que esté prohibida otro tipo de restricción la parte no puede establecer:

- a) requisitos de precios de exportación o importación, salvo para ejecución de compromisos en materia de derechos antidumping y compensatorios,
- b) condicionamientos a requisitos de desempeño para concesión de licencias de importación,
- c) restricciones voluntarias a la exportación incompatibles con el artículo VI del GATT de 1994, y
- d) condicionamientos de importación relativos al mantenimiento de relaciones contractuales con distribuidores del territorio, salvo la designación de un agente para las comunicaciones.

El artículo 2.9 regula las licencias de importación, conmina a las partes a que otorguen publicidad a los procedimientos para concederlas y señala que esos procesos deberán guardar consonancia con los acuerdos sobre el tema y la regulación de las tasas y cargos.

En concordancia con la apertura comercial, por vía de la reducción de los aranceles, el artículo 2.10 precisa que las cargas y formalidades administrativas deben corresponder con el valor del servicio prestado, no se pueden erigir en medidas de protección indirecta para las mercancías nacionales y deben contar con la publicidad debida.

Las “*otras medidas*”, previstas en la **Sección E**, se refieren a la regulación de las partes respecto a las empresas comerciales del Estado y las normas de valoración aduanera.

En la **Sección F** se establece el propósito común y el compromiso consecuente sobre la eliminación de los subsidios a la exportación de las mercancías

---

<sup>81</sup> **Anexo 2.2.** 1. En el caso de Colombia, los Artículos 2.2 y 2.8 no se aplicarán a: (a) Los controles sobre la exportación de café, de conformidad con la Ley No. 9 del 17 de enero de 1991; (b) Los impuestos a las bebidas alcohólicas de conformidad con la Ley No. 788 del 27 diciembre de 2002 y la Ley No. 223 del 22 diciembre de 1995, hasta no más tarde del 1º de agosto de 2013; (c) Los controles a la importación de mercancías conforme a lo dispuesto en los Artículos 3 y 6 del Decreto 3803 de octubre de 2006, excepto para los productos re manufacturados ; y (d) Los controles sobre la importación de vehículos automotores, incluidos los vehículos usados y los vehículos nuevos importados después de más de dos años de la fecha de su fabricación, sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 6 del Decreto 3803 de octubre de 2006. 2. La necesidad de mantener las medidas contempladas en los literales (c) y (d) del párrafo 1 se revisará diez años después de la entrada en vigencia de este acuerdo.



agrícolas. En concordancia con lo anterior, se regula el procedimiento a seguir cuando se mantienen, introducen o reintroducen dichas subvenciones.

La **Sección G** define los elementos esenciales del Comité de Comercio de Mercancías, encargado de todos los aspectos de implementación y administración del capítulo. Finalmente, la **Sección H** prevé las definiciones necesarias la comprensión y desarrollo de las medidas del capítulo.

**El Anexo 2-A** incluye en la Sección A las excepciones de Colombia al compromiso de trato nacional y de supresión de medidas no arancelarias que prohíban o restrinjan la importación de mercancías. Las salvedades hechas por Colombia corresponden a las medidas relacionadas con la aplicación de impuestos a bebidas alcohólicas, controles a la exportación de café, controles sobre importación de mercancías usadas, imperfectas, reparadas, reconstruidas, restauradas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos, y las acciones autorizadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

Por su parte, la Sección B del Anexo 2-A establece las excepciones de Costa Rica, en materias de importación de petróleo crudo, exportación de maderas en troza y escuadradas provenientes de bosques, exportación de hidrocarburos, café, banano, comercio de alcohol etílico y rones crudos, y las acciones que autorice el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

**El Anexo 2-B** establece el programa de eliminación arancelaria, de acuerdo con las categorías de desgravación A, B3, B5, B5A, B7, B10, B10A, B12, B13A, B15, B15A. El Apéndice 2-B1 desarrolla la administración e implementación de contingentes arancelarios y el Anexo 2-C se refiere a los impuestos y otras cargas a la exportación que pueden mantener las partes.

61.- El capítulo 2 se ocupa de aquellas medidas que, en estricto sentido, contribuyen a la superación de las barreras al comercio entre los países contratantes y que viabilizan la zona de libre comercio establecida en el primer capítulo del tratado. También regula las cuestiones arancelarias, particularmente la reducción de los impuestos de entrada de las mercancías a los países contratantes y estudia otro tipo de medidas que pueden constituir trabas para el intercambio comercial: los procedimientos administrativos establecidos por las autoridades (licencias de importación o aquellas decisiones gubernamentales de restricción de cierre relativo de fronteras) respecto a los productos cuando funcionan como límites o prohibiciones a la importación y exportación de mercancías.

62.- Establecidos los contenidos del capítulo y en aras de determinar si se ajustan a la Carta Política, conviene volver sobre el análisis que de esos temas ha adelantado la Corte en anteriores oportunidades. Respecto a la cláusula de trato nacional se ha advertido que constituye una variante del principio de “no discriminación”, bajo el cual “[t]anto las mercancías nacionales como las importadas deben recibir igual tratamiento una vez que éstas han entrado al mercado. Esto es, una vez que la mercancía ha pagado sus respectivos

*impuestos en la aduana dicho producto es reputado como de origen nacional, no pudiendo ser objeto de impuestos o cargas especiales*”<sup>82</sup>.

Para el cabal entendimiento de esa orden de trato nacional resultan útiles las previsiones del artículo III del GATT de 1994, según las cuales las mercancías provenientes de los Estados partes no pueden ser gravadas con “*impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares*” y, con la misma orientación tampoco pueden recibir “*un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior*”.

La **sentencia C-358 de 1996**<sup>83</sup>, que estudió la constitucionalidad del acuerdo suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de las inversiones, señaló que dicho principio busca:

*“colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales”*<sup>84</sup>.

La cláusula de trato nacional comporta “*(...) una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales*”<sup>85</sup> por ende “[l]a existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte”<sup>86</sup>.

En armonía con la tendencia sobre la constitucionalidad del principio de “*trato nacional*”, se tiene que un tratamiento no discriminatorio de los productos originarios de la República de Costa Rica que ingresen al mercado colombiano, con las salvedades establecidas en el anexo 2-A que se refieren a los controles sobre la exportación de café, impuestos a las bebidas alcohólicas y los controles a la importación de mercancías y vehículos de acuerdo con el Decreto 3803 de 2006, no confronta la Carta Política. En efecto, se trata de una medida que representa el derecho de igualdad general, que acompasa con

<sup>82</sup> Hernández, Laura y Witker, Jorge. “Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México”. 3º ed. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008. p. 51.

<sup>83</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>85</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>86</sup> Ib.

la libre competencia prevista en el artículo 333 Superior así como con la igualdad entre extranjeros y nacionales, contemplada en el artículo 100 de la Carta. Esta conclusión concuerda con la **sentencia C-750 de 2008** en la que se dijo que “[t]ambién, resulta concordante con la disposición constitucional (art. 100), que garantiza en principio los mismos derechos para los nacionales y extranjeros, pues aunque el Acuerdo regula el comercio de mercancías y servicios y no se aplica a personas, ‘Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos.(...)’”,<sup>87</sup>.

63.- Sumado a ese principio rector del acuerdo, el capítulo establece las medidas que regirán la reducción progresiva de los aranceles y de las cargas económicas impuestas a las partes para el ingreso y, eventualmente, egreso de productos –impuestos a la exportación- hacia y desde sus territorios, así como la eliminación de aquellas medidas que comportan trabas para la libre circulación de productos y para la obtención de una zona de comercio libre.

64.- De conformidad con el artículo 241.10 CP esta Corte tiene competencia para “[d]ecidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”. Por tanto, el análisis que le corresponde a esta Corporación en lo que atañe a las medidas de desgravación es panorámico e integral, pues aunque se pudieran predecir efectos negativos de un plazo de desgravación de cierto producto, consistentes, por ejemplo, en pérdidas para el sector, lo cierto es que ese tipo de incidencias son indeterminadas y escapan del control constitucional. Dadas las dimensiones del acuerdo que se analiza, el cual se ocupa del comercio en conjunto y comprende una amplia gama de bienes y servicios, resulta plausible y casi connatural al convenio la afectación de algunos sectores en contraste con el beneficio para otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la determinación de la conveniencia del acuerdo como un todo -desde una perspectiva comercial y económica macro- corresponde, en primera medida, al Presidente de la República como director de las relaciones internacionales (art. 189.2 CP) y al Legislador en el ejercicio de aprobación de este tipo de acuerdos a través de una ley (art. 150.16 CP), el análisis de las reglas de desgravación excluye el estudio particular de cada uno de los plazos establecidos confrontados con los niveles de desarrollo de la industria o la capacidad productiva del ramo.

Las competencias que ha establecido la Constitución explican el alcance y la metodología del control, pero también hay argumentos materiales que refuerzan esta interpretación. En efecto, la Corte no cuenta con los insumos necesarios para adelantar un análisis de constitucionalidad ligado a la conveniencia o a las proyecciones económicas (tales insumos comprenden información detallada sobre la negociación del tratado, herramientas de

---

<sup>87</sup> Ver, sentencia C-494 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. En aquella ocasión la Corte analizó el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España.

análisis económico, estadístico, etc.), pues esas circunstancias se ponderan por el Presidente de la República y marcan la estrategia de negociación.

65.- No obstante, la Corte sí ejerce un control sobre la actuación de las diversas autoridades que participan en la negociación y aprobación de un tratado internacional. Tal análisis se debe entender restringido al escenario determinado por las competencias conferidas por el constituyente. En ese sentido, la Corte no analiza los contenidos detallados de la ponderación que despliegue el Presidente de la República en ejercicio de su función como director de las relaciones internacionales, pero sí debe hacer una constatación de la existencia y plausibilidad de los análisis que llevan a comprometer la voluntad de Estado en el concierto internacional. De tal forma, la Corte ejerce sus competencias de manera limitada y razonable, pero a la vez cumple con el postulado básico del constitucionalismo que impone la necesidad de que no existan poderes o actuaciones sin control.<sup>88</sup>

Justamente a esa ponderación deben responder los plazos diferenciados de desgravación, que atienden a los diversos grados de desarrollo de los sectores, las debilidades y fortalezas de los países de acuerdo con su modelo económico y de desarrollo, marcado por las condiciones geográficas e históricas, entre otras.

La Corte ha precisado, sobre su competencia que:

*“no se ocupa de examinar específicas situaciones de hecho signadas por elementos como los de la utilidad, la efectividad o la eficiencia de las actuaciones de las autoridades públicas; tampoco se ocupa la Corte de adelantar evaluaciones de oportunidad práctica ni de conveniencia política, pues estos elementos extranormativos deben ser analizados por el Jefe del Estado y por el Congreso en su oportunidad, según los términos de la Constitución”*<sup>89</sup>.

66.- Por otra parte, el análisis previo restringe altamente los elementos fácticos que revelen el impacto de las medidas y la eventual transgresión que las mismas provoquen en prerrogativas superiores, razón por la que se ha señalado y en esta oportunidad se reitera que la eventual vigencia de este tratado: *“no impide que en el futuro se tomen decisiones judiciales, incluidas sentencias de tutela y de constitucionalidad, así como en acciones populares o de grupo, sentencias correspondientes a la jurisdicción ordinaria o administrativa, que se originen en la aplicación del presente instrumento internacional y que implique la violación de los derechos constitucionales.”*<sup>90</sup>

En concordancia con lo anterior no cabe reproche de inconstitucionalidad frente a las medidas adoptadas para la consecución de la zona de libre comercio, pues las mismas son pertinentes y conducentes para el fin

<sup>88</sup> Loewenstein, Karl. (1986) Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona.

<sup>89</sup> Sentencias C-178 de 1995. Cft. C-864 de 2006.

<sup>90</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

perseguido que, interpretado en conjunto con las justificaciones plasmadas en el preámbulo del tratado, resulta legítimo y concordante con los principios que inspiran la Carta Política (art. 226)

67.- Siguiendo las consideraciones expuestas, aparece dentro de la exposición de motivos, y a lo largo del trámite, que la conveniencia de las medidas de desgravación fueron ponderadas por el poder ejecutivo que indicó que:

*“[l]a negociación se centró en lograr acceso en productos nacionales con alto potencial en el mercado costarricense, mientras se salvaguardaron las sensibilidades en el sector agrícola. Es así como, se lograron plazos de desgravación cortos o inmediatos para productos de interés tales como: confitería, galletería, bebidas energizantes, agroquímicos, textil confecciones, pinturas, cuero y sus manufacturas, calzado, vehículos y autopartes, medicamentos, tableros de madera, materiales de construcción y manufacturas de hierro y acero entre otros.”<sup>91</sup>*

Otra muestra del análisis del ejecutivo sobre la conveniencia del acuerdo, es la previsión efectuada en materia agrícola sobre la que se estimó:

*“Algo más del 80% de las exportaciones agropecuarias a Costa Rica se desgravarán como resultado del Acuerdo. La industria de alimentos es sin duda uno de los sectores ganadores de la negociación, ya que tienen excelente potencial exportador y registra significativas exportaciones a dicho mercado en productos como confites, pasta de cacao, chocolates y galletas.”<sup>92</sup>*

68.- La constitucionalidad *a priori* de las reglas de eliminación gradual de aranceles, se puede predicar de las medidas tendientes a la eliminación de obstáculos al comercio libre de mercancías entre las partes, máxime cuando fueron previstos diversos mecanismos de salvaguardia para productos agrícolas, cuya aplicación está supeditada a unos niveles de activación calculados según el producto y que permiten la implementación de una mayor tasa arancelaria, precaución que procura el resguardo de ciertos sectores de producción agrícola.

69.- Como quiera que las medidas de desgravación arancelaria constituyen la principal herramienta para la liberalización del comercio y los plazos de reducción arancelaria previstos fueron ponderados por el ejecutivo se declarará la **EXEQUIBILIDAD** de las disposiciones del capítulo.

### **Capítulo tres. Reglas de origen y procedimientos de origen**

70.- La **Sección A** del capítulo establece las reglas que determinan el origen de las mercancías y demarca los beneficios arancelarios establecidos en el

---

<sup>91</sup> Folio 417 Cuaderno 1

<sup>92</sup> Folio 418 Cuaderno 1

Acuerdo. En efecto, la sección prevé: (i) los criterios para determinar las mercancías originarias; (ii) las reglas para establecer las mercancías totalmente obtenidas o enteramente producidas, (iii) la fórmula para calcular el valor del contenido regional de una mercancía; (iv) las operaciones o procesos que no confieren origen; (v) las reglas que determinan el origen cuando se acumulan materiales; (vi) la determinación del origen cuando en la producción se utilizan diversos materiales no originarios; (vii) las reglas respecto a mercancías y materiales fungibles; (viii) previsiones sobre accesorios, repuestos y herramientas; (ix) juegos surtidos de mercancías; (x) la incidencia de los envases y material de empaque para la venta en la determinación del origen de las mercancías; (xi) la exclusión de contenedores y materiales de embalaje para embarque como factor en el origen; (xii) materiales indirectos; (xiii) tránsito y transbordo.

La **Sección B** se ocupa de los procedimientos de origen, particularmente del certificado de origen<sup>93</sup>, el cual tiene validez de 1 año a partir de la fecha de su emisión, puede cubrir una o más mercancías de un solo embarque y su expedición requiere que el exportador presente todos los documentos necesarios que prueben el carácter originario de la mercancía. También se incluyen los requerimientos que las partes deben efectuar a los importadores que soliciten el trato arancelario preferencial en su territorio; las obligaciones relacionadas con las exportaciones, el reembolso de los derechos de aduana, los documentos que sirven como soporte para acreditar la calidad de mercancías originarias, la preservación del certificado de origen, la cooperación entre las autoridades cuando surjan dudas sobre la autenticidad u otros elementos relacionados con el certificado de origen, las vías para determinar si una mercancía califica como originaria, los recursos que las partes deben asegurar para controvertir los actos administrativos relacionados con la determinación del origen, la obligación general de confidencialidad sobre la información entregada en el marco de los procesos de verificación, el envío y recepción de certificados de origen electrónico<sup>94</sup> y las definiciones pertinentes para efectos del capítulo.

El **Anexo 3A** contempla las reglas específicas de origen, las cuales están clasificadas mediante capítulos, partidas, secciones y subsecciones, que se identifican numéricamente.

71.- La jurisprudencia se ha pronunciado sobre las reglas de origen en los siguientes términos:

*“son condiciones que se establecen para determinar la procedencia regional de la mercancía a fin de evitar la triangulación, es decir, que terceros países que no son Parte del Acuerdo resulten recibiendo los beneficios del mismo sin otorgar ninguno a cambio. Esta Corporación*

<sup>93</sup> Documento regulado en el Anexo 3-B necesario para que el exportador solicite el trato arancelario preferencial según los beneficios establecidos en el Tratado de Libre Comercio.

<sup>94</sup> En el Anexo 3-C se establece el procedimiento para el envío y recepción del certificado de origen electrónico.

*ha justificado constitucionalmente las reglas de origen de las mercancías como un desarrollo del principio de reciprocidad en materia de integración económica y comercial, y como una manera de proteger las mercancías originarias de los países miembros mediante reglas y procedimientos claros para su plena identificación.”<sup>95</sup>*

La sentencia **C-031 de 2009**<sup>96</sup>, en la que se examinó un acuerdo comercial celebrado con Chile, se refirió a esa regla de esta manera:

*“La Corte considera que las normas técnicas referentes a las normas de origen y procedimientos se ajustan a la Constitución, por cuanto se trata de mecanismos encaminados a evitar que de las preferencias arancelarias acordadas entre las Partes se beneficien mercancías originarias de otros países. De tal suerte que se pretende alcanzar una mayor transparencia en el intercambio de productos entre Colombia y Chile, lo cual se ajusta a los postulados de los artículos 9, 226 y 227 Superiores”*

A una conclusión idéntica arribó la Corte cuando estudió el tratado de libre comercio celebrado entre la República de Colombia y Canadá:

*“No encuentra la Corte reproche alguno de constitucionalidad, por cuanto se trata de mecanismos encaminados a evitar que de las preferencias arancelarias acordadas entre las Partes se beneficien mercancías originarias de otros países. De tal suerte que se pretende alcanzar una mayor transparencia en el intercambio de productos entre Colombia y Canadá, lo cual se ajusta a los postulados de los artículos 9, 226 y 227 Superiores”<sup>97</sup>*

72.- De manera que la finalidad que persiguen las normas consignadas en el capítulo tercero del presente acuerdo, resultan funcionales para los propósitos del mismo, en el contexto de unos privilegios particulares y diferenciados entre los países contratantes, por lo tanto constituyen un instrumento necesario para la eficaz y debida aplicación del instrumento comercial que no vulneran las disposiciones de la Carta Política. Sin embargo, como lo prevé el mismo tratado, existen elementos de evaluación de cada caso que son los que permitirán la realización plena de estas cláusulas y deberán ser considerados en cada situación específica para aplicar las previsiones del tratado. Como consecuencia de lo expuesto se declarará la **EXEQUIBILIDAD** de las disposiciones de este capítulo.

#### **Capítulo cuatro. Facilitación del comercio y procedimientos aduaneros**

73.- El capítulo 4 del Tratado de Libre Comercio fija las obligaciones de las partes respecto a los procedimientos aduaneros, las cuales incluyen un deber

<sup>95</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>96</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>97</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

de publicidad de la legislación y de las regulaciones pertinentes, la fijación de puntos de consulta para atender las inquietudes sobre dichos asuntos, medios efectivos de consulta para los interesados, y un compromiso sobre la transparencia y no discriminación en los procedimientos.

En aras de la facilitación del comercio, se establecen compromisos sobre el despacho eficiente de las mercancías a través de diversas estrategias, tales como la posibilidad de que se proceda a su retiro antes del pago de los derechos de aduana, el uso de tecnología para la eficiencia de los procedimientos, la priorización y focalización de la inspección en mercancías de alto riesgo, y la implementación de procedimientos para envíos de entrega rápida.

Las partes se comprometen, además, a promover la implementación de programas de Operadores Económicos Autorizados según el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global de la Organización Mundial de Aduanas; a asegurar la interconexión entre las Ventanillas Únicas de Comercio Exterior de acuerdo con un conjunto de principios generales que deben caracterizar los servicios electrónicos: accesibilidad, seguridad, confidencialidad y uso de estándares abiertos.

Tal como se prevé en otros capítulos, las partes se comprometen a mantener la confidencialidad de la información que requiera reserva y a protegerla de cualquier divulgación. Se prevén, asimismo, unas instancias mínimas de apelación de los actos administrativos en materia aduanera, particularmente los niveles de revisión administrativa y judicial.

Los Estados contratantes se comprometen a otorgar resoluciones anticipadas, cuando un importador en su territorio o un exportador o productor en el territorio de la otra parte lo solicite respecto de: (i) la clasificación arancelaria; (ii) la aplicación de criterios de valoración aduanera para un caso particular; (iii) el carácter originario de la mercancía y (iv) los demás asuntos que se acuerden. La parte dispondrá que las resoluciones tengan vigencia a partir de su emisión y podrá modificarlas o revocarlas luego de haberlas notificado cuando cambien las circunstancias que sirvieron de fundamento.

Finalmente, se establecen las disposiciones de administración del capítulo, particularmente la previsión del Comité de Reglas de Origen, Facilitación del Comercio y Cooperación Técnica y Asistencia Mutua en Asuntos Aduaneros, y las funciones que ejerce.

74.- Sobre la regulación descrita, cabe recordar que preceptos similares han sido estudiados por esta Corporación desde la perspectiva constitucional. La **sentencia C-750 de 2008**, consideró que el capítulo destinado a la administración de aduanas previsto en el tratado de libre comercio celebrado con Estados Unidos de América:

*“al orientarse a la publicación en Internet de la legislación de cada parte, regulaciones y procedimientos administrativos generales*



*aduaneros, al logro de procedimientos aduaneros simplificados para el despacho eficiente de mercancías, a la necesidad de usar tecnología de información que haga expeditos los procedimientos para despacho de mercancías, a la obtención de sistemas de administración de riesgos para focalizar sus actividades de inspección en mercancías de alto riesgo y la simplificación del despacho de mercancías de bajo riesgo, a la cooperación, a la permisión de mantener información de manera confidencial, a la obtención de procedimientos aduaneros de entrega de mercancías rápida, a la emisión de Resoluciones anticipadas y a la imposición de sanciones por violación del régimen aduanero, armoniza plenamente con los mandatos superiores al permitir que las mercancías ingresen de manera expedita y ágil al territorio aduanero de los Estados Partes. Para ello se estatuyen diversas medidas complementarias que tienden a fortalecer la administración aduanera para facilitar el intercambio comercial.”<sup>98</sup>*

La **sentencia C-446 de 2009** que se ocupó del análisis del tratado de libre comercio celebrado entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, resaltó que:

*“(...) el establecimiento de procedimientos aduaneros eficientes que permitan el ágil despacho de mercancías en la zona de libre comercio, sin desmedro de las facultades de la autoridad competente para ejercer el control de aduanas correspondiente, son objetivos plenamente ajustados a la Carta, que a la par de facilitar el avance en la integración económica descrita y la liberación comercial (Art. 9, 226 y 227 C.P.), fortalecen el ejercicio de la función pública (Art. 2 y 209 C.P.).”*

75.- Las anteriores consideraciones demuestran que, bajo una perspectiva integral del capítulo, éste no contradice la Carta Política, pues la agilización, cooperación, transparencia y coordinación en los procedimientos aduaneros, además de ser necesarios para el flujo del comercio que se persigue, resultan deseables, aún por fuera del marco del tratado. Adicionalmente, las reglas, analizadas de manera individual, son respetuosas de garantías como el debido proceso (art. 29 CP), intimidad y protección de la información (art. 15 CP). Nótese que se garantizan unas instancias mínimas de revisión de las decisiones aduaneras, que incluye una administrativa y otra judicial; se establecen compromisos en torno al manejo prudente de la información compartida con la previsión general de confidencialidad y el acceso restringido a la misma, los compromisos en torno al establecimiento de igual grado de protección cuando se trate de información personal y las limitaciones al uso de los datos suministrados.

En torno a previsiones similares sobre el manejo de la información, la Corte ha señalado que:

---

<sup>98</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

*“el postulado de confidencialidad al que alude el capítulo, sostiene que si una de las Partes suministra a la otra información indicándole su confidencialidad, la otra Parte está en la obligación de mantener dicha reserva (Art. 6.6). Al respecto la Sala concluye que la norma es también constitucional, no sólo por las razones ya expresadas en esta providencia en el punto anterior, sino porque conforme con lo señalado en la sentencia C-328 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) el deber de asegurar la cooperación internacional no puede producir beneficios ilegítimos para unos de los Estados Parte, cuando entrega información que afecte su soberanía y ha hecho explícito que ella tiene ese carácter. Es razonable entonces que convencionalmente las Partes se comprometan recíprocamente a salvaguardar la confidencialidad de tales informaciones.”<sup>99</sup>*

En armonía con el deber de confidencialidad adquirido por las partes, conviene precisar que el intercambio y el trato de la información deben estar regidos por un criterio de protección de los datos que respete las garantías mínimas previstas en la Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, reconocidas por las **sentencias C-748 de 2011<sup>100</sup> y C-1011 de 2008<sup>101</sup>**.

Así las cosas, y dado que las medidas descritas están orientadas a la celeridad y eficacia de los procedimientos aduaneros con el propósito de que se facilite el comercio sin que se afecte la soberanía nacional, la protección de las fronteras y la seguridad en el territorio, se declarará la **EXEQUIBILIDAD** del capítulo cuarto.

### **Capítulo cinco. Cooperación Técnica y Asistencia Mutua en Asuntos Aduaneros**

76.- En el presente capítulo, las Partes regulan los mecanismos de intervención técnica y de asistencia mutua de temas aduaneros con el fin de que se aplique, de forma adecuada, la legislación pertinente de los dos Estados contratantes, se faciliten los procedimientos aduaneros y la prevención, investigación y sanción de las infracciones aduaneras.

De acuerdo con lo establecido en el Tratado, dicha colaboración se debe materializar en el intercambio de información y cualquier clase de apoyo técnico material que se considere adecuado para el fortalecimiento de la gestión aduanera entre las Partes.

Asimismo, el Acuerdo dispone que la cooperación técnica, tiene la finalidad de asegurar la aplicación de la legislación aduanera para: (i) facilitar y agilizar el flujo de mercancía entre los Estados; (ii) promover el entendimiento de la legislación de cada una de las Partes, sus procedimientos, mejores prácticas y

<sup>99</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 2009. M.P., Mauricio González Cuervo.

<sup>100</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>101</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño.

técnicas aduaneras; y (iii) suministrar estadísticas de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados.

Por otra parte, se consagra la obligación de que autoridades de los Estados proporcionen la información que le sea solicitada sobre investigaciones relacionadas con infracciones aduaneras en el territorio de la autoridad requirente. Igualmente, las partes se obligan a enviar la información sobre los documentos que sustentan las declaraciones aduaneras, la legalidad de las mercancías exportadas e importadas y la información relacionada con la determinación del valor en aduanas.

Igualmente, el capítulo establece las excepciones a la obligación de suministrar la asistencia mutua, que se podrán aplicar en los siguientes eventos: (i) que sea perjudicial para la soberanía, la seguridad o el orden público de los Estados; (ii) que se vulnere un secreto industrial, comercial o profesional, debidamente protegido por la legislación interna; y (iii) que sea inconstitucional o contrario a la normatividad interna de las partes.

La información intercambiada entre las partes será confidencial o restringida, de acuerdo con las normas de cada Estado; está cubierta por la obligación del secreto oficial y goza de la protección concedida a este tipo de información por las leyes de la parte que la recibe.

Asimismo, el capítulo dispone que se podrá intercambiar información personal, sólo si la parte receptora se compromete a proteger los datos en una forma equivalente a la protección que brinda la autoridad emitente y si permite que la información suministrada se use en los procedimientos surgidos en torno a los procedimientos entablados respecto a operaciones contrarias a la legislación aduanera. El uso de datos para otros fines exige autorización escrita de la autoridad que la suministró.

Otra medida de apoyo al comercio, consiste en la emisión de autorizaciones para que funcionarios de la parte requerida, funjan como expertos o testigos en procesos judiciales o administrativos de la autoridad requirente, respecto de asuntos regulados en esta sección.

77.- Sobre la regulación descrita, cabe recordar que preceptos similares han sido estudiados por esta Corporación desde la perspectiva constitucional. La **sentencia C-750 de 2008**<sup>102</sup>, consideró que el capítulo destinado a la administración de aduanas previsto en el tratado de libre comercio celebrado con Estados Unidos de América:

*“al orientarse a la publicación en Internet de la legislación de cada parte, regulaciones y procedimientos administrativos generales aduaneros, al logro de procedimientos aduaneros simplificados para el despacho eficiente de mercancías, a la necesidad de usar tecnología de información que haga expeditos los procedimientos para despacho de mercancías, a la obtención de sistemas de administración de riesgos*

<sup>102</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*para focalizar sus actividades de inspección en mercancías de alto riesgo y la simplificación del despacho de mercancías de bajo riesgo, a la cooperación, a la permisión de mantener información de manera confidencial, a la obtención de procedimientos aduaneros de entrega de mercancías rápida, a la emisión de Resoluciones anticipadas y a la imposición de sanciones por violación del régimen aduanero, armoniza plenamente con los mandatos superiores al permitir que las mercancías ingresen de manera expedita y ágil al territorio aduanero de los Estados Partes. Para ello se estatuyen diversas medidas complementarias que tienden a fortalecer la administración aduanera para facilitar el intercambio comercial.”*<sup>103</sup>

En el mismo sentido, la **sentencia C-446 de 2009**<sup>104</sup> que se ocupó del análisis del tratado de libre comercio celebrado entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, resaltó que:

*“(...) el establecimiento de procedimientos aduaneros eficientes que permitan el ágil despacho de mercancías en la zona de libre comercio, sin desmedro de las facultades de la autoridad competente para ejercer el control de aduanas correspondiente, son objetivos plenamente ajustados a la Carta, que a la par de facilitar el avance en la integración económica descrita y la liberación comercial (Art. 9, 226 y 227 C.P.), fortalecen el ejercicio de la función pública (Art. 2 y 209 C.P.)”*

Las anteriores consideraciones demuestran que, bajo una perspectiva integral del capítulo, éste no contradice la Carta Política, pues la agilización, cooperación, transparencia y coordinación en los procedimientos aduaneros, además de ser necesarios para el flujo del comercio que se persigue, resultan deseables, aún por fuera del marco del tratado. Aunada a esa percepción general sobre el capítulo, las reglas, analizadas individualmente, son respetuosas de garantías como el debido proceso (art. 29 CP), intimidad y protección de la información (art. 15 CP). Nótese que se garantizan unas instancias mínimas de revisión de las decisiones aduaneras, que incluye una administrativa y otra judicial; se establecen compromisos en torno al manejo prudente de la información compartida con la previsión general de confidencialidad y el acceso restringido a la misma, los compromisos en torno al establecimiento de igual grado de protección cuando se trate de información personal y las limitaciones al uso de los datos suministrados.

En torno a previsiones similares sobre el manejo de la información, la Corte ha señalado que:

*“el postulado de confidencialidad al que alude el capítulo, sostiene que si una de las Partes suministra a la otra información indicándole su*

<sup>103</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

<sup>104</sup> M.P. Mauricio González Cuervo.

*confidencialidad, la otra Parte está en la obligación de mantener dicha reserva (Art. 6.6). Al respecto la Sala concluye que la norma es también constitucional, no sólo por las razones ya expresadas en esta providencia en el punto anterior, sino porque conforme con lo señalado en la sentencia C-328 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) el deber de asegurar la cooperación internacional no puede producir beneficios ilegítimos para unos de los Estados Parte, cuando entrega información que afecte su soberanía y ha hecho explícito que ella tiene ese carácter. Es razonable entonces que convencionalmente las Partes se comprometan recíprocamente a salvaguardar la confidencialidad de tales informaciones.*<sup>105</sup>

En armonía con el deber de confidencialidad adquirido por las partes, conviene precisar que el intercambio y el trato de la información deben estar regidos por un criterio de protección de los datos que respete las garantías mínimas previstas en la Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, reconocidas por las **sentencias C-748 de 2011**<sup>106</sup> y **C-1011 de 2008**<sup>107</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que las excepciones a la obligación de asistencia previstas en el artículo 4.15 además de necesarias para la preservación de la soberanía nacional (art. 9 CP), evitan futuros conflictos entre las partes y dejan a salvo la responsabilidad de los Estados, cuando existen razones poderosas que vedan la colaboración efectiva a través de una asistencia.

Así las cosas, y dado que las medidas descritas están orientadas a la celeridad y eficacia de los procedimientos aduaneros con el propósito de que se facilite el comercio sin que se afecte la soberanía nacional, la protección de las fronteras y la seguridad en el territorio, se declarará la **EXEQUIBILIDAD** del capítulo quinto.

## **Capítulo seis. Medidas sanitarias y fitosanitarias**

78.- El capítulo establece las medidas encaminadas a proteger la vida y la salud de las personas y animales, y a preservar la sanidad vegetal en el territorio de las partes, las cuales no pueden constituir obstáculos injustificados al comercio.

Con esos propósitos, las partes reafirman sus derechos y obligaciones sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –en adelante MSF- tomando como referencia las directrices, procedimientos y estándares del *Codex Alimentarius*, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria y la Organización Mundial de Sanidad Animal.

Las MSF aplicadas por las partes deben tener fundamento en una evaluación adecuada de los riesgos existentes para la vida y salud de las personas, de los

<sup>105</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 2009. M.P., Mauricio González Cuervo.

<sup>106</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>107</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño.

animales y para la preservación de la sanidad vegetal. En consecuencia, las partes priorizarán la evaluación del riesgo con el propósito de agilizarlo y evitar las demoras injustificadas. También se comprometen a establecer procedimientos de control, inspección y aprobación que observen el principio de transparencia, de acuerdo con el cual deberán notificar a la autoridad competente los rechazos de los productos e indicar la justificación de los mismos, informar las situaciones de incumplimiento en las certificaciones de productos de exportación, los cambios en el estatus sanitario, los hallazgos de importancia epidemiológica que puedan afectar el comercio entre las partes y la aprobación de los productos y establecimientos exportadores.

En aras de evitar que se impongan límites injustificados al comercio, las partes promoverán la interacción entre las autoridades competentes con el fin de lograr entendimientos técnicos relacionados con la aplicación de las MSF.

Con el mismo propósito referido previamente, se estableció el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias encargado de monitorear la implementación y aplicación de las MSF, servir como foro de discusión sobre el tema, atender las consultas sobre las medidas, promover la cooperación, asistencia técnica capacitación y el intercambio de información. En el acápite se precisan las autoridades nacionales competentes y los puntos de contacto.

79.- En lo que respecta a las acciones dirigidas a la preservación de la vida y la salud no cabe duda de su importancia y necesidad, de manera que siendo ese su fundamento no parecen plausibles reparos de inconstitucionalidad. Sin embargo, la implementación de las medidas sanitarias y fitosanitarias ha generado una dificultad práctica y es el uso indebido de medidas técnicas que, fingidamente, aparecen como protectoras de la salud y vida, pero que en realidad atienden a una estrategia de protección económica para un sector, en contravía de los compromisos de liberalización que se acuerdan en instrumentos como el que se estudia.

Esa dificultad fue considerada por la Corte en la sentencia **C-031 de 2009**<sup>108</sup>, oportunidad en la que planteó el reto al que se enfrentan los Estados en los siguientes términos:

*“¿cómo garantizar que los nuevos productos que ingresan a un país como resultado de la aplicación de procesos de liberalización económica, no atenten, a su vez, contra derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos como son la vida, la salud humana y animal, los derechos de los consumidores y el medio ambiente sano?; y al mismo tiempo, ¿cómo evitar que la aplicación estricta de controles sanitarios, fitosanitarios y ambientales no constituyen un mecanismo para proteger a los productores nacionales frente a la competencia de los productos importados?”*

---

<sup>108</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La solución de esa cuestión en materia de comercio internacional tiene que ver con el principio de buena fe y exige que los Estados asuman los compromisos de liberalización de las barreras al comercio de forma responsable y congruente con esa finalidad perseguida por los acuerdos del libre comercio, así como el uso adecuado de los instrumentos y mecanismos existentes para la preservación de la salud. Esta finalidad se puede alcanzar mediante el establecimiento de organismos para la discusión y evaluación de las medidas, como el Comité previsto en este tratado en el artículo 5.5<sup>109</sup>, entre cuyos objetivos se encuentra el monitoreo de la implementación de las disposiciones sustanciales sobre la materia, el fortalecimiento del entendimiento de las medidas adoptadas por las partes, la comunicación y cooperación, lo que incluye intercambio de información, y la creación de espacios de discusión en torno a los problemas que surjan en la implementación de exigencias sanitarias.

En concordancia con lo señalado: “[t]ales medidas, con todo, pueden ser invocadas con fundamento en los objetivos previamente enunciados, pero no pueden erigirse como un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Estados, que termine siendo una restricción encubierta del comercio internacional (Art. 9.6-4).”<sup>110</sup>

No obstante esas dificultades que pueden impactar el flujo del comercio, lo cierto es que las disposiciones que atañen a la preservación de la salud y vida humana, animal y vegetal constituyen importantes herramientas que aseguran que el comercio, sea un instrumento seguro para la obtención del bienestar general y la preservación de la naturaleza y de derechos fundamentales, sin los cuales el fortalecimiento de la economía, el desarrollo industrial y la generación de empleos resultan inocuos.

80.- En este tema particular la Corte ha hecho énfasis en el deber especial de protección de la vida, salud y dignidad humana de los habitantes del territorio, la fauna, los recursos vegetales y el medio ambiente. Siguiendo ese objetivo esencial de este tipo de disposiciones: “la preservación y perfeccionamiento de controles administrativos sanitarios y fitosanitarios se ajustaba a la Carta Política, en la medida en que se trata de mecanismos encaminados a proteger derechos fundamentales y bienes jurídicos tutelados, en los términos del artículo 2º Superior”<sup>111</sup>

En esa oportunidad se resaltó que “el acuerdo MSF<sup>112</sup> de la OMC establece las reglas básicas para la normativa sobre inocuidad de los alimentos y salud de los animales y preservación de los vegetales, pero autoriza a los países a establecer normas particulares sobre la materiales cuales deberán estar

<sup>109</sup> El Comité está integrado por representantes de los países contratantes y la coordinación, en el caso de Colombia le corresponde al Instituto Colombiano Agropecuario.

<sup>110</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 2009.

<sup>111</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-231 de 2009.

<sup>112</sup> Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias contenido en el Anexo IA al Acuerdo OMC.

*soportadas en las en principios científicos determinadas por una única finalidad la de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de la vida vegetal”*

81.- Atendiendo la finalidad de las medidas de este capítulo, destinadas a la protección de bienes jurídicos superiores como la vida (art. 4 CP) y la salud (art. 49 CP) se declarará su **EXEQUIBILIDAD**, decisión que no obsta para que, advertida en la práctica su insuficiencia, se ejerzan acciones encaminadas a la protección o restablecimiento de bienes jurídicos afectados como consecuencia de los actos de comercio, ya que, como se anotó en la parte inicial, el examen que se adelanta en esta oportunidad está desprovisto de elementos fácticos que nutran el panorama para determinar la correspondencia de la aplicación de las disposiciones con los preceptos superiores, pero que de todas maneras y de conformidad con lo acordado por las partes se crea un comité para que haga seguimiento a estas eventuales dificultades prácticas.

### **Capítulo siete. Obstáculos Técnicos al Comercio**

82.- Las disposiciones del capítulo buscan facilitar e incrementar el comercio de mercancías, y obtener un acceso efectivo al mercado a través de la eliminación de obstáculos técnicos innecesarios al comercio, razón por la que las partes reafirmaron sus derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio.

Las previsiones buscan identificar, desarrollar y promover estrategias de facilitación del comercio mediante la intensificación de la cooperación para el acceso a los mercados, el aumento del conocimiento y la comprensión de los sistemas respectivos, la simplificación de los procedimientos y requisitos administrativos establecidos por los reglamentos técnicos, la equivalencia de los reglamentos y los procedimientos de evaluación de conformidad, la armonización de las reglas y procedimientos con las normas internacionales.

En armonía con esos propósitos, las partes utilizarán como normas de referencia para la elaboración de los reglamentos técnicos, las disposiciones, orientaciones y recomendaciones internacionales. En caso de que no se acuda a la norma internacional, la otra parte puede solicitar que se expliquen las razones por las que se pretermitió la norma internacional.

En cuanto a los reglamentos técnicos, los contratantes se comprometen a considerar la posibilidad de aceptar como equivalentes los estatutos de la otra parte. En los casos en los que no se acepte la equivalencia de su reglamento, la parte podrá solicitar las explicaciones sobre la decisión. También se establecen compromisos de cooperación para el desarrollo de reglamentos compatibles, transparentes y sencillos que no obstaculicen injustificadamente el comercio.

En lo que atañe a la evaluación de conformidad se reconoce la multiplicidad de procedimientos para el efecto, se establecen compromisos para facilitar la aceptación de los resultados y se precisa que el reconocimiento de los organismos de evaluación en el territorio de la otra parte no podrá depender de



términos menos favorables que los otorgados a los organismos de evaluación de conformidad en su territorio.

Como un desarrollo del principio de transparencia se establecen múltiples obligaciones de publicidad e información sobre los reglamentos o disposiciones técnicas vigentes, los proyectos de reglamentación en aras de que la otra parte pueda presentar comentarios y sugerencias frente a las medidas. Asimismo se establecen medidas de cooperación y consultas técnicas entre las partes.

En cuanto a la gestión de los compromisos particulares del capítulo, se prevé un Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio coordinado en Colombia por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en Costa Rica por el Ministerio de Comercio Exterior, al que se le asignaron las funciones generales de implementación y administración del capítulo, resolver las consultas sobre los asuntos derivados del acápite, facilitar la cooperación entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales en materia de normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad.

83.- La Corte ya ha encontrado ajustadas a la Constitución disposiciones de este tipo. La sentencia **C-750 de 2008** consideró que medidas similares:

*“buscan incrementar y facilitar el intercambio comercial entre los Estados Partes con diversos mecanismos que estandaricen las normas y reglamentos técnicos, sin que imposibilite la capacidad reguladora del Estado para salvaguardar legítimos intereses constitucionales. En esa medida, se pretende facilitar el comercio dentro del marco constitucional del respeto a la soberanía nacional y sobre las bases de equidad y reciprocidad en la internacionalización de las relaciones económicas (arts. 9, 226 y 227)”*

Otro ejemplo de lo señalado es la sentencia **C-031 de 2009** que consideró que un acápite similar al estudiado:

*“se ajusta a la Constitución por cuanto persigue unas finalidades, emplea unos mecanismos y prevé la creación de unas instancias internacionales que, por una parte, se encaminan a salvaguardar bienes jurídicos constitucionales (vgr. la seguridad nacional, la prevención de prácticas desleales de comercio, etcétera), y por otra, disponen el empleo de aquéllos de forma tal que no terminen por discriminar a los productores del país exportador”*

Y en la sentencia **C-446 de 2009** señaló que:

*“resulta constitucional, en la medida en que aunado a la pretensión de facilitar a las Partes el acceso a los respectivos mercados nacionales mediante la reducción o eliminación de las barreras en el comercio recíproco, propugna por el establecimiento de reglas de calidad, que sin duda fortalecen la integración latinoamericana y garantizan la*

*seguridad y calidad de los productos, protegiendo la salud, la vida y en general los derechos de los consumidores latinoamericanos atendiendo lo previsto en los artículos 2, 9, 49, 78 y 333 superiores”*

84.- En armonía con lo que se ha considerado en anteriores oportunidades, las medidas que buscan superar las trabas al flujo comercial, derivadas de requerimientos de tipo técnico que no estén debidamente justificados o no persigan un objetivo válido que concuerde con este tipo de acuerdos, resultan constitucionales. Efectivamente, sin desconocer la importancia de los requerimientos que aseguren la idoneidad y calidad de los productos que constituyen una garantía para el consumidor, resultaría desleal y contrario a los objetivos de acuerdos comerciales de liberalización económica el uso de esos instrumentos únicamente como formas enmascaradas de restricción al comercio. Por consiguiente se declarará la **EXEQUIBILIDAD** del presente capítulo.

### **Capítulo ocho. Defensa comercial**

85.- El capítulo establece las medidas para la protección de los sectores que resulten altamente afectados por la implementación de la política de liberalización del comercio que prevé el tratado comercial.

La **Sección A** se ocupa de las medidas de salvaguardia bilateral que resultan viables en los casos en los que, como resultado de la reducción o eliminación de un arancel aduanero, una mercancía originaria de una de las partes es importada del territorio de la otra en cantidades que generen un daño o amenaza grave a la rama de producción nacional. Las medidas que puede adoptar la parte afectada con la importación son: (i) suspender la reducción futura de cualquier tasa arancelaria establecida en el acuerdo para la mercancía; (ii) aumentar la tasa arancelaria para la mercancía a un nivel que no exceda el menor de la tasa arancelaria **NMF** vigente en el momento en el que se aplique la medida o la tasa de arancel base según el Programa de Eliminación Arancelaria.

Dada la excepcionalidad de las medidas y el propósito específico para el que se diseñaron, las partes sólo pueden adoptarlas tras el agotamiento del proceso previsto en el artículo 8.3, y mantenerlas durante el periodo necesario para prevenir o remediar el daño grave o facilitar el reajuste por un término máximo de 2 años, prorrogable por 2 más, con la autorización y el concepto de la autoridad competente.

Además de las medidas de salvaguardia bilaterales, se establecen mecanismos provisionales procedentes en situaciones críticas “(...) *en las que cualquier demora entrañe un perjuicio difícilmente reparable*”<sup>113</sup>. Éstas no pueden superar el término de 200 días y no pueden decretarse antes de que transcurran 45 días contados desde el inicio de la investigación. La viabilidad de la medida transitoria exige que se determine, de forma preliminar, y con base en

---

<sup>113</sup> Artículo 8.4.

pruebas claras, la configuración de un perjuicio grave e inminente para la rama de producción nacional como consecuencia de las medidas de eliminación arancelaria.

La parte que adopte la medida deberá notificar prontamente a la otra cuando inicie el procedimiento de salvaguardia, aplique la medida y adopte la decisión de aplicarla o extenderla. También remitirá una copia de la versión pública del informe de su autoridad investigadora.

A más tardar 30 días después de que aplique salvaguardia bilateral, la parte brindará la oportunidad para que la otra parte celebre consultas sobre las compensaciones apropiadas de liberalización comercial en forma de concesiones que tengan efectos equivalentes. En caso de que no se logre un acuerdo después de 30 días de consultas, la parte afectada podrá suspender la aplicación de concesiones equivalentes, actuación que debe informarse, por escrito, con 30 días de antelación. Finalmente, el artículo 8.7 establece las definiciones necesarias para la sección.

La **Sección B** se ocupa de las medidas de salvaguardia globales, en las que las partes reafirman los derechos y obligaciones de acuerdo con el artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias. Se prohíbe la implementación concurrente de medidas de salvaguardia bilateral y de medidas derivadas del artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias.

La **Sección C** establece las medidas antidumping y derechos compensatorios, en los que las partes reafirman sus derechos y obligaciones según el artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones. En el acápite, se establece un compromiso de información sobre las solicitudes documentadas para la aplicación de ese tipo de medidas y se garantizan oportunidades para realizar consultas técnicas respecto a dicha solicitud.

Finalmente, la **Sección D** prevé la cooperación entre las partes, que incluye el intercambio de información no confidencial y asistencia técnica.

Para el cabal entendimiento del objetivo de las medidas de defensa comercial, conviene recordar la referencia que sobre el particular se hizo en la sentencia **C-750 de 2008**:

*“el artículo VI del GATT de 1994, define implícitamente el dumping como la introducción de los productos de un país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal lo cual resulta censurable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción de una Parte o si demora significativamente la creación de una rama de producción nacional. Y define derechos compensatorios como un derecho especial percibido para equilibrar cualquier prima o subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de un producto”*

Y frente a su conveniencia estableció que:

*“Esta Corporación ha justificado constitucionalmente las medidas de salvaguardia y los derechos antidumping y compensatorios como mecanismos de defensa comercial, por cuanto buscan restablecer el orden económico frente a los desequilibrios por la aplicación del programa de liberación comercial que puede ocasionar daños a bienes sensibles de la producción nacional”*

86.- Además de la preservación del orden económico, esas medidas están en armonía con los fines esenciales del Estado, dado que *“constituyen instrumentos de defensa comercial legítimos, encaminados a proteger a los productores nacionales frente a prácticas, o bien desleales del comercio internacional, o que distorsionan las reglas de libre competencia”*<sup>114</sup> y comportan una representación de la protección especial de la producción de alimentos prevista en el artículo 65 de la Constitución. En efecto, *“permiten reestablecer los desequilibrios que se llegasen a producir por la aplicación del programa de liberación comercial, fijando condiciones especiales para la defensa de bienes sensibles de la economía nacional”*<sup>115</sup>.

87.- Resulta pertinente resaltar que se mantienen incólumes los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos que sobre el particular se han proferido en la OMC, particularmente el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 contenido en el Anexo 1A del Acuerdo OMC; el Acuerdo sobre Salvaguardias contenido en el Anexo 1A del Acuerdo OMC y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias contenido en el Anexo 1A al Acuerdo OMC, aspecto que la Corte ha analizado en anteriores trámites en los que ha señalado que:

*“son medidas avaladas en la órbita de la OMC. Al respecto, es importante recordar que el Tratado de Constitución de esa organización internacional fue declarado exequible por la Corte en Sentencia C-137 de 1995; y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), también relevante en el tema, ha sido convalidado como mecanismo internacional para facilitar y fomentar el intercambio de mercaderías en la sentencia C-719 de 1999. Estos elementos contribuyen a reafirmar la constitucionalidad de la normativa enunciada.”*<sup>116</sup>

88.- La inclusión de previsiones para la protección de la industria nacional en los eventos en los que resulte seriamente amenazada en razón de las medidas de este acuerdo comercial, como se vio, son necesarias, comportan un reconocimiento de los deberes del Estado frente a los asociados, pretenden la

<sup>114</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010.

<sup>115</sup> Sentencia C-864 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>116</sup> Sentencia C-446 de 2009

preservación de un orden económico y social justo, así como los postulados del Estado Social de Derecho (art. 1 CP).

En concordancia con lo expuesto y considerando, de manera especial, la función de las medidas de defensa comercial orientadas a la protección de los sectores agrícola, industrial y comercial nacionales se advierte que esas cláusulas resultan ajustadas a la Constitución Política y por ende se declararán **EXEQUIBLES** las disposiciones del capítulo.

### **Capítulo nueve. Propiedad intelectual**

89.- Este capítulo establece las medidas relativas a la protección de los derechos a la propiedad intelectual, cuya finalidad es cumplir con los siguientes objetivos: (i) incrementar los beneficios del comercio y la inversión; (ii) promover la innovación, transferencia y difusión de tecnología y al progreso cultural; (iii) facilitar la producción y comercialización de productos innovadores y creativos; y (iv) contribuir a la transferencia y difusión de la tecnología en beneficio recíproco de los productores y los usuarios de tales conocimientos.

Adicionalmente, las Partes reconocen la necesidad de mantener un balance entre los derechos de propiedad intelectual y el interés público, la salud pública y la nutrición de la población. Con fundamento en lo anterior, resaltaron la importancia de los principios establecidos en la Declaración relativa al Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y la Salud Pública (WT/MIN(01)/DEC/2) y en la Decisión del Consejo General de la OMC sobre la Aplicación del Párrafo 6° de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública y la Resolución WHA61.21, Estrategia Global y Plan de Acción sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual, adoptada el 24 de mayo de 2008 por la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud.

Además, el convenio reitera la obligación de cumplir lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales relacionados con la protección de dichos derechos, tales como el Acuerdo ADPIC y todos los proferidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que estén vigentes para las Partes.

Asimismo, el Tratado señala que las Partes deben establecer disposiciones relacionadas con la protección a los derechos de propiedad intelectual en su legislación interna del mismo nivel de protección que las del Acuerdo sobre los ADPIC.

El tratado establece como principios básicos: (i) garantizar una protección adecuada, efectiva y no discriminatoria de los derechos a la propiedad intelectual y (ii) conceder a los nacionales de la otra Parte un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales con respecto a la protección y goce de dichos derechos y los beneficios que se derivan de ellos.

El instrumento internacional consagra que las partes pueden tomar las medidas que consideren necesarias para prevenir el abuso de los derechos a la propiedad intelectual por sus titulares, que limiten de forma injustificada el comercio o que redunden en el detrimento de la transferencia de tecnologías. Asimismo, se establece que ninguna disposición del presente capítulo puede interpretarse como una disminución de las protecciones que las partes acuerden o hayan acordado en beneficio de la conservación o el uso sostenible de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales asociados, ni se impedirá que los Estados lleguen a nuevos acuerdos con esa finalidad.

En relación con las marcas, las partes establecen que su protección se fundamentará de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. Asimismo, establece que el Artículo 6 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial se aplicará *mutatus mutandi*, a los productos o servicios que no sean idénticos o similares a los que han sido identificados con una marca en particular por la autoridad competente, notoriamente reconocida o registrada, siempre y cuando, se logre determinar la conexión de los productos con la marca y que se los derechos del titular de la misma se vean afectados.

Además, el acuerdo establece los criterios para determinar cuándo una marca se considera notoriamente conocida y los sistemas de registro de las mismas.

Por otra parte, el Tratado establece que se entenderán como “*indicaciones geográficas*”<sup>117</sup> las que identifiquen un producto como originario del territorio de una de las partes, cuya utilización se reserva de forma exclusiva a los productores, fabricantes, artesanos y demás autorizados conforme la normatividad nacional de cada uno de los Estados, que tengan sus establecimientos de producción o de fabricación en la localidad o región de la Parte.

En relación con las medidas de protección a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales, las Partes reconocieron y reafirmaron sus derechos y obligaciones establecidas en el CDB y el párrafo 19 de la *Declaración Ministerial de Doha* adoptada el 14 de noviembre de 2001 sobre la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB.

Igualmente, se reconoce el valor que tienen los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; el uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos y sus productos derivados, y en general, la contribución de los conocimientos tradicionales de tales comunidades a la cultura y el desarrollo económico de los dos Estados.

Con fundamento en lo anterior, el Acuerdo establece que el acceso a dichos recursos y conocimientos estará condicionado al consentimiento fundamentado previo de la Parte que es país de origen de conformidad con su

---

<sup>117</sup> Se encuentran expuestas en el Anexo 9-A del Tratado.

legislación interna, en particular de los titulares o poseedores según corresponda de dichos conocimientos o recursos.

Adicionalmente, el Tratado establece que cualquier derecho de propiedad intelectual que se genere a partir del uso de los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados, y/o conocimiento de las comunidades indígenas, deberá cumplir lo establecido en las normas nacionales e internacionales específicas sobre la materia.

Por otra parte, el Convenio establece que la protección de los derechos de autor y sus derechos conexos se fundamentará en los derechos y obligaciones establecidas en el *Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*; la *Convención de Roma Sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*; el *Tratado de la OMPI Sobre Derechos de Autor* y el *Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*.

90.- En relación con el capítulo objeto de estudio, la Corte considera necesario resaltar que el artículo 61 de la Constitución establece la obligación del Estado de proteger la propiedad intelectual de acuerdo con el tiempo y la forma que establezca la ley. Adicionalmente, el numeral 24 del artículo 150 de la misma normativa señala que una de las funciones del Congreso de la República es la de regular todo lo relacionado con el régimen de propiedad industrial, patentes, marcas y otras formas de propiedad intelectual y el numeral 27 del artículo 189 de la Carta establece como una de las obligaciones del Presidente de la República “*conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley*”.

Con respecto a la titularidad de los derechos a la propiedad intelectual y su armonización con el interés general, en la **sentencia C-335 de 2014**<sup>118</sup> al realizar el examen de constitucionalidad del Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, incorporado en nuestra legislación por medio de la Ley 1669 de 2013 esta Corporación indicó que la salvaguardia del derecho la propiedad intelectual debía armonizarse con el interés público y general, toda vez que dicha protección no se debía limitar al ámbito individual, sino que debía trascender al favorecimiento del bienestar social y económico.

91.- En este marco debe analizarse la intervención de la ONIC. La organización manifestó que la posibilidad de compartir conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que en la legislación colombiana no existe una normatividad que proteja este saber. De hecho, la entidad solicitó la inexecutable del tratado debido a la ausencia de consulta previa a pesar de la afectación de los derechos de las comunidades indígenas.

---

<sup>118</sup> M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En relación con lo anterior, como se ha demostrado en otras ocasiones, el Estado colombiano y sus instituciones han evidenciado su compromiso con la protección de los conocimientos tradicionales y la diversidad, en efecto, en la **Sentencia C-750 de 2008**, la Corte indicó:

*“la protección de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales se constituye en un imperativo del Estado colombiano, máxime cuando Colombia ha sido reconocida a nivel mundial como uno de los centros biológicos de mayor diversidad. De ahí la importancia que reviste para la humanidad su conservación y preservación toda vez que ello repercute en la calidad de vida. Colombia tiene un gran compromiso con la defensa de la diversidad biológica y conocimientos tradicionales que encuentra respaldo constitucional en los artículos 8, 58, 65, 71, 79, 80, 226, 330, 333 y 339.”*

La Sala considera que en esta oportunidad no se evidencia una vulneración al derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas en los términos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación, expuestos en los fundamentos número 6 a 13 y el 22 de esta sentencia. En efecto, no se evidencia una afectación directa a las comunidades indígenas, toda vez que los temas de propiedad intelectual no solo afectan a las comunidades indígena, sino que afectan a la totalidad de los nacionales colombianos.

Ahora bien, el Convenio establece que el acceso de las Partes a los recursos biológicos, genéticos y conocimientos tradicionales, estará sujeto a normatividad nacional de cada uno de los Estados. Esto implica que para el caso colombiano, las normas que regulen el acceso a los recursos biológicos, genéticos y conocimientos tradicionales que afecten a una comunidad en el desarrollo del tratado, deberán estar sometidas al proceso de consulta previa.

92.- Con fundamento en lo anterior, esta Sala concluye que las disposiciones del Capítulo objeto de estudio se adecúan al texto Constitucional y serán declaradas **EXEQUIBLES**.

### **Capítulo diez. Contratación pública**

93.- Este apartado precisa las medidas relativas a la contratación pública cubierta por parte de una entidad contratante de mercancías y servicios mediante cualquier instrumento contractual cuyo valor sea igual o mayor al umbral correspondiente, previsto en el Anexo 10A.

Se excluye del Ámbito de aplicación del presente capítulo: (i) los acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia que otorgue una de las Partes; (ii) la contratación pública de servicios bancarios, financieros o especializados en endeudamiento público o administración de deuda pública; (iii) los contratos de asistencia internacional; (iv) la contratación de empleados; (v) la contratación entre entidades gubernamentales del mismo Estado; (vi) la adquisición, arrendamiento o el ejercicio de cualquier derecho sobre inmuebles; (vii) las compras realizadas en condiciones excepcionalmente



favorables que concurren por un plazo muy breve; y (viii) la contratación efectuada con el único fin de proveer asistencia al extranjero.

Se preserva la potestad en cabeza de los Estados de establecer medidas necesarias para proteger la moral, el orden, el ambiente, la seguridad pública, la salud, la vida humana, animal o vegetal, propiedad intelectual, y las que se relacionen con artículos fabricados o servicios prestados por personas en situación de discapacidad, instituciones de beneficencia y trabajo penitenciario.

Igualmente, el Acuerdo establece los principios generales que regirán las medidas de contratación pública: trato nacional y no discriminación. Bajo estos postulados, los contratantes se comprometen a conceder a los servicios, proveedores y mercancías de la otra parte un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios, proveedores y mercancías. Tampoco se podrán discriminar proveedores establecidos localmente en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera, o porque las mercancías y servicios que ofrezca sean de la otra parte.<sup>119</sup>

Para asegurar esa igualdad de trato, el Acuerdo consagra regulaciones específicas en torno a la publicidad y la suficiente información que se debe suministrar sobre leyes, reglamentos, procedimientos, decisiones administrativas y judiciales relativas a la contratación cubierta. Igualmente, y para garantizar el acceso de todos los interesados, las Partes se comprometen, para cada contratación cubierta, a publicar un aviso en el que se incluya la información de la entidad contratante, la descripción de la contratación, el cronograma del proceso, el método de contratación y la descripción de las condiciones para la participación.

Además de las provisiones sobre la publicidad, se establecen límites a las condiciones de participación que se pueden imponer en procesos de contratación cubierta, de la siguiente manera: *“deberá limitar estas condiciones a aquellas esenciales para asegurarse de que el proveedor posee las capacidades legales y financieras, y las habilidades comerciales y técnicas, para cumplir con los requisitos y especificaciones técnicas de la contratación pública sobre la base de las actividades comerciales del proveedor”*<sup>120</sup>. Se establece que la evaluación de esos factores se basará en a las condiciones establecidas en los avisos y los documentos de contratación y no podrá exigirse contratación previa en el país contratante.

Asimismo, el capítulo establece la obligación de proporcionar de forma oportuna la información sobre contrataciones futuras, en particular, lo relacionado con los requisitos de la presentación de la oferta de forma adecuada, de acuerdo con lo establecido en el Anexo 10-B del Tratado.

---

<sup>119</sup> Se excluyen del trato conforme a estos principios los derechos aduaneros y cargas de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación.

<sup>120</sup> Capítulo 10, artículo 10.7. Condiciones de Participación.

Este capítulo prohíbe la adopción de especificaciones técnicas que constituyan obstáculos innecesarios al comercio entre las partes, de manera que dichos requisitos deberán estar en función de las propiedades de uso y empleo, de los requerimientos funcionales, de estándares internacionales, y de las previsiones que sobre esas especificaciones deben hacerse para que éstas no excluyan a interesados de forma injustificada.

También señala los plazos mínimos que se deben otorgar a los interesados en los procesos de contratación, por ejemplo, indica que desde la publicación de la apertura del trámite, la entidad contratante deberá conceder un plazo no menor a 40 días para la presentación de las ofertas.

No obstante, de forma excepcional, se permite establecer un plazo menor a 40 días, pero en ningún caso inferior a 10 cuando: (i) la entidad contratante hubiera publicado un aviso separado, con las condiciones de participación en una contratación, por lo menos 40 días antes de tal publicación; (ii) en el caso de una publicación subsecuente de una contratación pública de naturaleza recurrente; (iii) en situaciones de urgencia debidamente justificada; y (iv) cuando la entidad contratante solicite mercancías o servicios comerciales.

Respecto de los procedimientos de contratación, las Partes establecieron la licitación abierta como mecanismo principal de adjudicación de contratos. Por otra parte, se autoriza la contratación directa siempre y cuando no sea utilizada para discriminar a los proveedores del otro Estado contratante.

En lo que respecta al trámite de las ofertas está regulado por los principios de igualdad, imparcialidad y confidencialidad hasta la apertura de las licitaciones. En cuanto a la adjudicación, deberá escogerse al proveedor que la entidad contratante determine que: (i) cumple con todas las condiciones de participación; (ii) puede ejecutar el contrato a cabalidad; (iii) su oferta se considere la más ventajosa con base en los requisitos y criterios de evaluación especificados en los avisos o documentos de contratación.

Cada parte prevé el diseño de un proceso de revisión administrativo o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio para que el proveedor pueda impugnar una infracción a las medidas del capítulo en el contexto de una contratación cubierta. Se promueve la solución de controversias mediante consultas y la designación de las autoridades administrativas y judiciales imparciales que revisen las impugnaciones presentadas por los proveedores, así como el establecimiento de procedimientos en los que se contemplen medidas provisionales y medidas correctivas o compensaciones.

Además, las Partes establecen los mecanismos a través de los cuales se pueden modificar las materias que cubre el capítulo, declaran su intención de promover la micro, pequeña y mediana empresa, su disposición de colaboración mutua en torno a la contratación pública y el entendimiento de los sistemas de cada parte.

Por otra parte, el Tratado crea un Comité de Contratación, que se encargará principalmente de monitorear la implementación del capítulo, evaluar y hacer seguimiento a las actividades de cooperación.

Finalmente, el Anexo 10-B contiene los elementos relacionados con la información que deben contener los documentos de contratación y su vez, el Anexo 10-C, establece los medios por los que se debe publicar la información concerniente a contrataciones públicas.

94.- Las medidas que ha adoptado Colombia en el marco de tratados de libre comercio, a través de las que se les abre campo a los oferentes de otros países y que propugnan por un trato igualitario, no sólo en la instancia de selección sino en todas las etapas de la contratación que adelantada el Estado, lo que incluye la publicidad adecuada, la eliminación de requisitos marcados por la nacionalidad, la aplicación de reglas uniformes, la previsión de mecanismos de impugnación celeres e imparciales, han superado, en su momento el análisis de constitucionalidad. Por ejemplo, en anterior oportunidad esta Corporación dijo:

*“Para la Corte, el Capítulo de contratación pública se ajusta a la Constitución al propender por la apertura del mercado de contratación pública de bienes o servicios otorgando participación a los proveedores extranjeros. Además, se establecen reglas y procedimientos de observancia por las Partes en los procesos de contratación pública que habrán de adelantar las empresas del Estado para el desarrollo de las actividades administrativas que le correspondan bajo el marco establecido.”<sup>121</sup>*

La correspondencia de estas cláusulas con la Carta deriva no sólo de la conveniencia de la regulación, en la medida en que permite que los procesos de contratación de los Estados, que constituyen un instrumento primordial para el cumplimiento de sus fines, cuenten con un mayor número de oferentes y, por ende, de opciones para la provisión de los servicios y la satisfacción de las necesidades administrativas, sino que también es consecuencia del reconocimiento de los intereses superiores involucrados. En efecto, estas medidas reflejan el nivel de los compromisos, permiten excepciones y liberan a los Estados de ataduras que restrinjan su actuación en temas prioritarios.

En efecto, están justificadas las disposiciones especiales para la actividad de contratación de los Estados, pues responden a la importancia que tienen como actores del comercio, determinada principalmente por su condición de demandantes de altos volúmenes de bienes y servicios, a la actividad y a los destinatarios de ese ejercicio de contratación, que obligan a que los compromisos en esa materia no afecten la soberanía (art. 9 CP) ni limiten el cumplimiento de los fines esenciales a su cargo. Teniendo en cuenta las consideraciones especiales que orientaron las normas sobre contratación pública contenidas en este acápite en las que no se comprometen las

---

<sup>121</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

obligaciones de los Estados de cara a sus administrados y respetan su soberanía, dándoles un alto margen de acción en materia de contratación se declarará **EXEQUIBLE** el capítulo estudiado.

### **Capítulo once. Política de competencia y de protección al consumidor**

95.- En aras de preservar la libre competencia, las partes se comprometen a mantener leyes que proscriban prácticas anticompetitivas, lo que incluye el establecimiento de autoridades que hagan cumplir los mandatos sobre competencia y políticas compatibles con los principios de transparencia, oportunidad, no discriminación y equidad procesal.

Tal y como sucede en la mayoría de capítulos, se pactan medidas de cooperación para el cumplimiento de leyes y políticas, notificaciones, consultas, asistencia técnica e intercambio de información, así como la coordinación conjunta de casos de relevancia sustancial para alguna de las partes.

Dicha asistencia, también comprende el intercambio de información por parte de las autoridades de competencia y la colaboración en asuntos relacionados con las leyes del consumidor y su bienestar. A pesar de las medidas de protección del consumidor, se garantiza el establecimiento y la conservación de empresas estatales y monopolios designados.

96.- Las disposiciones del capítulo descrito, son la consagración expresa y particular de la intención general que alienta y que fue declarada por las partes sobre la liberalización del comercio, a través de la eliminación de cualquier obstáculo que lo distorsione, propósito que, como se anotó en el análisis del establecimiento de la zona de libre comercio, no comporta una transgresión de los principios de la Carta Política.

La Corte considera que la previsión conjunta de las medidas de libre comercio con las acciones de protección de los consumidores se ajusta a la Carta Política, pues indica que, aún bajo el convencimiento que se pregona sobre los beneficios que implica la supresión de trabas al comercio, éste no puede confrontar los derechos de los consumidores. Tales prerrogativas tienen una connotación especial en nuestro ordenamiento constitucional, tal como lo estableció la Corte en la **sentencia C-749 de 2009** que describe el trato diferencial de los consumidores a partir del reconocimiento, por parte del Constituyente, de las grandes asimetrías de información y de recursos entre los sujetos que concurren al intercambio de bienes y servicios. Por estas razones se consagraron:

*“en el artículo 78 de la Carta Política herramientas definidas, destinadas a proteger a los consumidores de las consecuencias del desequilibrio sustancial antes explicado. Así, la norma constitucional*

*citada prevé mandatos particulares, relativos tanto a aspectos prescriptivo-sancionatorios, como de participación<sup>122</sup>.*

*En primer término, delega en el Congreso la responsabilidad de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que deba suministrarse al público en su comercialización. Este deber, como se observa, reconoce que los fabricantes y comercializadores tienen a su favor un poder de hecho, cuyo uso debe ser limitado mediante prescripciones jurídicas que obliguen a que la calidad de los productos y la información inherente a la misma sean objeto de control por autoridades administrativas y, en determinados eventos, judiciales. De otro lado, se adscribe responsabilidad, de conformidad con la ley, a quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento de consumidores y usuarios. Esta es la contrapartida de la competencia del legislativo para establecer límites a la actuación de fabricantes e intermediarios,*

---

<sup>122</sup> Las consecuencias jurídicas de las asimetrías de información entre consumidores, productores y comercializadores ya habían sido evidenciadas por la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, la sentencia C-1141 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte señaló: “*La Constitución en relación con ciertas categorías de personas - menor, adolescente, anciano, mujer cabeza de familia, trabajador, indigente etc. - dispone un tratamiento de especial protección. En unos casos se persigue reforzar el respeto a la dignidad de la persona humana, sobre todo tratándose de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o que por su condición de extrema fragilidad pueden ser objeto de abusos por los demás. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado. || Como ya se ha expresado, la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. Cuando la Constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección, no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier tipo de normas. Lo que el Constituyente se propone que la finalidad de la protección efectivamente se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social - por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes -, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de los sujetos merecedores de dicha protección especial. (...) Sin perjuicio de los diferentes esquemas o modelos de responsabilidad que puede consagrar la ley, no puede entonces en modo alguno ignorarse la posición real del consumidor y del usuario, puesto que justamente su debilidad en el mercado ha sido la circunstancia tenida por el constituyente para ordenar su protección. Esta tutela constitucional terminaría despojada de sentido si el legislador, al determinar libremente el régimen de responsabilidad del productor, decidiese adoptar una orientación formalista o imponer al consumidor cargas excesivas como presupuesto para el ejercicio de sus derechos y de las correspondientes acciones judiciales. El indicado fin al que apunta el sistema constitucional de protección del consumidor, no es conciliable con todas las opciones normativas; ni tampoco puede desvirtuar el esquema participativo que contempla la Constitución, el cual reserva al consumidor y a sus organizaciones una destacada función para incidir en los procesos y asuntos que directamente los afectan. (...) La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquélla. || Ninguna utilidad práctica, en verdad, tendría el derecho del consumidor, elevado a norma constitucional, si las leyes que lo desarrollan no se notifican de las situaciones de inferioridad del consumidor y restablecen el equilibrio con los actores de la vida económica, principalmente permitiéndole franquear las instituciones procesales de resarcimiento de perjuicios sin que se le impongan condiciones excesivamente gravosas que escapan a su control y que se erigen en obstáculos mayúsculos para deducir la responsabilidad a los productores que quebrantan las condiciones de seguridad a las que tiene derecho.”*

*la cual no estaría completa con la posibilidad de establecer un régimen sancionatorio respecto de las conductas que afecten la relación de confianza en la que los ciudadanos basan sus decisiones de consumo. Por último, el precepto constitucional dispone obligaciones concretas a cargo del Estado, dirigidas a garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Estas organizaciones, al tenor del mandato superior, deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.*

Como lo evidencian las citas jurisprudenciales que anteceden, la protección del consumidor es un objetivo constitucional prevalente en la Carta Política, razón por la que las disposiciones del presente capítulo orientadas al resguardo de los derechos del consumidor y a la preservación de la libre competencia, en beneficio de los consumidores, concuerdan con esa prevalencia. En consecuencia se declarará la **EXEQUIBILIDAD** del capítulo.

## **Capítulo doce. Inversión**

97.- La **sección 12 A** contiene las obligaciones sustantivas de las partes en materia de inversión, las cuales se aplican, de acuerdo con el artículo 12.1, a: (i) los inversionistas de la otra parte; (ii) las inversiones cubiertas y (iii) todas las inversiones en el territorio de la parte en lo que respecta a requisitos de desempeño, medidas relacionadas con la salud, seguridad, medio ambiente y derechos laborales, y responsabilidad social empresarial.

Las partes precisan que los compromisos del acápite no se extienden sobre actos, hechos o controversias que tuvieran lugar antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, no imponen la obligación de privatizar sus inversiones ni les impiden constituir monopolios; no las obligan a proteger inversiones realizadas con capital derivado de actividades ilegales y tampoco les impide adoptar medidas destinadas a preservar el orden público, el cumplimiento de sus deberes para mantener o restaurar la paz y seguridad internacional o la protección de sus propios intereses de seguridad esencial.

Establecido el ámbito de aplicación del capítulo, se refieren los principios rectores del trato a las inversiones, entre los que se incluyó el “**trato nacional**”, de acuerdo con el cual cada parte se compromete a conceder a los inversionistas e inversiones cubiertas de la otra parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.

También se establece un deber de trato conforme con la “**nación más favorecida**” según el cual, cada parte concederá a los inversionistas e inversiones cubiertas de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas y a sus inversiones de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración,

conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en el territorio.

En armonía con esos principios se acordó un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el **trato justo y equitativo** que comporta la obligación de garantizar la provisión de justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo. También se establece la **protección y seguridad plenas**, que exige a cada parte proveer el nivel de protección policial que, en ningún caso, será superior al concedido a los nacionales de la parte en donde se haya realizado la inversión.

Las partes se abstienen de tomar medidas relacionadas con la nacionalidad de altos ejecutivos y juntas directivas de empresas que sean una inversión cubierta, que menoscaben la capacidad del inversionista para ejercer control en su inversión, entre las que se descarta la imposición de puestos de dirección.

El artículo 12.6 proscribire Los mecanismos sujetos a requisitos de desempeño. En consecuencia, las partes no podrán, en relación con el establecimiento, la adquisición, la expansión, la administración, la operación, la venta u otra disposición de una inversión, imponer requisitos relacionados con la exportación de determinados niveles o porcentajes de mercancías, alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional y demás requisitos para el favorecimiento de su industria o comercio.

Entre los requisitos de desempeño proscribidos se encuentran los relacionados con la transferencia de una tecnología particular, pero se excluyen los eventos en los que una parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC o las medidas que requieran la divulgación de información de propiedad que caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 39 *ibídem*. También se precisa que las medidas que requieran que una inversión utilice tecnología para cumplir con regulaciones generales aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente no constituyen requisitos de desempeño.

Las partes no pueden condicionar la recepción de ventajas al cumplimiento de requisitos relacionados con alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional, otorgar preferencias a mercancías producidas en su territorio, relacionar el volumen de las importaciones con el volumen de las exportaciones o con el monto de las entradas de las divisas asociadas con dicha inversión, y restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce relacionando las ventas al volumen o el valor de sus exportaciones o ganancias.

No obstante lo anterior, las partes pueden someter el otorgamiento de una ventaja a una inversión de su territorio al cumplimiento de requisitos de

ubicación de la producción, prestación de servicios, capacitación, contratación de trabajadores, construcción o ampliación de instalaciones en su territorio.

También se autorizan las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes que no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo, necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o relacionadas con la preservación de los recursos naturales no renovables.

De otra parte, el artículo 12.7 establece las medidas disconformes, que corresponden a aquellos aspectos del capítulo que las partes se abstienen de aplicar.

El artículo 12.8 señala que las partes reconocen como inapropiado promover la inversión a través del debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación sobre salud, seguridad, medio ambiente y derechos laborales, razón por la que pueden mantener las medidas destinadas a asegurar esos aspectos. Asimismo se establece el compromiso de alentar a las empresas que operen en su territorio a implementar estándares de responsabilidad social empresarial.

En los casos de pérdidas ocasionadas como consecuencia de conflictos armados o contiendas civiles, las partes concederán a los inversionistas de la otra parte y a las inversiones cubiertas un trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte sobre dichas pérdidas.

El artículo 12.11 se ocupa de la regulación de la **expropiación**, la cual procede en el caso de Colombia únicamente por “*propósito público o interés social*”, debe asegurar el debido proceso, no puede ser discriminatoria y exige el pago de una adecuada indemnización, pronta y efectiva. El monto de la indemnización debe ser completamente liquidable y libremente transferible, y equivaldrá al valor justo del mercado de la inversión antes de la expropiación. En la disposición se regula el valor de la indemnización que se altera si se denomina en una moneda de libre uso o no.

Las partes garantizan una instancia de revisión judicial de la expropiación y excluyen de la regulación concreta la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual en la medida en que sean compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.

El capítulo de inversión también regula las transferencias, que incluye un compromiso de las partes, quienes de conformidad con su legislación, permitirán a los inversionistas la realización de transferencias libres sin demora injustificada. Sin embargo, se autoriza a retrasar las transferencias como consecuencia de: (i) leyes de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; (ii) leyes de emisión, comercio u operaciones de valores; (iii) infracciones penales; (iv) reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias para colaborar con el cumplimiento de la ley o con autoridades financieras regulatorias, y (v) el cumplimiento de laudos y sentencias.



La **Sección B** regula la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, respecto de las cuales se prevé una fase inicial de consultas y de negociación, las cuales se llevarán a cabo durante un plazo mínimo de 6 meses.

Superada la fase inicial de consultas, si alguna de las partes contendientes considera que no se puede resolver la controversia mediante negociación, podrá someter a arbitraje la reclamación, lo que exige una notificación escrita de esa intención 90 días antes de que se someta el asunto a arbitraje de conformidad con: (i) el convenio del CIADI y las reglas de procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI; (ii) el reglamento del mecanismo complementario del CIADI; (iii) el reglamento de arbitraje de la CNUDMI o, (iv) por acuerdo, ante una institución de arbitraje *ad hoc*.

El sometimiento de una reclamación a arbitraje exige el agotamiento previo de los procedimientos administrativos internos y cuenta con una limitación temporal, pues las reclamaciones no podrán someterse a arbitraje si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada.

La regulación sobre el arbitraje incluye aspectos como la selección de los árbitros, los procedimientos relacionados con medidas prudenciales, la sede legal, las comunicaciones de partes no contendientes, las cuestiones preliminares, las objeciones de competencia, las medidas provisionales de protección, el principio de transparencia, el traslado de comunicaciones, el derecho aplicable, la interpretación de los anexos, los informes de los expertos, la acumulación de procedimientos, el contenido del laudo, la finalidad y ejecución del laudo y la entrega de documentos.

Finalmente, la Sección C se ocupa de las definiciones necesarias para el entendimiento del capítulo.

En el **Anexo 12-A** las partes expresan su entendimiento sobre el derecho internacional consuetudinario, en el **Anexo 12-B** confirman el entendimiento sobre lo que constituye expropiación, en la que se incluye la expropiación directa e indirecta; el **Anexo 12-C** establece los lugares donde se adelantarán las notificaciones y entrega de documentos bajo la sección B y el **Anexo 12-D** establece las medidas sobre las comunicaciones de las partes no contendientes.

98.- Teniendo en cuenta la diversidad de temas que se establecen en este capítulo se resaltarán algunos de los pronunciamientos de esta Corporación en torno a los principios que deben regir el trato a las inversiones particularmente el de trato nacional, el principio de nación más favorecida; las medidas de expropiación y los mecanismos de solución de conflictos inversionista – Estado. Finalmente se hará una referencia respecto al estudio adelantado por esta Corporación en torno a las medidas sobre transferencias.

### ***Principio de Trato Nacional***

99.- Sobre el principio de trato nacional, la sentencia **C-358 de 1996**, que adelantó el control de constitucionalidad del “*Acuerdo entre el Gobierno de la Republica de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de La Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se Promueven y Protegen las Inversiones*” señaló que:

*“El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales.”*

Siendo ese el objetivo del principio, la Corte ha considerado, en múltiples oportunidades y en un estudio conjunto con los principios de trato a los inversionistas -que suelen constituir cláusulas tipo- que éstas efectivizan el derecho a la igualdad y, por ende, excluyen la discriminación, razones poderosas para pregonar su armonía con los pilares de la Carta Política.

#### ***Nación más favorecida (NMF)***

100.- Frente a la Cláusula de Nación Más Favorecida, lo primero que debe destacarse es que si bien se prevé en disposiciones particulares del Acuerdo, tales como la regulación del **trato a la inversión –artículo 12.3-** y de los **servicios financieros –artículo 14.3-**, por la relevancia de esas disposiciones y los efectos del principio para el instrumento, éste resulta transversal al tratado de libre comercio que se examina. Establecido el alcance de esa cláusula tipo en el escenario que se estudia, conviene recordar que originalmente se previó como una medida que asegura el trato igualitario y no discriminatorio entre los Estados en el marco de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, que constituye un escenario multilateral, en el que se consideró que:

*“[e]n virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC.*

*Este principio se conoce como el trato de la nación más favorecida (NMF). Tiene tanta importancia que es recogido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que regula el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC),*

*aunque en cada Acuerdo este principio se aborda de manera ligeramente diferente. En conjunto, esos tres Acuerdos abarcan las tres esferas principales del comercio de las que se ocupa la OMC.*

*Se permiten ciertas excepciones. Por ejemplo, los países que forman parte de una región pueden establecer un acuerdo de libre comercio que no se aplique a las mercancías que proceden del exterior del grupo. O bien un país puede oponer obstáculos a los productos procedentes de determinados países, que se consideran objeto de un comercio desleal. Y, en el caso de los servicios, se permite que los países, en ciertas circunstancias restringidas, apliquen discriminaciones. Sin embargo, los acuerdos sólo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas. En general, el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes.”<sup>123</sup>*

101.- Las excepciones a ese principio de trato igualitario previstas en el artículo XXIV del GATT en materia de aranceles, tornan viables pactos bilaterales o regionales, en los que se otorguen concesiones particulares a ciertos países y permiten que éstas no se extiendan automáticamente a todos los miembros de la OMC. Esta posibilidad, para algunos, ha desvanecido el principio rector de la organización:

*“Con base en estos propósitos es que se pensó en un comercio sin discriminación, lo que dio la pauta para crear la Cláusula de Nación más Favorecida; pero también dio vida a las excepciones a dicho principio toral del Sistema Multilateral de Comercio. La explicación en la que se basó el GATT/OMC para crear una excepción a una de sus reglas más básicas fue que se les diera la oportunidad a los países de integrarse regionalmente hablando, con lo cual podrían favorecerse o darse concesiones recíprocas en sectores en los cuales a nivel multilateral sería difícil alcanzar el consenso. Aunado a ello se pensó que este tipo de excepciones (ya que no es solo una, sino se incluyen las medidas antidumping, la cláusula de habilitación, entre otras) no llamarían la atención sino solo como un medio para activar el mecanismo de integración bajo el cobijo de las normas OMC y de igual forma ser partícipes del sistema creando bloques regionales pero a su vez, vigorizando el poder del multilateralismo para dar paso a la configuración de una economía global.*

*Con el transcurso de los años la realidad es distinta a los ideales de la OMC. Ha ocurrido una fiebre inusitada por la creación de los bloques regionales, por razones diversas, quizás políticas, quizás económicas, pero el regionalismo ha sido el recurso al que las economías han recurrido para velar por sus intereses particulares, en vista de que las*

123

OMC Portal web. Los principios del sistema de comercio. [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact2\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm). Consultada el 3 de agosto de 2015.

*normas multilaterales no encuadran con sus objetivos o no satisfacen sus necesidades*”<sup>124</sup>.

102.- En concordancia con la finalidad teórica de la cláusula NMF, la Corte - en múltiples oportunidades- ha considerado que su inclusión resulta beneficiosa y acorde con los valores sobre los que se funda el ordenamiento constitucional colombiano, especialmente en los eventos en los que la obligación de un trato similar con las prerrogativas otorgadas a la nación más favorecida se adquiere por todos los países contratantes. La **sentencia C-358 de 1996**<sup>125</sup> que examinó dicho compromiso de trato<sup>126</sup> en el “Acuerdo entre el Gobierno de la Republica de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se Promueven y Protegen las Inversiones” consideró:

*“En cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, esta Corporación acoge la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952), oportunidad en la que estableció: “Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados”. La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula.”*

La **sentencia C-379 de 1996**, que declaró exequible el Convenio sobre inversiones suscrito entre Colombia y Cuba, estimó frente a dicha cláusula tipo lo siguiente:

*“La segunda regla, conocida bajo el nombre de “cláusula de la nación más favorecida”, según la cual cada Estado se obliga a dar al otro un trato no menos favorable del que se concede a sus nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado, de acuerdo con las cláusulas del convenio no se extiende a las inversiones de la otra, cuando tales ventajas provengan de una unión aduanera, un mercado común, una zona de libre comercio o cualquier acuerdo internacional similar al que*

<sup>124</sup> Cancino Gómez, Rodolfo. La Pulverización de la Cláusula de Nación más Favorecida. Revista electrónica “*Amicus Curiae*” Volumen 1, número 2, 2012. UNAM.

<sup>125</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>126</sup> Según el cual: “(...) ninguno de los Estados Parte otorgará a las inversiones de la otra, a sus rendimientos o a su administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación, un trato menos favorable que el que otorga a las inversiones de sus propios nacionales y a las de los nacionales de cualquier tercer Estado. Sin embargo, este deber no obliga a las Partes a extender a las inversiones de la otra ningún privilegio proveniente de uniones aduaneras o de acuerdos internacionales similares a éstas y de convenios internacionales o legislación doméstica relacionados con aspectos tributarios (artículo 8°).”

*pertenezca una de las Partes. Así mismo, la excepción opera cuando las ventajas para el tercer Estado sean producto de "cualquier acuerdo, arreglo internacional o legislación doméstica relacionada total o parcialmente con tributación". Por su parte, el artículo 11 prevé que en caso de que por cualquier motivo una de las partes llegue a aprobar, en beneficio de la otra, un trato más favorable que el previsto en el Tratado, dicho trato prevalecerá sobre las disposiciones de este último."*

La **sentencia C-494 de 1998**<sup>127</sup>, en el análisis del compromiso de trato conforme a la Cláusula de la Nación Más Favorecida, reiteró las consideraciones de la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952) referidas en la **sentencia C-358 de 1996**.

Por su parte, la **sentencia C-279 de 2001**<sup>128</sup> cuando estudió el principio de Nación Más Favorecida previsto para diversos compromisos del Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y de la República de Costa de Marfil señaló:

*"El artículo segundo, preceptúa la conocida cláusula de "la nación más favorecida", que es uno de los instrumentos más usuales de reciprocidad comercial entre dos Estados. En efecto, este mecanismo tiende a facilitar el intercambio comercial entre los Estados Partes, a través del cual se pretende un tratamiento no menos favorable del que se le concede a otros países u órganos en similares circunstancias. Así, sobre este concepto, la Corte ha dicho que:*

*'Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados'. La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula.*

*El trato favorable se concede en relación con el cobro de aranceles y tasas sobre las importaciones y exportaciones; con las gestiones de aduanas, tránsito, bodegaje y descargue de mercancías; venta, compra, distribución de bienes en el mercado interno; la autorización para la navegación de los buques, el acceso a los puertos y la cooperación para el transporte marítimo de mercancías (artículo 6º). Este tratamiento*

<sup>127</sup> M.P. Hernando Herrera Vergara

<sup>128</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

*favorable no transgrede norma superior alguna, pues los Estados otorgan un trato preferencial que encuentra plena justificación constitucional en la cooperación e internacionalización económica.”*

A su turno, la **sentencia C-309 de 2007**<sup>129</sup> que estudió el “Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones” adujo frente a la referida cláusula que:

*“Tampoco merece reproche el artículo 3° del Acuerdo, que consagra las conocidas cláusulas de Tratamiento Nacional y Nación Más Favorecida, típicas en el modelo de convenios al que pertenece el presente acuerdo. La Corte Constitucional ha dicho a este respecto que por virtud de dichas cláusulas, “un Estado se obliga a dar a otro un trato no menos favorable que el que se concede a sus propios nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado”<sup>130</sup>; a lo cual viene a agregar:*

*‘Preceptos de esta índole no vulneran la Ley Suprema y, por el contrario, se dirigen a hacer efectivo “en todo tiempo la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados. La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida, hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula (...) El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales.’ (Sentencia C-294 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería)*

*En relación con la legitimidad de dicho tratamiento, la Corporación ha sostenido que estas cláusulas son perfectamente compatibles con el texto constitucional, pues las mismas persiguen “la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados. La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida, hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que*

<sup>129</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>130</sup> Sentencia C-294 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería

*consagra la aludida cláusula (...) El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales."*

En concordancia con los precedentes referidos, la **sentencia C-750 de 2008**, consideró:

*"Sobre el trato nacional y trato de Nación más favorecida ningún reproche constitucional merecen ya que han sido considerados por esta Corporación como principios ajustados a la Carta Política ya que persiguen hacer efectivo el trato igualitario entre los inversionistas (arts. 100, 226 y 227 de la Constitución).*

*Recuérdese que el principio de trato nacional "exige que una vez hayan entrado los productos y servicios a un mercado, entonces deben recibir un trato no menos favorable que los productos y servicios nacionales equivalentes<sup>131</sup>". En cambio, en el principio de Nación más favorecida "un Estado se obliga a dar a otro un trato no menos favorable que el que se concede a sus propios nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado<sup>132</sup>".*

Así mismo, la **sentencia C-031 de 2009**, frente al compromiso de trato a la inversión regido por el principio de la nación más favorecida, precisó:

*"En cuanto a la regulación de las cláusulas del trato nacional y de la nación más favorecida, la Corte encuentra que las mismas se ajustan a los actuales principios del derecho internacional económico. En efecto, una y otra constituyen instrumentos encaminados a asegurar que los inversionistas originarios de los Estados Partes no sean discriminados, es decir, que puedan actuar en el mercado en las mismas condiciones que lo hacen los inversionistas locales. Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades."*

103.- De los precedentes jurisprudenciales referidos, se advierte que tanto los tratados económicos como la revisión que la Corte ha hecho de ellos han manejado la cláusula NMF como un principio tipo sobre el que no existen reparos de inconstitucionalidad, conclusión que se reitera en esta oportunidad<sup>133</sup>, pues dicho principio: i) constituye una manifestación del

<sup>131</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-369 de 2002

<sup>132</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2002

<sup>133</sup> En esta sentencia, la Magistrada Ponente acoge los argumentos de la posición mayoritaria de la Sala Plena y la jurisprudencia vigente respecto a la constitucionalidad de la cláusula de Nación Más Favorecida. Sin embargo, tal como lo ha expresado en anteriores oportunidades vb. aclaración de voto sentencia C-286 de 2015 entre otras, reitera la necesidad de que la Corte adelante un juicio de constitucionalidad más severo y que se exija del Presidente de la República una mayor ponderación y justificación de cada pacto bajo dicha

principio de igualdad; ii) asegura la reciprocidad comercial entre los Estados; y iii) facilita los propósitos del acuerdo en el que se incluye.

### ***Expropiación***

104.- En el tema de la expropiación, frente a la que comprobadamente se han presentado diversos reparos de constitucionalidad, principalmente por la usual inclusión de la “*expropiación indirecta*”, la sentencia **C-446 de 2009** analizó la conformidad de esa figura, prevista en similares términos a los utilizados en el acuerdo que se revisa ahora y estableció que:

*“se ajusta plenamente a lo preceptuado en el artículo 58 superior, ya que el Acuerdo que se examina establece que para que un inversionista pueda ser privado de su inversión en el territorio de la otra parte contratante, se requiere que: (i) el Estado se base en motivos de utilidad pública o de interés social, que por demás se encuentran consagrados expresamente para Colombia en el artículo 12.8.1-(d) del Convenio-; (ii) que las medidas no sean discriminatorias y (iii) que sea con arreglo a la ley y acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. En este caso, si bien el Tratado no señala expresamente que la indemnización debe ser previa y que la decisión debe ser autorizada por sentencia judicial o por la vía administrativa [como lo exige el artículo constitucional en mención, sí señala que debe hacerse “siguiendo el debido proceso legal”, por lo que así habrá de entenderse de acuerdo con la sentencia C-294 de 2002. De la legalidad de la medida y del monto de la indemnización se podrá reclamar ante las autoridades judiciales de la parte que la adoptó.” (sic)*

La declaratoria de constitucionalidad de las previsiones en torno a la expropiación ha sido una tendencia invariable en la jurisprudencia constitucional, especialmente, si se considera la modificación del artículo 58 Superior, pues el Acto Legislativo 1° de 1999 eliminó el inciso que autorizaba al Legislador a establecer casos en los que, por razones de equidad, se podía prescindir de la indemnización:

*“En relación con la expropiación indirecta cabe recordar que, (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental.*

---

cláusula, en atención a: (i) las implicaciones que genera cada nuevo compromiso adquirido por Colombia bajo la cláusula NMF; (ii) los efectos acumulativos del compromiso y (iii) los efectos *inter partes* de la cosa juzgada constitucional sobre normas previstas en tratados bilaterales.



*(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”<sup>134</sup>*

Como se advirtió, la previsión de la nominada “expropiación indirecta” no ha sido pacífica, como lo muestra la sentencia **C-031 de 2009**. En ella se refieren algunas de las discusiones surgidas en el marco del Derecho Internacional y el cuestionamiento en torno a si resulta obligatoria la indemnización para conjurar los menoscabos patrimoniales que provocan para el inversor ciertas medidas estatales que no conllevan una pérdida de titularidad del dominio. La sentencia hizo un recuento sobre esta discusión en los siguientes términos:

*“Ya en la década de 1920, surgieron algunas disputas referentes a expropiación indirectas de inversiones extranjeras. En aquellos tiempos, los tribunales internacionales resolvieron dichos casos basándose en la costumbre internacional. Sin embargo, los instrumentos internacionales que se refieren a la expropiación indirecta solo se suscribieron a partir de los años cincuenta. Después de la Segunda Guerra Mundial, países en desarrollo y Estados de la órbita socialista adoptaron medidas legales y económicas destinadas a transferir la propiedad de extranjeros a manos del Estado o de grupos nacionales. En respuesta a estos sucesos, algunos Estados, en conjunto o individualmente, decidieron proteger la propiedad de sus inversionistas en el extranjero contra las expropiaciones indirectas”*

También se refirieron los términos en los que se reguló la expropiación indirecta en el borrador del texto de la Convención para la Protección de la Inversión Extranjera de la OCDE (1967). Éstos han sido seguidos en diversos textos de acuerdos de promoción y protección de inversiones, como lo muestra la actividad de los tribunales internacionales que han reconocido la expropiación indirecta. La Corte se preguntó entonces *“hasta qué punto esta figura del derecho internacional económico se enmarca en los principios del artículo 58 Superior o si, por el contrario, su fundamento se haya (sic) en otras disposiciones constitucionales.”*

Este Tribunal concluyó que, además de la relación con el referido precepto, las previsiones en torno a la expropiación indirecta tienen fundamento en el principio de la buena fe y la confianza legítima, bajo los cuales se proscriben cambios intempestivos en la situación jurídica que generen un daño sobre el inversor que no podía prever razonablemente la alteración en el manejo de la inversión. En ese sentido:

*“no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata*

---

<sup>134</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

*de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.*”<sup>135</sup>

En el marco de la regulación específica que sobre la expropiación indirecta la Corte consignó en la revisión del Acuerdo de libre Comercio celebrado con Chile, que:

*“las condiciones establecidas en el tratado para que un acto estatal pueda ser calificado en términos de expropiación indirecta, y en consecuencia, ser indemnizable, son razonables, conformes con los postulados de la confianza legítima, y no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en temas sensibles como la salud pública, el medio ambiente y la seguridad. Con todo, aclara la Corte que la aplicación de la figura de la expropiación indirecta debe hacerse de manera estricta, previo cumplimiento de absolutamente todas las condiciones y supuestos establecidos en el tratado internacional, so pena de atentar contra las facultades regulatorias estatales y la preservación del interés general”*<sup>136</sup>.

En reciente oportunidad, en la **sentencia C-620 de 2015**<sup>137</sup>, la Corte estudió la constitucionalidad de las previsiones sobre expropiación indirecta incluidas en el “[p]rotocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, firmado en Cartagena de Indias, República de Colombia, el 10 de febrero de 2014”. Para el análisis de dichas disposiciones reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y con base en la misma reiteró que las condiciones establecidas para que un acto estatal pueda ser calificado como expropiación indirecta y provocar la indemnización son razonables bajo el principio de confianza legítima y no limitan, de manera desproporcionada, las competencias regulatorias del Estado.

105.- De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales sobre el tema, en los que se ha considerado que las medidas sobre expropiación pactadas en acuerdos comerciales como el que se examina no contravienen la Constitución, y dado que las previsiones sobre dicha figura previstas en este tratado se corresponden con el principio de buena fe, la garantía de la propiedad privada y las disposiciones sobre la expropiación del artículo 58 de la Carta Política, se declararán **EXEQUIBLES** las disposiciones del capítulo que se ocupan de la expropiación, particularmente el artículo 12.11 y el Anexo 12-B.

### ***Solución de Controversias Inversionista-Estado***

106.- En el examen de constitucionalidad del arbitramento como medio de solución de controversias surgidas entre los inversionistas y el Estado por la violación de las obligaciones previstas en la Sección A del capítulo 12, se

<sup>135</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2009.

<sup>136</sup> Ib.

<sup>137</sup> M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

partirá de la definición de arbitraje, la cual se estableció recientemente por esta Corporación en los siguientes términos:

*“(…) mecanismo heterocompositivo y alternativo para componer conflictos. Existen varias teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de esta institución, entre las que se encuentran, la voluntarista, que considera que el arbitraje es una institución de derecho privado, que se fundamenta en el acuerdo de voluntades de las partes en conflicto. De otra parte, se encuentra la teoría procesalista, que le otorga al arbitraje una naturaleza de proceso, regido por normas de orden público contenidas en la ley. También se encuentra la teoría mixta o ecléctica, que se encuentra en el intermedio de ambas y reconoce su origen a partir del acuerdo privado de voluntades y considera como pública, la función ejercida por los árbitros. Esta última postura ha sido adoptada por la jurisprudencia constitucional nacional.”*<sup>138</sup>

Igualmente, conviene referir el marco normativo del arbitraje internacional en Colombia, descrito en esa misma oportunidad:

*“El arbitraje internacional tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Carta Política y en las normas que buscan la internacionalización de las relaciones económicas<sup>139</sup> del Estado colombiano. De esta suerte, debe reconocerse la vigencia de principios de derecho internacional privado que regulan la actividad comercial, entre los que se encuentra la aceptación del arbitraje internacional para la solución pacífica de las controversias. Es inevitable que en desarrollo de relaciones económicas de carácter comercial e internacional, se vinculen dos o más ordenamientos jurídicos, razón por la cual, deben establecerse mecanismos de solución de controversias confiables, eficaces y flexibles, que sean de fácil adaptación al tráfico internacional. Estas soluciones no tienen por qué afectar la soberanía de los Estados, por el contrario efectivizan la seguridad jurídica y fomentan la internacionalización de las relaciones comerciales<sup>140</sup>.”*

*En el ámbito legal nacional, la Ley 1562 de 2012<sup>141</sup> consagró de manera clara, amplia y expresa como principios del arbitraje la imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción<sup>142</sup>. En materia de procedimiento estableció que en los arbitrajes pueden acordarse reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje y en todo*

<sup>138</sup> Sentencia C-947 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>139</sup> Preámbulo, artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política de 1991.

<sup>140</sup> Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la Sentencia C-347 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>141</sup> Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones.

<sup>142</sup> Artículo 1 Ley 1562 de 2012.

*caso se deberán respetar los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes*<sup>143</sup>.

*Por su parte, la sección tercera de la Ley 1562 de 2012, regula específicamente el arbitraje internacional. En efecto, se está en presencia del mismo cuando: i) las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o iii) la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional*<sup>144</sup>.

*Por disposición de la mencionada ley, en la interpretación del arbitraje internacional, se deberá tener en cuenta su especial carácter, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe, además cuando las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales de derecho internacional*<sup>145</sup>. Esta norma regula además aspectos relacionados con el acuerdo de arbitraje<sup>146</sup>, composición del tribunal arbitral<sup>147</sup>, competencia del tribunal arbitral<sup>148</sup>, medidas cautelares<sup>149</sup>, pronunciamiento, impugnación y reconocimiento y ejecución del laudo.<sup>150</sup>

Frente a la constitucionalidad de los mecanismos de solución de diferencias, particularmente del arbitraje en el marco de acuerdos de liberalización del comercio como el que se estudia, la Corte ha considerado, desde los primeros exámenes sobre disposiciones de ese tipo, que se ajustan a la Carta Política. En ese sentido, la sentencia **C-008 de 1997**<sup>151</sup> sostuvo que:

*“La Corte considera que el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del presente tratado a la decisión de tribunales de arbitramento internacionales es coherente con los postulados constitucionales, tal y como lo señaló en las sentencias C-358/96 y C-379/96. Dijo entonces la Corporación:*

*Una visión integral de la Constitución permite concluir que ésta busca, como uno de sus propósitos fundamentales, la resolución pacífica de los*

<sup>143</sup> Artículo 58 de la Ley 1562 de 2012.

<sup>144</sup> Artículo 62 de la Ley 1562 de 2012.

<sup>145</sup> Artículo 64 Ley 1562 de 2012.

<sup>146</sup> Artículos 69 a 71.

<sup>147</sup> Artículo 72 a 78.

<sup>148</sup> Artículo 79.

<sup>149</sup> Artículo 80 al 90.

<sup>150</sup> Sentencia C-947 de 2014, ya citada.

<sup>151</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballero,

*conflictos. Para el logro de este objetivo consagra una serie de mecanismos que tienden a desconcentrar la administración de justicia y a establecer mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las jurisdicciones especiales, los jueces de paz, la conciliación o el arbitramento. En razón de la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de las inversiones de que trata el Tratado sub examine, puede llegar a ser mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione. Por otra parte, la Corte considera que la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de que trata el artículo 226 de la Carta no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales.”*

Con la misma orientación, las sentencias **C-864 de 2006**<sup>152</sup> y **C-750 de 2008**, sólo para citar algunos ejemplos, consideraron que dichos mecanismos de arreglo de divergencias entre Inversionistas-Estado se ajustan a la Constitución Política, principalmente porque constituyen instrumentos alternativos para la solución de problemas en materias conciliables y se corresponden con la solución pacífica de las controversias.

Teniendo en cuenta el marco antecedente, en el examen de constitucionalidad de las disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Costa Rica y Colombia se seguirán las reglas jurisprudenciales fijadas para determinar si las cláusulas que se revisan respetan las garantías mínimas procesales que se deben otorgar, volviendo sobre: i) la etapa prearbitral, ii) el procedimiento del juicio arbitral y iii) la ejecutividad del laudo extranjero<sup>153</sup>.

En la primera de las mencionadas instancias debe verificarse que la previsión sobre el arbitraje respete: “(...) *los límites materiales que en ningún momento podrán obstaculizar de manera absoluta el acceso a la administración de justicia y tampoco podrán ser llevados asuntos que no sean transigibles, como son aquellos relacionados con la soberanía interna de los Estados parte, normas constitucionales, seguridad nacional, afectación a terceros países, entre otras.*”<sup>154</sup>

De acuerdo con el artículo 12.17, la finalidad del sometimiento de una reclamación a arbitraje internacional es la solución de las controversias surgidas entre un inversionista y el Estado en relación con la violación de las obligaciones establecidas en la Sección A, las cuales se refieren principalmente al trato (nacional, de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato) que los Estados se comprometen a otorgarle a la inversión y a los inversionistas de la otra parte, las compensaciones por pérdidas sufridas en las

<sup>152</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>153</sup> Siguiendo el acápito de “Reglas Jurisprudenciales sobre garantías procesales mínimas en materia de arbitraje internacional” previsto en la Sentencia C-947 de 2014.

<sup>154</sup> Sentencia C-947 de 2014.

inversiones como resultado de conflictos armados o contiendas civiles, las disputas sobre expropiaciones, restricciones a la libertad de transferencias, imposiciones de requisitos de desempeño, entre otros.

Aunque esas materias arbitrables se relacionan directamente con las obligaciones adquiridas en la sección A del capítulo de Inversión, hay que precisar que las controversias sometidas a arbitraje sólo pueden versar sobre materias transigibles, lo que excluye temas relacionados con la soberanía de la República de Colombia, dado que: “[l]as relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”<sup>155</sup> y en atención al concepto de arbitramento vigente en nuestro ordenamiento que corresponde a: “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia **relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.**”<sup>156</sup> (Negrilla ajena al texto original)

Con esas precisiones, se tiene que la fijación de tribunales de arbitramento para la solución de las controversias derivadas del capítulo 12 no menoscaba la soberanía del Estado, no vulnera derechos fundamentales ni comporta un obstáculo para el acceso a la administración de justicia, en la medida en que se preserva: i) la posibilidad de que se resuelva la controversia por mutuo acuerdo, mediación o conciliación, ii) la posibilidad de que se someta la controversia ante los tribunales competentes o administrativos de la parte contendiente y iii) las instancias ordinarias de revisión administrativa de las decisiones.

En cuanto al procedimiento del juicio arbitral el numeral 5° del artículo 12.17 prevé los instrumentos que, a elección del inversionista lo registrarán: i) el Convenio del CIADI, si el Convenio del CIADI está disponible; ii) el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, si el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI está disponible, o iii) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (iv) si así lo acuerdan ambas partes contendientes, cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualquier otras reglas de arbitraje.

Frente al “*Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*” baste decir que el mismo se incorporó al ordenamiento colombiano a través de la Ley 267 de 1995, declarada exequible en la sentencia **C-442 de 1996**<sup>157</sup>, que respecto al procedimiento de arbitramento señaló: “[c]onsidera esta Corporación que las normas del Tratado que regulan el procedimiento de arbitraje no vulneran, en punto alguno, la Carta Política de Colombia. La constitucionalidad del arbitramento se fundamenta en las mismas razones por las cuales la Corte

<sup>155</sup> Constitución Política, Artículo 9

<sup>156</sup> Ley 1563 de 2012, Artículo 1°

<sup>157</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

*estimó ajustadas a la Constitución las normas de la Convención de Washington relativas al procedimiento de conciliación.”.*

Finalmente, las previsiones sobre el contenido del laudo dotan de seguridad los asuntos relacionados con la decisión emitida por el Tribunal de arbitramento y de estas no afloran infracciones a la Soberanía del Estado o la vulneración de garantías fundamentales.

De las consideraciones expuestas se advierte la correspondencia entre los mecanismos de solución de conflictos entre Inversionistas-Estado incluidos en el acuerdo comercial de la referencia con la Carta Política, dado que constituyen instrumentos alternativos para la solución de problemas en materias conciliables y se corresponden con la solución pacífica de las divergencias.

En consecuencia, se declarará la **constitucionalidad** de las disposiciones sobre resolución de conflictos, previstas en el capítulo 12 del Tratado.

### ***Transferencias***

107.- Para el análisis de la constitucionalidad de las medidas sobre transferencias libres conviene examinar los pronunciamientos de esta Corporación sobre esas medidas. En la **sentencia C-008 de 1997**, la Corte analizó la cláusula sobre transferencias contenida en el artículo 6° del “*Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*”, a cuyo tenor:

*“(1) Cada Parte Contratante garantizará a los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, en particular, aunque no exclusivamente de:*

*(a) El capital de la inversión y las reinversiones que se efectúen de acuerdo a las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en la que se realizó la inversión.*

*(b) la totalidad de las ganancias*

*(c) El producto de la venta o liquidación total o parcial de la inversión.*

*(2) La transferencia se efectuará en moneda libremente convertible, a la tasa de cambio de mercado aplicable el día de la transferencia, y sin restricción o demora.*

*(3) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión en caso de dificultades graves de sus balanzas de pagos. En todo caso, dicha facultad se ejercerá por un período limitado, de manera equitativa, de buena fe y no discriminatoria.”*

En esa oportunidad este Tribunal consideró:

*“La Corte encuentra que en principio esta cláusula se ajusta a los preceptos constitucionales, puesto que está dirigida a hacer efectiva la protección que los Estados celebrantes del tratado brindan a la inversión extranjera, objetivo que no admite reparo alguno. Sin embargo, dado que la inversión extranjera y la transferencia de capitales al exterior son operaciones típicas del mercado cambiario, por lo cual es necesario que la Corte verifique si el presente tratado no desconoce las competencias que, por mandato de la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de las reservas internacionales.*

*Al tenor del artículo 189-2 de la Constitución, al Jefe del Estado le corresponde dirigir las relaciones internacionales mediante la celebración de tratados o convenios con otros Estados. Dicha función, sin embargo, no puede comprometer la competencia exclusiva, también de orden constitucional, que el artículo 372 del mismo ordenamiento y la Ley Marco correspondiente (Ley 9 de 1991) le otorga a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de regulación de cambios y reservas internacionales.*

*Para la Corte el tratado respeta esas competencias del banco central pues le otorga a las partes la posibilidad de restringir temporalmente la repatriación de dineros relacionados con las inversiones protegidas por el Tratado, cuando existan dificultades graves de la balanza de pagos, con lo cual se respeta la discrecionalidad con que cuenta la Junta del Banco Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país. De otro lado, si bien el presente tratado no excluyó de manera expresa los préstamos de la definición de las inversiones -a diferencia de los convenios suscritos con el Reino Unido y Cuba-, ello no significa que los flujos que se deriven de contratos internacionales de préstamo queden por fuera de la regulación sobre endeudamiento externo que expida la Junta Directiva del Banco de la República, ya que, conforme a la Carta, ésta es la autoridad cambiaria del país. En tal entendido, la Corte considera que el artículo es exequible.”*

La **sentencia C-750 de 2008**, luego de referirse a los preceptos que se ocupaban de las transferencias libres, resaltó la posibilidad de que una parte pudiera impedir transferencias por medio de la *“aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas a: (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; (b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados; (c) infracciones criminales o penales; (d) reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias; o (e) garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales o administrativos”* y consideró:



*“Esta disposición es recíproca para los Estados Partes y propugna por la libre transferencia de capitales, donde Colombia conserva la potestad de imponer los controles al flujo de capitales que encuentre adecuados bajo la observancia de los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida. Es decir, no hay pérdida de soberanía económica para el Estado colombiano, manteniendo la Junta Directiva del Banco de la República sus competencias constitucionales (arts. 371 a 373). En el evento de adoptarse los controles, el inversionista podrá iniciar la reclamación hasta después de un año de los eventos que ocasionaron la reclamación, la que no aplica en determinados casos<sup>158</sup>, para solicitar la indemnización de perjuicios y excluirán el lucro cesante o las pérdidas de oportunidades de negocios y cualquier daño semejante consecuencial o incidental (Anexo 10-E).”*

En esa oportunidad la Corte se valió de la ponencia conjunta para primer debate en la que se discutió acerca de la preservación de la soberanía económica de Colombia y de la autonomía de la Junta Directiva del Banco de la República, así como de los análisis que sobre el tema se habían adelantado en oportunidades anteriores para declarar la constitucionalidad de las normas sobre transferencias y de regulación del ejercicio de la política monetaria y cambiaria.

En ese momento la Corte retomó las siguientes sentencias para su análisis:

La **sentencia C-358 de 1996**, analizó la norma prevista en el parágrafo 2 del artículo 7° del *“Acuerdo entre El Gobierno de La Republica de Colombia y El Gobierno Del Reino Unido de La Gran Bretaña e Irlanda del Norte por el cual se Promueven y Protegen las Inversiones”*, redactada en los siguientes términos: *“[n]o obstante lo previsto en el parágrafo (1) de este Artículo, en circunstancias de dificultades excepcionales de balanza de pagos cada Parte Contratante tendrá derecho, **por un período limitado de tiempo**, a ejercer en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe, los poderes conferidos por sus leyes y procedimientos para limitar la libre transferencia de las inversiones y rendimientos”*. La Corte señaló que:

*“En el artículo 7° del Tratado sometido a la revisión de la Corte se garantiza la transferencia irrestricta de las inversiones y sus rendimientos. Estas transferencias deberán efectuarse sin demoras, en la moneda convertible en que el capital fue originalmente invertido y a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia. El inciso 2° del artículo 7° establece que, en circunstancias de dificultades excepcionales en la balanza de pagos, cada uno de los Estados Parte tendrá derecho a ejercer, **por un período limitado de tiempo** y en forma no discriminatoria y de buena fe, las facultades conferidas por su legislación interna para limitar la libre transferencia de las inversiones y sus rendimientos.*

<sup>158</sup> Anexo 10-E: (c) El subpárrafo (a) no se aplicará a reclamos que surjan como consecuencia de restricciones a: (a) pagos o transferencias de transacciones corrientes; (ii) pagos o transferencias asociados con inversiones en el capital de sociedades; o (iii) pagos provenientes de préstamos o bonos, siempre que tales pagos sean efectuados de acuerdo a los términos y condiciones del acuerdo de préstamo o de la emisión de bonos.

*Para la Corte, las disposiciones contenidas en el artículo citado se ajustan a los preceptos de la Carta Política.*

*En efecto, no se encuentra que esta norma interfiera con las facultades de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. La previsión contenida en el inciso 2° del precepto deja a salvo la necesaria discrecionalidad con que debe contar la Junta Directiva del Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país”.*

Igualmente, citó la **sentencia C-294 de 2002** que en el examen del artículo 3° del protocolo del “Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”, según el cual: “[n]inguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte Contratante adopte o mantenga medidas que restrinjan las transferencias cuando la Parte afronte dificultades serias en su balanza de pagos, o amenaza de las mismas, siempre que las restricciones sean compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, sus anexos y enmiendas ratificados por cada parte” estableció:

**“Artículo V “libre transferencia”**

(...)

*Esta disposición se ajusta al ordenamiento superior colombiano puesto que en ella se establece que tales operaciones se deben efectuar de acuerdo con la legislación interna de cada país, en este caso, de las normas que regulan el comercio exterior y el mercado cambiario. No obstante, hay que tener en cuenta que como “la inversión extranjera y la transferencia de capitales al exterior son operaciones típicas del mercado cambiario, es necesario que la Corte verifique si el presente tratado no desconoce las competencias que, por mandato de la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de las reservas internacionales: Al tenor del artículo 189-2 de la Constitución, al Jefe del Estado le corresponde dirigir las relaciones internacionales mediante la celebración de tratados o convenios con otros Estados. Dicha función, sin embargo, no puede comprometer la competencia exclusiva, también de orden constitucional, que el artículo 372 del mismo ordenamiento y la Ley Marco correspondiente (Ley 9 de 1991) le otorga a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de regulación de cambios y reservas internacionales. Para la Corte el tratado respeta esas competencias del banco central pues le otorga a las partes la posibilidad de restringir temporalmente la repatriación de dineros relacionados con las inversiones protegidas por el Tratado, cuando existan dificultades graves de la balanza de pagos, con lo cual se respeta la discrecionalidad con que cuenta la Junta del Banco Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país.”*  
(Subrayado ajeno al texto original)

La **sentencia C-309 de 2007**, analizó el numeral 4° del artículo 6° del “Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones”, según el cual: “[n]o obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo, en circunstancias de desequilibrios macroeconómicos que afecten seriamente a la balanza de pagos o amenaza de que puedan afectarla, las Partes **Contratantes podrán restringir temporalmente las transferencias**, siempre que tales restricciones sean compatibles o se expidan de conformidad con los acuerdos del FMI o se apliquen a petición de este y se establezcan de forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe”. Al respecto, sostuvo:

*“La norma regula, como se dijo, las transferencias requeridas para la inversión, es decir, los pagos necesarios para la realización de la inversión. La norma cita, a título de ejemplo, algunos de ellos. La disposición pretende agilizar la realización de dichas transferencias, lo cual no contraría ninguna disposición de la Carta, pero en aras de no obstaculizar el escenario institucional del país en que se deposita la inversión, hace la salvedad de que las transferencias podrán demorarse o suspenderse cuando una medida de esta naturaleza se haga con el fin de proteger derechos de acreedores o para garantizar la imposición de sanciones procedentes de autoridades administrativas o jurisdiccionales.*

*Ahora bien, en tanto que, como lo ha dicho la Corte, las transferencias a que hace referencia el Acuerdo suscrito constituyen típicas operaciones cambiarias, la Corte reitera las consideraciones previamente hechas por el Tribunal en el sentido de que la aplicación del convenio aquí estudiado no implica la reducción de ninguna de las potestades que la Constitución Política y la ley confieren al Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de reservas internacionales (art. 372 C.P. y Ley Marco 9 de 1991)”. (Subrayado ajeno al texto original)*

108.- Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala encuentra que el Estado Colombiano ha suscrito y ratificado diferentes tratados en materia económica y comercial, en los que se han incluido compromisos para garantizar la libertad de las transferencias de los capitales por parte de los inversionistas, las cuales no contravienen principios superiores, en la medida en que se preserva la Soberanía del Estado y la facultad de retrasar dichas transferencias cuando medien propósitos legítimos, tales como los incluidos en el numeral 3° del artículo 12.12.

Así las cosas, autoridades como la Junta Directiva del Banco de la República, mantienen sus competencias para establecer medidas relacionadas con movimientos de capitales y transferencias. Adicionalmente, se demuestra que dichos acuerdos han sido declarados exequibles por esta Corporación, por considerarlos ajustados al texto constitucional.

Con lo anterior se demuestra que la tendencia invariable de este Tribunal sobre la materia objeto de estudio en el presente acápite, ha sido declarar la exequibilidad de medidas relacionadas con transferencia y movimientos de

capital, como provisiones usuales y necesarias en este tipo de acuerdos comerciales.

109.- En consideración a los argumentos anteriormente expuestos, esta Sala encuentra que las disposiciones del presente Capítulo y los anexos que lo conforman, se ajustan a la Constitución Política y en consecuencia se declarará su **EXEQUIBILIDAD**.

### **Capítulo trece. Comercio Transfronterizo de Servicios**

110.- El capítulo establece como ámbito de aplicación las medidas de una parte que afecten el comercio de servicios suministrado por proveedores de la otra parte, lo que incluye disposiciones relacionadas la producción, distribución, comercialización, venta, y suministro de servicios.

El Tratado excluye de forma expresa los servicios aéreos y lo relacionado con su prestación, a excepción de: (i) los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves, mientras estén fuera de servicio; (ii) la venta y comercialización de los servicios de transporte aéreo; (iii) los servicios relacionados con los sistemas de reserva informatizados; (iv) la contratación pública; (v) los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, (vi) los servicios suministrados en el ejercicio facultades gubernamentales; (vii) y los servicios financieros, salvo lo consagrado en el Capítulo 14 del Convenio.

Además de las anteriores exclusiones, el Acuerdo dispone que no tendrán la calidad de servicios: la extracción de recursos naturales, la generación de electricidad, el refinamiento de petróleo crudo y sus derivados, la caza y la pesca.

Se reitera la aplicación de los principios de trato nacional y de la nación más favorecida, a los proveedores de servicios de cada uno de los Estados. En el mismo sentido, se prohíben límites relacionados con el número de proveedores de servicios, valor total de las transacciones o activos de servicios, número total de operaciones y de personas naturales que pueden ser empleadas, o aquellas que prescriban los tipos específicos de persona jurídica a través de los que se debe suministrar un servicio.

Por otra parte, en virtud del principio de transparencia, se establece la obligación de implementar o mantener los mecanismos idóneos para responder las consultas sobre comercio trasfronterizo. Cada Parte se compromete a dar un plazo razonable entre la publicación de regulaciones definitivas sobre algún tema relacionado con la materia objeto del presente capítulo.

Adicionalmente, el Tratado consagra el deber de que cada uno de los Estados de implementar procedimientos administrativos y judiciales que permitan la revisión de decisiones administrativas que afecten el comercio de servicios de un proveedor de la otra Parte.

Para el cumplimiento de las regulaciones establecidas por uno de los Estados, éste podrá reconocer la educación o experiencia obtenida, los requisitos cumplidos, licencias o certificados otorgados en un determinado país, bien mediante un acuerdo con ese país o de forma autónoma. Ese reconocimiento frente a otro país, no implica que, de conformidad con el artículo 13.4, se deban reconocer tales elementos entre las partes de este acuerdo, pero sí obliga a que se brinden las oportunidades adecuadas para que la otra parte se adhiera al acuerdo de reconocimiento.

Cada parte permitirá que todos los pagos y transferencias en el marco del comercio de servicios se efectúen manera libre y sin demora por las partes desde y hacia sus territorios, en moneda de libre circulación al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transacción. Esa libertad se puede restringir, impidiéndose o retrasándose la transferencia o pago por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de normas relacionadas con la protección de los acreedores, comercio de capitales, colaboración con autoridades reguladoras en asuntos financieros, infracciones penales y el cumplimiento de órdenes, fallos judiciales o administrativos.

El anexo 13-A regula los servicios profesionales, particularmente del desarrollo de estándares y criterios mutuamente aceptables para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales de la otra parte, los cuales pueden referirse a educación, exámenes, experiencia, conducta y ética, desarrollo profesional entre otros.

111.- La **sentencia C-750 de 2008** se refirió a las excepciones que suelen incluirse y las consideraciones particulares que merece la regulación del comercio de servicios, y aseveró que:

*“contrario a lo que ocurre con el comercio de mercancías, los principios de trato nacional y trato de Nación más favorecida no pueden trasladarse mutatis mutandis al comercio de servicios dadas las particularidades que ofrece este último. Recuérdese que el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios GATS de la OMC, prevé en la Parte II, sobre obligaciones y disciplinas generales, más concretamente en el artículo II, el principio de trato de la Nación más favorecida pero dejando la posibilidad de mantener una medida incompatible con dicho principio siempre que se contenga en el Anexo sobre exenciones de las obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo. Además, señala que las disposiciones del Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un miembro conceda ventajas a países adyacentes para facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.”*

La **sentencia C-031 de 2009**, también analizó las particularidades en la regulación del comercio de servicios y, valiéndose de la doctrina especializada señaló que la regulación de esa materia en el ámbito internacional ha sido más lenta por cuanto:

*“(i) en ocasiones se traslada el prestador del servicio, quien lo recibe o el servicio mismo (vgr. servicios de televisión o telecomunicaciones); (ii) el comercio de servicios presupone avances tecnológicos, así como la capacidad de movilizar capitales de inversión importantes; (iii) la rentabilidad financiera puede ser débil o altamente aleatoria; y (iv) los Estados consideran que, por razones de seguridad nacional, determinados servicios no pueden ser prestados por extranjeros. De hecho, en las primeras regulaciones del GATT no se aludía a la libre circulación de servicios. Fue necesario esperar al Acuerdo de Marrakech de 1994 para que se suscribiera, en el seno de la OMC, un Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), sin que sea dable sostener que la liberalización de los mismos haya alcanzado los niveles logrados en materia de mercancías”*

Atendiendo esas poderosas razones que imponen una regulación más cuidadosa y ponderada de las concesiones en el marco de acuerdos como el que se estudia, teniendo en cuenta los intereses que se involucran, la presencia y relaciones de largo aliento que suelen mantenerse con los prestadores de servicios y el interés general, la Corte ha considerado que las medidas que promuevan este tipo de comercio son compatibles con la Carta, siempre que respeten *“las facultades atribuidas a los órganos de control, inspección y vigilancia, e igualmente, no afecten la facultad de que dispone el Estado para reservarse la prestación de determinados servicios, en tanto que actividades estratégicas, o por razones de interés social, en los términos del artículo 365 Superior”*<sup>159</sup>

155.- En atención a lo expuesto, se advierte que las disposiciones que se ocupan del comercio de servicios resultan compatibles con la Constitución, pues regulan esa actividad respetando las disposiciones internas sobre la materia que aseguran la calidad y seguridad en esas actividades, así como la defensa de los derechos de los usuarios, además de preservar el poder de regulación del Estado en ejercicio de su soberanía (art. 9 CP). De acuerdo con lo anterior se declarará **EXEQUIBLE** el capítulo trece.

### **Capítulo Catorce. Servicios financieros**

112.- El capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una parte relacionadas con instituciones financieras, inversionistas de la otra parte, e inversiones de estos inversionistas en instituciones financieras en el territorio de la parte y el comercio transfronterizo de servicios financieros.

Se excluyen de la regulación del capítulo las medidas relacionadas con actividades o servicios que formen parte de un plan de jubilación público o un sistema legal de seguridad social, o actividades o servicios realizados por cuenta o con garantía de la Parte con recursos financieros públicos.

---

<sup>159</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

El acápite establece compromisos de trato respecto de los servicios financieros regidos bajo los principios de “trato nacional” y “trato de nación más favorecida”.

En la previsión de “trato nacional”, las partes se comprometen a otorgar a los inversionistas de la otra parte, a las instituciones financieras y a las inversiones de los inversionistas de la otra parte, un trato no menos favorable que el otorgado, en similares circunstancias, a sus propios inversionistas con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta de instituciones financieras.

Bajo el principio del “trato de nación más favorecida”, las partes otorgarán a los inversionistas, a las instituciones financieras y a las inversiones de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue a los mismos sujetos de un país que no sea parte.

Se autoriza el reconocimiento unilateral de **medidas prudenciales** de un país que no sea parte, mediante la armonización de actuaciones o con base en un acuerdo. Otorgadas dichas medidas prudenciales, la parte otorgante brindará a la otra oportunidades para demostrar que existen circunstancias en las hay regulación equivalente y que es posible negociar la adhesión al convenio o acuerdo, o negociar un convenio o acuerdo comparable.

El artículo 14.4 prevé el derecho de establecimiento de instituciones financieras “sin la imposición de restricciones numéricas<sup>160</sup> o requisitos de tipos específicos de forma jurídica” lo que no excluye la imposición de términos, condiciones u otros requisitos en relación con el establecimiento de un tipo particular de entidad elegida por un inversionista de otra parte. También se incluye la posibilidad de adquirir entidades existentes.

Dentro de las facultades que conservan las partes, se encuentra la de prohibir una actividad o servicio financiero específico, la cual no se puede extender a todos los servicios financieros o a un subsector completo de dichos servicios.

Las partes permitirán bajo los términos derivados del trato nacional que los proveedores transfronterizos de servicios financieros de la otra parte suministren los servicios establecidos en el Anexo 14-A. Las partes no prohibirán a sus nacionales y a las personas localizadas en su territorio comprar servicios financieros de proveedores transfronterizos de la otra parte localizados en el territorio de la parte, lo que no obliga a permitir que esos proveedores hagan negocios o se anuncien en el territorio. También se comprometen a permitir el suministro de cualquier nuevo servicio financiero, lo que no excluye determinar la forma jurídica e institucional a través de la que puede prestarse ese servicio.

---

<sup>160</sup> **Artículo 14.4., numeral 5** “Para efectos del presente artículo, restricciones numéricas significa limitaciones impuestas ya sea sobre la base una subdivisión regional o sobre la totalidad del territorio de una parte, en el número de instituciones financieras, ya sea en la forma de contingentes numéricos, monopolios, proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidad económicos”

El artículo 14.7 establece medidas sobre el manejo de la información, de acuerdo con la cual ninguna parte está obligada a divulgar o permitir el acceso a datos sobre los negocios financieros y cuentas de clientes individuales de instituciones financieras o de proveedores transfronterizos de servicios, y, en general, de información confidencial.

El capítulo prevé medidas disconformes y las excepciones a los compromisos sobre servicios financieros, particularmente permite medidas por motivos prudenciales, tales como la protección de inversionistas y de los participantes del mercado financiero, así como las disposiciones no discriminatorias, de carácter general, adoptadas por cualquier autoridad pública en cumplimiento de políticas monetarias, de crédito, conexas o cambiarias.

Las partes conservan la potestad de impedir o limitar las transferencias de una institución financiera o de un proveedor transfronterizo de servicios a través de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe medidas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad y responsabilidad de las instituciones financieras.

Las regulaciones y políticas que se ocupen de las actividades financieras se regirán por el principio de transparencia que implica, en la medida de lo posible, la publicación anticipada de las regulaciones sobre la materia, el otorgamiento de una oportunidad para hacer comentarios sobre la regulación y la respuesta oportuna -120 días- sobre la solicitud de un inversionista.

La normativa establece el comité de servicios financieros, integrado por representantes de cada parte y prevé consultas respecto a cualquier asunto relacionado con el acuerdo. También se incluyen mecanismos de solución de las controversias que surjan respecto a la aplicación del capítulo, las cuales siguen las disposiciones generales del capítulo 18 con previsiones concretas sobre los conocimientos que deben tener los panelistas de servicios financieros y las opciones con las que cuenta la parte afectada cuando un panel considere que una medida adoptada por la otra parte es incompatible con el Acuerdo.

Adicionalmente, incluye requisitos específicos respecto de las controversias que surjan en materia de inversión en servicios financieros, particularmente la remisión del asunto por parte del tribunal al comité de servicios financieros para que emita una decisión o informe. Asimismo, el comité es el competente para analizar si las excepciones previstas en el artículo 14.10 son una defensa válida contra el reclamo del inversionista, decisión que es vinculante para el tribunal.

Finalmente, se refieren las definiciones para el entendimiento del capítulo. El **Anexo 14-A** establece precisiones sobre el comercio transfronterizo de servicios financieros para cada una de las partes. El **Anexo 14-B** indica las

autoridades de las partes que serán responsables de los servicios financieros y el **Anexo 14-C** el entendimiento y los compromisos de las partes sobre la integración de mercados de valores.



113.- Las disposiciones previstas en el capítulo 14 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y Costa Rica, están encaminadas a lograr una apertura en materia de servicios financieros para los inversionistas de las partes contratantes, a través de medidas no discriminatorias, las cuales no infringen de la Carta Política.

En efecto, los compromisos adquiridos por las partes en el acápite que se estudia preservan las competencias del Estado colombiano y de las entidades gubernamentales para adoptar las acciones y medidas que estimen necesarias en aras de la preservación de la estabilidad financiera y salvaguardar los intereses superiores.

114.- Respecto a la regulación de servicios financieros que suele incluirse en este tipo de tratados, la Corte se ha pronunciado en otras oportunidades, en las que ha verificado que las mismas no transgredan las competencias constitucionales asignadas a las autoridades nacionales en esas materias.

Por ejemplo, la **sentencia C-608 de 2010**<sup>161</sup>, que estudió el capítulo que reguló los servicios financieros en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá, indicó que:

*“(...) que el Capítulo 11 del TLC no vulnera la Constitución, por cuanto, de manera alguna le impide al Estado ejercer sus facultades de inspección y vigilancia en el sector financiero, de conformidad con los artículos 333 y 334 Superiores.”*

De otra parte, la **sentencia C-750 de 2008** analizó las previsiones sobre servicios financieros incluidas en el Tratado de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América e indicó que esas disposiciones:

*“(...) fueron adoptadas conforme a la Constitución, pues, se promueve la internacionalización de las relaciones comerciales (arts. 9, 226 y 227 de la Constitución); otorga trato nacional y se incorpora el principio de Nación más favorecida (art. 100 superior); protege la autonomía de las entidades territoriales en materia de exenciones y tratamientos preferenciales en materia tributaria (art. 294 superior); promueve la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libre competencia en materia de prestación y suministro de servicios financieros, y se mantiene incólume la potestad del Estado de intervenir en la economía por mandato de la ley (arts. 333 y 334 de la Constitución); mantiene la obligación de obtener, conforme a la ley, la previa autorización del Estado para ejercer actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (art. 150, numeral 19, literal a) y art. 335 de la Constitución); mantiene incólume la potestad del Estado de regular la forma de intervención del Gobierno en esas materias (art.*

<sup>161</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

*189, numerales 24 y 25, y artículo 335); y respeta la autonomía del Banco de la República y de su Junta Directiva en el manejo de la política monetaria, cambiaria y crediticia (art. 371 superior).”*

Los compromisos establecidos entre Colombia y Costa Rica para la provisión de servicios financieros se erigen en medidas que promueven la internacionalización de las relaciones en materia financiera y la integración económica con otros países, sin que se abandone la regulación de las actividades financiera, bursátil y aseguradora en cabeza del Estado ni se desconozca el interés público que subyace a esas actividades de acuerdo con el artículo 335 Superior.

115.- La compatibilidad de la regulación del capítulo con la Constitución se desprende de las medidas de conservación de las competencias públicas que se advierten a lo largo del acápite, tales como las medidas disconformes, las excepciones, la potestad de prohibir actividades financieras concretas y la prevalencia de las decisiones del comité para la determinación de la configuración de las excepciones, las cuales están relacionadas con la protección de la inversión, del mercado nacional y de la estabilidad macroeconómica.

También se preserva la competencia para el diseño e imposición de la regulación de la actividad financiera, lo que significa que los compromisos no tienen la virtualidad de transgredir la legislación interna. Por estas razones el capítulo será declarado **EXEQUIBLE**.

## **Capítulo 15. Telecomunicaciones**

116.- El capítulo comienza con la fijación de su ámbito aplicación que incluye las medidas sobre acceso y proveedores de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones. Se exceptúan de la regulación del acápite, las medidas relacionadas con la radiodifusión o distribución por cable de programación de radio o televisión, así como las reservas concretas de cada parte previstas en los Anexos I y II.

Se precisa que las disposiciones no comportan una obligación en el sentido de: (i) exigir a una parte que autorice a una empresa de la otra parte que establezca, construya, adquiera, opere, arriende o suministre redes o servicios de telecomunicaciones; (ii) exigir las mismas actividades respecto de redes o servicios de telecomunicaciones no ofrecidos al público o, (iii) impedir que una parte prohíba a personas que operen redes privadas el uso de sus redes para suministrar telecomunicaciones a otras personas.

El artículo 15.2 establece la obligación de garantizar que las empresas de la otra parte tengan acceso y puedan hacer uso de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones en términos y condiciones no discriminatorias, lo que incluye la posibilidad de comprar, arrendar, conectar terminales a otros equipos que hagan interfaz con la red pública, proveer servicios a usuarios a través de circuitos propios o arrendados, conectar circuitos propios o arrendados con las redes y servicios públicos de transporte de

telecomunicaciones, realizar funciones de conmutación, señalización y procesamiento y usar protocolos de operación.

Se garantizará el uso de las redes públicas y de servicios por las empresas de la otra parte para transmitir información en su territorio o a través de sus fronteras y para acceder a la información contenida en bases de datos, preservándose la facultad de adoptar medidas que garanticen la seguridad y confidencialidad, lo que excluye, en términos generales, condiciones a ese acceso salvo que procuren salvaguardar la responsabilidad de los proveedores de redes y proteger la integridad técnica.

Las partes garantizan el acceso efectivo a las redes y, por ende, se excluyen las condiciones distintas a las necesarias para: (i) salvaguardar las responsabilidades del servicio público de los proveedores de las redes o servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) proteger la integridad técnica de las redes o servicios públicos de telecomunicaciones, y (iii) garantizar que los proveedores de servicios de la otra Parte, no suministren servicios que se encuentren limitados por las reservas de los Anexos I y II.

Se preserva la facultad para implementar medidas que eviten que proveedores, en forma individual o conjunta, empleen prácticas anticompetitivas.

En cuanto a los grandes proveedores de redes y servicios, es decir aquellos que tienen la capacidad de afectar efectivamente las condiciones de participación en el mercado, se establecen unas obligaciones adicionales que aluden al trato de los proveedores de la otra parte en aspectos como disponibilidad, suministro, tarifas, entre otros.

Las garantías también incluyen que se proporcione interconexión en cualquier punto técnicamente factible bajo el principio de no discriminación, transparencia y razonabilidad, los que también se exigen en las reventas de redes y servicios públicos de telecomunicaciones y en el acceso a los elementos de la red.

En materia de regulación de telecomunicaciones, las partes se comprometen a contar con un organismo regulador independiente y la definición del tipo de obligaciones de servicio universal por las que se opte.

En relación con las controversias sobre telecomunicaciones se garantiza a las empresas de la otra parte el acceso al organismo de telecomunicaciones para resolver las disputas que surjan sobre las medidas referidas, se contempla la reconsideración de decisiones de carácter particular, y la revisión judicial de las medidas de dicho organismo, posibilidad que no exonera al inconforme del cumplimiento de las regulaciones correspondientes.

117.- Sobre este tipo de medidas “[l]a Corte ha denotado que el sector de las telecomunicaciones dado el avance tecnológico y científico que representa en el mundo contemporáneo y su incidencia cada vez mayor en la vida de los pueblos, no puede estar excluido de los acuerdos de integración económica

entre los Estados”<sup>162</sup>, razón por la que en el estudio de algunos convenios comerciales suscritos por Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esas regulaciones precisando que se:

*“deberán aplicar de conformidad con la Constitución, en el sentido de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y se debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Así como que mediante ley, el Gobierno puede decidir reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, con previa y plena indemnización a las personas que queden privadas del ejercicio de tal actividad (art. 365)”*<sup>163</sup>

Los análisis de la Corte sobre estas materias han enfatizado en la naturaleza jurídica del espectro electromagnético<sup>164</sup> como *“un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, que forma parte del territorio colombiano. Y que, la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio (arts. 75, 76, 77 y 101)”*

Y ha concluido que un acápite destinado a liberalizar el sector de las telecomunicaciones:

*“resulta compatible con la Constitución, al establecer un marco normativo que busca garantizar el acceso y uso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones en el territorio de las Partes, las obligaciones de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones y el suministro de los servicios de información, así como la publicación para información al público de las regulaciones en materia de telecomunicaciones, para que puedan hacer comentarios, garantizándose de ésta manera una forma de participación de los usuarios en las decisiones que les afectan”*<sup>165</sup>.

118.- Las medidas contempladas en este tratado, destinadas a la regulación de las telecomunicaciones que establecen garantías mínimas para el acceso no discriminatorio a las redes, son compatibles con las previsiones de la Carta en torno al espectro electromagnético, como lo dispone el artículo 75 *“en el que se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los*

<sup>162</sup> Sentencia C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas.

<sup>163</sup> Ib.

<sup>164</sup> *“el espectro electromagnético es el fenómeno físico de desplazamiento de las ondas hertzianas en el espacio aéreo del Estado. Las ondas hertzianas son las ondulaciones que permiten la transmisión de la voz y de la imagen. El espectro permite la transmisión de la información a corta o larga distancia, y comprende, “desde la bajísima frecuencia aproximadamente 10 a 100 Hertzios, que corresponde a los campos generados por las actividades de generación y transmisión de electricidad, hasta frecuencias mayores a los 10 Hertzios que corresponden a la radiación de los rayos cósmicos”.* Corte Constitucional Sentencia C-1153 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>165</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

*términos que fije la ley” y dispone que “[p]ara garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.*

Sin perder de vista la importancia de las telecomunicaciones y las obligaciones del Estado en torno a la prestación de los servicios públicos y la relevancia de los bienes jurídicos involucrados en esa actividad, las disposiciones contractuales del capítulo no riñen con los postulados de la Constitución Política, razón por la que se declararán **EXEQUIBLES**.

### **Capítulo dieciséis. Comercio electrónico**

119.- Este capítulo refleja la percepción de los Estados del crecimiento económico, las oportunidades que el comercio electrónico genera y la importancia de la aplicación de las normas de la OMC sobre esta forma de negociación. Asimismo, resalta la importancia de evitar la imposición de barreras innecesarias para el desarrollo del comercio por medios electrónicos, por consiguiente, las partes se comprometen a no aplicar derechos de aduana, tasas o cargos sobre o con relación a la importación o exportación de productos por medios electrónicos, pero se autorizan cargas internas consistentes con el acuerdo.

Establece la obligación de adoptar todas las medidas que aseguren la protección de los consumidores del comercio electrónico, lo que incluye la preservación de datos personales y la protección frente a prácticas comerciales fraudulentas y engañosas.

Finalmente, establece una obligación de cooperación entre las Partes, en temas relacionados con comercio electrónico, la cual se materializará con el establecimiento de mecanismos que se ocupen de temas relevantes que incluyan la agilidad en los intercambios y la protección de los usuarios.

La Corte ha reconocido la importancia del comercio electrónico y la necesidad de emprender acciones para su eficacia y promoción en los siguientes términos:

*“el papel trascendental que cumple el comercio electrónico en la internacionalización de las relaciones económicas. Colombia ha dado pasos importantes en este campo que van desde la Ley 527 de 1999, que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, comercio electrónico y firmas digitales, y establece entidades de certificación, constituyendo un avance significativo hacia (sic?) los estándares mundiales de la información”<sup>166</sup>*

De manera análoga, la Corte ha resaltado que:

---

<sup>166</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008.

*“el impacto de los medios tecnológicos en la liberalización de la economía es innegable y su valor en la ampliación y masificación de los mercados, un hecho. En la sentencia C-662 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz) la Corte señaló precisamente que la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil CNUDMI, promovió la gestación de un proyecto de ley tipo en materia de comercio electrónico, bajo el convencimiento de que conceder seguridad jurídica al uso de mensajes de datos y del correo electrónico para el comercio, daría como resultado una expansión en los mercados, dadas las enormes ventajas comparativas que la rapidez de ese medio ofrece para los comerciantes y los usuarios de bienes y servicios”<sup>167</sup>*

120.- En esta oportunidad, la Corte considera que, tal y como ha estimado en anteriores oportunidades, las medidas sobre el comercio electrónico, cada vez más extendido, son necesarias y deben centrarse de forma particular en la protección de los usuarios (art. 15 CP), de suerte que las previsiones en torno a esa actividad y las medidas de resguardo no infringen preceptos superiores, lo que conlleva a declarar **EXEQUIBILIDAD** del presente capítulo.

### **Capítulo diecisiete. Entrada temporal de personas de negocios**

121.- Como una manifestación de la relación comercial preferencial se fijan medidas que facilitan la entrada temporal de personas de negocios, nacionales de las Partes, sin que se vea afectada la seguridad de las fronteras y sin que impliquen descuidar la fuerza de trabajo nacional y el empleo permanente en los respectivos territorios. Se excluyen de la aplicación del capítulo las medidas que afecten a personas naturales que busquen acceso laboral al mercado del otro Estado y las relacionadas con ciudadanía, nacionalidad, residencia permanente o empleo permanente.

De acuerdo con lo anterior, las partes autorizarán la entrada temporal a las personas de negocios que cumplan con las medidas migratorias aplicables<sup>168</sup> y que presenten pruebas de la nacionalidad de la otra parte, indiquen que emprenderán actividades de negocios, describan el propósito de su entrada y aporten elementos sobre el carácter internacional de la actividad que van a realizar. Para la efectividad de estas disposiciones, las partes se comprometen a proporcionar la información relevante la entrada temporal de personas de negocios y la legislación nacional aplicable sobre el tema y se establecen mecanismos de cooperación para fortalecer la capacidad institucional y promover la asistencia técnica entre las autoridades migratorias.

Por otra parte, el acuerdo crea un Comité de Entrada Temporal de Personas de Negocios, el cual estará conformado de acuerdo con lo establecido en el Anexo 17-D del presente capítulo. Sus funciones principales serán revisar la implementación del presente aparte del Tratado y establecer los

<sup>167</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 2009.

<sup>168</sup> Expuestas en el Anexo 17-A.

procedimientos para el intercambio de información relacionada con la entrada temporal de personas de negocios.

El Acuerdo fija las hipótesis en las que la infracción del capítulo permite activar los mecanismos de solución de controversias: a) cuando la negativa de autorización de entrada involucre una práctica recurrente y b) cuando la persona de negocios haya agotado los recursos administrativos disponibles, lo que se entenderá si la autoridad administrativa competente no emite una resolución definitiva en el plazo de un año.

Asimismo, el Convenio establece la transparencia como principio rector, lo que se materializa en que cada Parte debe implementar y mantener los mecanismos adecuados para responder a las consultas de las personas interesadas en la aplicación del presente capítulo.

El Anexo 17-A consagra la normatividad aplicable en la legislación interna sobre medidas migratorias en cada una de las Partes. Asimismo, el Anexo 17-B establece quienes se entienden como **personas de negocios** para la aplicación del presente Tratado, a saber: (i) visitante de negocios; (ii) comerciantes e inversionistas; (iii) y aquellas que han sido transferidas por su misma empresa. Finalmente, el Anexo 17-C consagra los plazos por los que las personas de negocios pueden permanecer en el territorio de la otra parte, los cuales oscilan entre 90 días y 2 años.

122.- Las medidas que buscan flexibilizar los trámites de ingreso para personas de negocios al país en el marco de acuerdos de liberalización económica han superado el análisis de exequibilidad en ocasiones previas. La sentencia **C-031 de 2009** dijo lo siguiente:

*“La Corte considera que el Capítulo XI se ajusta a la Constitución por cuanto al regular la entrada temporal de personas de negocios, dedicadas a actividades relacionadas con el comercio de bienes, servicios e inversiones, se está facilitando el cumplimiento de los compromisos asumidos por ambos países. Se trata, en consecuencia, de flexibilizar el régimen migratorio, a fin de que los actores del mercado puedan realizar más fácilmente sus labores comerciales”*

En ese mismo sentido la **sentencia C-446 de 2009** consideró que el desarrollo sobre ese tema en el tratado de libre comercio que Colombia celebró con El Salvador, Guatemala y Honduras: *“se ajusta a la Constitución por cuanto al regular la entrada temporal de personas de negocios y asegurar su flujo ordenado, asegura el cumplimiento de los objetivos constitucionales de integración latinoamericana (C.P. art. 226 y 227) sobre bases de reciprocidad, sin desconocer la soberanía nacional y las potestades migratorias de los Estados (C.P. art. 1, 2 y 9)”*

123.- Las disposiciones que se ocupan de la entrada temporal de personas de negocios de los nacionales colombianos y costarricenses, contribuyen al aumento del comercio entre las partes, permiten una mayor aproximación de

los proveedores y adquirentes de productos y servicios y la constatación de los procesos productivos que pueden impactar o determinar un mayor número de transacciones comerciales. Esas disposiciones no parecen desproporcionadas ni peligrosas para la seguridad y soberanía nacional, pues preservan la facultad en cabeza de las autoridades colombianas en cuanto a la determinación de las políticas sobre la entrada de nacionales costarricenses al país, así como el establecimiento del cumplimiento de los requisitos impuestos sobre esos temas particulares.

Las medidas de flexibilización de ingreso y permanencia de personas en el territorio están íntimamente ligadas con el comercio, los periodos de permanencia contemplados son breves, aspecto sobre el que también se advierte reciprocidad, ya que los plazos establecidos por Colombia y Costa Rica, de acuerdo con la categoría de visitantes, son idénticos.

En consecuencia la Corte declarará **EXEQUIBLE** el capítulo diecisiete.

### **Capítulo dieciocho. Solución de controversias**

124.- El Tratado establece que el presente capítulo es aplicable para resolver las controversias que surjan cuando una de las Partes considere que: (i) una medida del otro Estado es incompatible con las disposiciones del Convenio; (ii) la otra Parte ha incumplido con alguna obligación del Tratado; y (iii) <sup>169</sup> cuando un beneficio que la Parte razonablemente pudiera haber esperado recibir en aplicación el Capítulo 2 (Acceso a Mercados de Mercancías), 3 (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen), 10 (Contratación Pública), o 14 (Comercio Transfronterizo de Servicios), sea anulado o menoscabado como resultado de una medida del otro Estado.

El Tratado establece que los Estados pueden solicitar por escrito la realización de una consulta respecto su funcionamiento. En dicho escrito, la Parte deberá explicar las razones de su solicitud y los fundamentos jurídicos de su reclamación. La consulta debe resolverse en un plazo máximo de 30 días contados a partir de la recepción de la solicitud, salvo que de común acuerdo se fije otro plazo.

Por otra parte, el Convenio incluye la posibilidad de que las Partes puedan acudir a los procedimientos que involucren buenos oficios, conciliación y mediación, los cuales podrán comenzar y terminar en cualquier momento. Dichos trámites serán confidenciales, sin perjuicio de los derechos de las Partes en otros procesos.

En caso de que no se llegue a un acuerdo con alguno de los métodos anteriormente descritos, el Estado reclamante puede solicitar el establecimiento de un Panel que será conformado bajo los siguientes criterios: (i) se integrará por 3 miembros; (ii) cada Parte designará un panelista dentro de los 15 días siguientes al recibo de la solicitud del establecimiento del Panel,

---

<sup>169</sup> Establecido en el Anexo 18-A.



y en caso de que alguna de las Partes no lo nombre, éste será escogido por la otra Parte dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo para la designación; y (iii) el tercer panelista que será el presidente del Panel, debe ser elegido por las dos Partes, sin embargo, si no llegan a un acuerdo sobre su elección dentro de los 30 días siguientes de la recepción de la solicitud del establecimiento del Panel, será elegido por sorteo de una lista de candidatos que deben presentar los dos Estados.

El Tratado dispone las siguientes reglas de procedimiento por las que se debe regir el Panel: (i) derecho a, por lo menos, una audiencia pública de las Partes ante el Panel; (ii) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de réplica; (iii) confidencialidad de las audiencias y documentos presentados ante el Panel, (iv) protección de la información que las Partes consideren confidencial; y (v) posibilidad de utilizar medios electrónicos.

Además, el Convenio establece que 90 días después de la selección del presidente, el Panel debe entregar un informe a las Partes en que se presentará la resolución de la controversia propuesta por el Estado reclamante. En el Acuerdo se da la posibilidad de que las Partes presenten observaciones al contenido del informe para que el Panel pueda modificarlo si lo considera pertinente.

El Acuerdo establece que, por regla general, la decisión del Panel será eliminar la no conformidad o anular el menoscabo por el cual se haya presentado la controversia. En caso de que dicha medida no se cumpla, las Partes podrán negociar el pago de una compensación al Estado reclamante y en caso de incumplimiento la suspensión de los beneficios de efecto equivalente con respecto a la parte demandada. Dicha suspensión será temporal solo hasta que la medida que generó la controversia sea modificada y puesta de conformidad con el contenido del Tratado.

Finalmente, el capítulo consagra que las Partes pueden suspender el funcionamiento del Panel de común acuerdo, por un plazo máximo de 12 meses, ya que, pasado este tiempo, la competencia del Panel caducará.

125.- La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta clase de mecanismos de solución de controversias. En particular en la **sentencia C-864 de 2006**<sup>170</sup>, esta Corporación afirmó que dichas medidas debían garantizar el principio constitucional de imparcialidad y el derecho fundamental al debido proceso, para que se pueda considerar que se ajustan a las disposiciones de la Carta.

Más adelante, en la **sentencia C-608 de 2010**<sup>171</sup>, este Tribunal determinó que el capítulo de solución de controversias a través de mecanismos de consultas, buenos oficios, mediación y la posibilidad de conformar un panel; se ajusta a

---

<sup>170</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>171</sup> Humberto Antonio Sierra Porto.

la Constitución Política, teniendo en cuenta que dichos mecanismos desarrollan el principio de solución pacífica de las diferencias, consagrado en el Capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas. No obstante señaló que en la implementación de ese Capítulo del Acuerdo, las Partes deben garantizar el derecho al debido proceso.

Recientemente, en la **sentencia C-335 de 2014**<sup>172</sup>, que examinó la constitucionalidad de la Ley 1669 de 2013<sup>173</sup> la Corte reiteró la relación que existe entre las disposiciones de solución de controversias en acuerdos internacionales y el Capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas. Adicionalmente, indicó que los debates pueden producirse respecto de la interpretación y ejecución del Tratado y que buscan mecanismos para resolverlos, no contraría de ninguna forma la Norma Superior.

126.- Con fundamento en las reglas jurisprudenciales anteriormente expuestas, esta Corporación concluye que los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Capítulo 18 del Tratado, se ajustan a las disposiciones de la Carta Política, en especial lo relacionado con el derecho al debido proceso (artículos 29 y 31 Superiores), teniendo en cuenta que el Acuerdo establece (i) la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación o la conciliación; (ii) la forma de escoger al juez competente para resolver el conflicto, (iii) las reglas específicas para el desarrollo de cada uno de los procedimientos que se sometan ante el respectivo Panel, dentro de las que se incluye la participación de las Partes por lo menos en una audiencia y la publicidad de sus intervenciones escritas y orales; (iv) la posibilidad de presentar observaciones al informe que resuelve la controversia como una garantía del derecho a la impugnación; y (v) mecanismos para que las Partes puedan hacer efectivo el informe en caso de incumplimiento del Estado responsable de la controversia.

En concordancia con lo anterior, la Sala encuentra que las disposiciones de este Capítulo deben ser declaradas **EXEQUIBLES**.

## **Capítulo 19. Transparencia**

127.- El capítulo 19 fija diferentes medidas con el propósito de lograr la transparencia en la aplicación del tratado de libre comercio. Entre ellas se encuentran las siguientes: (i) el establecimiento de puntos de contacto para la recepción de comunicaciones, notificaciones e información entre las partes; (ii) la publicación de leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en el Acuerdo; (iii) el suministro pronto y efectivo de la información solicitada; (iv) las medidas en procedimientos administrativos, relacionadas con la comunicación a los posibles afectados con los procedimientos y el otorgamiento de oportunidades reales para el ejercicio del

<sup>172</sup> Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>173</sup> Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros.

derecho de defensa y (v) la previsión de instancias judiciales, imparciales, para la revisión de acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en el Acuerdo.

128.- En el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte ha reconocido el principio de transparencia como uno de los más comunes en los tratados de contenido económico que ha suscrito el gobierno colombiano. En efecto, la **sentencia C-864 de 2006**<sup>174</sup>, que adelantó el proceso de revisión constitucional de la Ley 1000 de 2005<sup>175</sup>, indicó que en el tratado que se estudió en esa ocasión, las partes habían sometido la aplicación de su legislación interna al principio de transparencia y que esto se encontraba ajustado a la Constitución Política debido a que dicho postulado hacía parte del Preámbulo de la Carta y armonizaba con los fines esenciales del Estado.

Posteriormente, la **sentencia C-750 de 2008**<sup>176</sup> indicó que el principio de transparencia en la celebración de acuerdos comerciales garantiza que los procedimientos que se desarrollen entre las Partes, resulten claros y nítidos y en consecuencia libres de cualquier vicio o fraude. Estos atributos se proyectan en la expedición de la normativa de cada uno de los Estados. Con fundamento en lo anterior, indicó que las disposiciones relativas al principio objeto de este capítulo.

Del mismo modo, en la **sentencia C-446 de 2009**<sup>177</sup> esta Corporación afirmó que el principio de transparencia ya se encuentra consagrado en la legislación colombiana en las normas relacionadas con los derechos al debido proceso, de petición de información y a la debida gestión administrativa. En esa ocasión, la Corte indicó que las normas que desarrollan el principio de transparencia buscan asegurar que las reglas del juego del comercio bilateral sean conocidas por todos los operadores económicos del mercado y en consecuencia se ajustan al texto constitucional.

129.- Con fundamento en las consideraciones expuestas en la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, la Sala encuentra que las disposiciones del presente Capítulo se ajustan a la Constitución Política, en particular a los artículos 23 (derecho de petición), 29 (debido proceso) y 209 (principios de la función administrativa). Efectivamente, la normativa garantiza que las Partes tengan toda la información necesaria para la ejecución de sus actividades en el desarrollo del Tratado, y la posibilidad de controvertir las decisiones administrativas de los Estados ante los tribunales competentes establecidos en su respectivo ordenamiento nacional. En consecuencia, serán declaradas **EXEQUIBLES**.

---

<sup>174</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>175</sup> Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo de complementación económica suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay, de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes de MERCOSUR y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países miembros de la Comunidad Andina y el Primer Protocolo Adicional Régimen de solución de controversias.

<sup>176</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>177</sup> M.P. Mauricio González Cuervo.

## Capítulo veinte. Administración del Acuerdo

130.- Este capítulo establece la creación de una Comisión de Libre comercio, integrada por representantes de los dos Estados, que estará encargada de velar por el cumplimiento, implementación del Tratado. Asimismo deberá: (i) supervisar la labor de los órganos confirmados en del Acuerdo y establecer sus reglas de responsabilidad; (ii) fijar las reglas de procedimiento aplicables a los mecanismos de solución de controversias, de conformidad con lo establecido en el capítulo 18 y (iii) podrá modificar el cumplimiento de los objetivos del Tratado,

131.- Este Tribunal ha reconocido que la creación de Comisiones encargadas del seguimiento y cumplimiento de los tratados, se ajusta al texto constitucional Colombiano. En particular la **sentencia C-228 de 1999**<sup>178</sup>, que se ocupó de la revisión de constitucionalidad de la Ley 456 de 1998<sup>179</sup>, declaró la exequibilidad de las disposiciones relativas a la creación de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Intercambio Comercial entre la República de Colombia y la República Argelina, por considerar que dicha entidad tenía la finalidad de vigilar y supervisar la aplicación del Acuerdo y que ello no contradecía de ninguna forma la Norma Superior.

Más adelante, en la **sentencia C-864 de 2006**<sup>180</sup> esta Corporación indicó que la creación de un grupo encargado de evaluar los compromisos adquiridos, estudiar los mecanismos para profundizar los procesos de integración y servir de instancia para la solución de conflictos, se ajustaba a la Constitución, teniendo en cuenta que su fin era consolidar la existencia de una instancia de coordinación internacional entre las Partes.

Lo anteriormente expuesto fue reiterado en la **sentencia C-446 de 2009**<sup>181</sup>, en la que la Corte consideró que este tipo de Comisiones eran acordes con la Constitución Política, teniendo en cuenta que su objetivo es buscar la implementación efectiva del tratado comercial, a través del fortalecimiento de la efectividad de las normas convencionales y el desarrollo de mecanismos de cooperación internacional para facilitar el entendimiento de las Partes.

132.- En esta oportunidad la Sala reitera su jurisprudencia, en el sentido de que la creación de la Comisión Conjunta que se estudia en este Capítulo, se ajusta a las disposiciones constitucionales de la Carta Política, especialmente los artículos 2 (la obligación del Estado de defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial) y 9 (el respeto de la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia en las relaciones internacionales del Estado). Lo anterior, debido a que dicha Comisión se conforma por miembros del Estado colombiano y busca verificar la

<sup>178</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>179</sup> Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular.

<sup>180</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>181</sup> M.P. Mauricio González Cuervo.

implementación efectiva del Acuerdo, desarrollar mecanismos de cooperación internacional y servir de instancia de resolución de conflictos entre las Partes. En consecuencia, el presente Capítulo será declarado **EXEQUIBLE**.

No obstante, la Corte reitera que cualquier modificación de objetivos del Tratado realizada por la Comisión, debe surtir el mismo trámite interino del tuvo el Convenio para su aprobación.

## **Capítulo 21. Excepciones**

133.- El acápite contempla las excepciones a los compromisos que se derivan del Acuerdo, las cuales atienden a la seguridad esencial de los Estados, las medidas ambientales necesarias para preservar la vida o la salud humana, animal o vegetal, y el régimen tributario interno.

Se permite la implementación de medidas restrictivas al comercio de mercancías y servicios, y de pagos y movimientos de capital en los eventos en los que (i) se presenten serias dificultades o amenazas de la balanza de pagos o dificultades financieras externas; o (ii) cuando, en circunstancias especiales, los pagos de transacciones corrientes y pagos y movimientos de capital, causen o amenacen causar serias dificultades en el manejo macroeconómico, en especial para el manejo de la política monetaria o política cambiaria de cualquiera de las Partes.

Las medidas referidas previamente deberán cumplir con los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo sobre la OMC y en el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional

134.- En otras oportunidades este Tribunal se ha pronunciado sobre las excepciones que incorporan los Tratados de Libre Comercio. En particular en la **sentencia C-446 de 2009**<sup>182</sup>, la Corte afirmó que tales disposiciones provienen de los artículos XX y XXI del GATT y son necesarias para evitar que los Acuerdos menoscaben las facultades soberanas de cada uno los Estados Parte de un tratado.

Con fundamento en lo anterior, se permite que las Partes puedan tomar medidas contrarias al Convenio, pero que se adoptan, con el fin de salvaguardar asuntos propios como la seguridad nacional, el medio ambiente y la salud entre otros temas. Ahora bien, en dicha providencia, esta Corporación indicó que se deben cumplir con dos condiciones para poder utilizar las excepciones: (i) que no sean discriminatorias y (ii) que no sean utilizadas como una barrera injustificada al comercio. En esa oportunidad la Corte concluyó que era perfectamente compatible con la Constitución Política, que el Acuerdo estableciera algunas excepciones en el cumplimiento de sus cláusulas contractuales.

---

<sup>182</sup> Mauricio González Cuervo.

Posteriormente en la **sentencia C-608 de 2010**<sup>183</sup> esta Corporación consideró que era constitucional que los tratados de libre comercio tuvieran un capítulo de excepciones, en la medida en que éste le permitía a los Estados preservar su competencia para adoptar medidas que consideren de interés nacional.

135.- En esta oportunidad la Sala considera que el Capítulo objeto de estudio se ajusta a la Constitución, toda vez que no se evidencia que alguna de las excepciones haya sido tomada como una medida de discriminación y se relacionan con temas de interés general de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° Superior, que establece de forma expresa la prevalencia del interés general como un elemento inherente al Estado Social de Derecho.

En consecuencia se declarará la **EXEQUIBILIDAD** de las disposiciones del presente Capítulo.

### **Capítulo veintidós. Disposiciones finales**

136.- Este Capítulo se establece que los anexos, apéndices y pies de página constituyen parte integral del Acuerdo.

Adicionalmente, indica que el presente acuerdo entrará en vigor 60 días después de la fecha en que las Partes envíen la segunda notificación, en la que informen que han cumplido con sus respectivos requisitos legales para la implementación de Acuerdo. Asimismo se dispone que cualquiera de las Partes puede denunciar Tratado, la cual surtirá efecto 180 días después de la notificación al otro Estado.

Finalmente, se establece que el Convenio objeto de estudio se puede aplicar de forma provisional de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y la Constitución Política de Colombia.

137.- En relación con este Capítulo, la Corte considera necesario resaltar lo relacionado con la posibilidad que se otorga al estado Colombiano de aplicar provisionalmente el Acuerdo, toda vez que no se evidencia alguna contradicción entre la Constitución Política y las demás disposiciones del presente acápite.

El artículo 224 de la Constitución Política establece que el Presidente de la República puede dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial, acordados dentro del ámbito de organismos internacionales.

En la **sentencia C-280 de 2014**<sup>184</sup> la Corte indicó que el criterio determinante para establecer si un tratado había sido suscrito dentro del ámbito de una organización internacional

---

<sup>183</sup> Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>184</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*“es que la negociación y suscripción del referido instrumento se encuentre comprendido dentro del objeto institucional del organismo internacional, determinado en el tratado constitutivo. Es decir, el punto de referencia es el mismo acto constitutivo del ente internacional en el que se define su objeto, los principios que orientan su estructura y funcionamiento, las reglas de orden sustantivo y de orden procedimental a la que se sujeta su actividad, así como el sistema normativo que la rige. Cuando a partir de este referente se concluye que la celebración del convenio cuya aplicación provisional se pretende, hace parte del objeto del organismo internacional, es viable, desde la perspectiva constitucional, la utilización de esta figura”.*

Por otra parte, la **sentencia C-335 de 2014**<sup>185</sup> señaló que la aplicación provisional del Acuerdo solo se puede hacer efectiva si se agotan todos los procedimientos internos, incluida la sanción de la ley aprobatoria del tratado y su declaración de constitucionalidad por este Tribunal.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en la presente sentencia, se reitera que en este momento no se puede hacer efectiva la disposición del Tratado relativa a su aplicación provisional, teniendo en cuenta que no se ha surtido la totalidad del procedimiento de revisión previa de la ley aprobatoria del mismo. No obstante, las disposiciones de este capítulo serán declaradas EXEQUIBLES, ya que no se contraponen con la Carta Política.

## Conclusiones

138.- La revisión formal de constitucionalidad del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, muestra que se cumplieron las reglas y subreglas jurisprudenciales establecidas para las fases: (i) **previa** gubernamental: que acreditó la representación válida del Estado colombiano, en la negociación, celebración y suscripción del instrumento internacional, así como su aprobación y remisión al Congreso de la República por parte del Presidente de la República. Asimismo, del contenido del Tratado no se derivó la obligación de agotar el mecanismo de consulta previa; (ii) **legislativa**: en la que se verificó el cumplimiento del procedimiento legislativo establecido para las leyes ordinarias y en especial la exigencia del anuncio previo, conforme al artículo 160 de la Constitución del quorum deliberatorio y decisorio en los debates legislativos; y (iii) posterior **gubernamental**, que consagra el deber del Presidente de la República de sancionar la ley y remitirla a la Corte Constitucional dentro de los 6 días siguientes, en cumplimiento del artículo 241.10 de la Norma Superior.

139.- Al analizar la integridad material de la Ley 1747 de 2014 *“Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de*

---

<sup>185</sup> M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, el 22 de mayo de 2013”, este Tribunal considera que es constitucional, pues se constató que el Congreso de la República, respetó la competencia fijada en el artículo 150.16 y aprobó el Acuerdo internacional sometido a su consideración por parte del Gobierno Nacional, sin introducir

modificaciones al texto del Instrumento que es objeto de estudio de constitucionalidad con respeto a las reglas sobre entrada en vigor del instrumento internacional.

140.- De la revisión material de constitucionalidad del Convenio, la Corte encuentra que:

141.- El preámbulo del tratado es constitucional pues su contenido concuerda con los valores y fines supremos del ordenamiento, además de cumplir con una importante función como guía de interpretación de las disposiciones convencionales. En consecuencia se declarará EXEQUIBLE.

142.- **El capítulo uno sobre disposiciones iniciales y definiciones generales**, armoniza plenamente con la Constitución ya que pretende otorgar significados específicos a los términos empleados por el instrumento internacional para su correcta interpretación. La Corte evidencia que sus contenidos se encuentran en consonancia con el ordenamiento constitucional. Como consecuencia de lo anterior se declarará EXEQUIBLE.

143.- **El capítulo dos que aborda los temas de trato nacional y acceso de mercancías al mercado**, ha sido analizado por la Corte desde la regla reiterada de la constitucionalidad *a priori* de las medidas de eliminación gradual de aranceles, y, en general, de las estrategias relacionadas con la supresión de obstáculos al comercio libre de mercancías entre las partes. El propósito principal de las medidas, de liberalización comercial, se ajusta con la finalidad que subyace a este tipo de acuerdos, sin abandonar intereses en sectores y actividades estratégicas para el país que se reflejan en las excepciones previstas en el Anexo 2-A.

144.- Como quiera que las medidas de desgravación arancelaria constituyen la principal herramienta para la liberalización del comercio y los plazos de reducción arancelaria previstos fueron ponderados por el ejecutivo se declarará la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones del capítulo.

145.- **El capítulo tres -Reglas de origen y procedimientos de origen-** presenta una finalidad que no sólo es funcional para los propósitos del tratado sino que sus previsiones no vulneran las disposiciones de la Carta Política. Sin embargo, como lo prevé el mismo Acuerdo, existen elementos de evaluación de cada caso que son los que permitirán la realización plena de estas cláusulas y deberán ser considerados en cada situación específica para aplicar las disposiciones del Tratado. Como consecuencia de lo expuesto, se declarará la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones de este capítulo.



146.- **El capítulo cuatro, que regula facilitación del comercio y los procedimientos aduaneros,** contiene medidas orientadas a la celeridad y eficacia de los procedimientos aduaneros con el propósito de que se facilite el comercio sin que se afecte la soberanía nacional (art. 9 CP), la protección de las fronteras y la seguridad en el territorio, por lo tanto se declarará su EXEQUIBILIDAD.

147.- **El capítulo cinco sobre cooperación técnica y asistencia mutua en asuntos aduaneros,** se enfoca en regular todos los mecanismos de cooperación que implementarán las partes para facilitar los procedimientos aduaneros, lo cual se basará, principalmente, en el intercambio de información entre las Partes. En consideración a que las medidas de este capítulo se encuentran orientadas a dar celeridad y eficacia a los procedimientos aduaneros, sin que se afecte la soberanía nacional, se declarará su EXEQUIBILIDAD.

148.- **El capítulo seis sobre medidas sanitarias y fitosanitarias** tiene una finalidad destinada a la protección de bienes jurídicos superiores como la vida (art. 4 CP) y la salud (art. 49 CP), por lo cual se declarará su EXEQUIBILIDAD. No obstante, si en la práctica se advierte su insuficiencia, podrán ejercerse acciones encaminadas a la protección o restablecimiento de bienes jurídicos afectados como consecuencia de los actos de comercio.

149.- **El capítulo siete relativo a los obstáculos técnicos al comercio,** persigue un objetivo válido, pues sin desconocer la importancia de los requerimientos que aseguren la idoneidad y calidad de los productos que constituyen una garantía para el consumidor, resultaría desleal y contrario a los objetivos de acuerdos comerciales de liberalización económica, el uso de esas formas de protección como mecanismos de restricciones al comercio injustificadas. Por consiguiente, se declarará la EXEQUIBILIDAD del presente capítulo.

150.- **El capítulo ocho se refiere a la defensa comercial.** Teniendo en cuenta la función de las medidas de defensa comercial orientadas a la protección de los sectores agrícola, industrial y comercial nacionales se advierte que esas cláusulas resultan ajustadas a la Constitución Política y por ende se declararán EXEQUIBLES.

151.- **El capítulo nueve, referido a propiedad intelectual,** evidencia que el Tratado reconoce la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los titulares y el interés general. En efecto, se otorga la posibilidad a las partes de adoptar las medidas que consideren necesarias para proteger la salud pública y promover su desarrollo económico y tecnológico. Por otra parte, se establecen mecanismos de protección de los recursos biológicos, genéticos y a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, Con fundamento en lo anterior, esta Sala concluye que las disposiciones del Capítulo objeto de estudio se adecúan al texto Constitucional y serán declaradas EXEQUIBLE por este Tribunal.

152.- **El capítulo diez incluye normas sobre contratación pública** que están justificadas, y resultan constitucionales porque no afectan la soberanía (art. 9 CP) ni limitan el cumplimiento de los fines esenciales a cargo del Estado. Por lo tanto, se declarará EXEQUIBLE este capítulo.

153.- **El capítulo once trata la política de competencia y de protección al consumidor**, éste último es un objetivo constitucional prevalente el cual se encuentra debidamente regulado en el Acuerdo. En consecuencia se declarará la EXEQUIBILIDAD de este capítulo.

154.- **El capítulo doce que regula la inversión contiene varios temas que se analizaron por separado.**

**En primer lugar, el tema del trato nacional ha sido considerado EXEQUIBLE**, pues el objetivo del principio *está dirigido a poner en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales*.

**En segundo lugar, en materia de expropiación** y dado que las previsiones sobre expropiación previstas en este tratado se corresponden con el principio de buena fe, la garantía de la propiedad privada y las disposiciones del artículo 58 de la Carta Política, se declarará EXEQUIBLE el artículo 12.11 del capítulo 12.

**En tercer lugar, en materia de conflictos inversionista-Estado**, la Corte encontró que la fijación de tribunales de arbitramento para la solución de las controversias derivadas del capítulo VIII no menoscaba la soberanía del Estado, no vulnera derechos fundamentales ni comporta un obstáculo para el acceso a la administración de justicia, en la medida en que se preserva: i) la posibilidad de que se resuelva la controversia por mutuo acuerdo, mediación o conciliación, ii) la posibilidad de que se someta la controversia ante los tribunales competentes o administrativos de la parte contendiente y iii) las instancias ordinarias de revisión administrativa de las decisiones.

De las consideraciones expuestas se advierte la correspondencia entre los mecanismos de solución de conflictos entre Inversionistas-Estado incluidos en el acuerdo comercial de la referencia porque constituyen instrumentos alternativos para la solución de problemas en materias conciliables y se corresponden con la solución pacífica de las divergencias. Por lo tanto esas disposiciones serán declaradas EXEQUIBLES.

**Finalmente, el capítulo doce hace referencia al tema de transferencias.** La jurisprudencia de la Corte ha establecido que las medidas sobre transferencias de capitales sin impedimentos resultan constitucionales, en la medida en que las excepciones que usualmente se prevén a ese flujo libre dejan a salvo la autonomía en la dirección de la economía por parte de los Estados y establecen la posibilidad de que se emprendan acciones para controlar el flujo de capitales cuando se ponga en riesgo la estabilidad económica, sin fijar

límites temporales expresos, sino contenidos materiales que sustenten la decisión.

En consecuencia se declarará la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones sobre transferencias.

**155.- El capítulo trece se refiere al comercio transfronterizo de servicios.** Para la Corte, estas disposiciones resultan compatibles con la Constitución, ya regulan esa actividad respetando las disposiciones internas sobre la materia que aseguran la calidad y seguridad en esas actividades, así como el respeto de los derechos de los usuarios, al paso que se preserva el poder de regulación del Estado en ejercicio de su soberanía (art. 9 CP). De acuerdo con lo anterior se declarará EXEQUIBLE el capítulo trece.

**156.- El capítulo catorce que regula los servicios financieros,** establece medidas de conservación de competencias públicas, tales como las medidas disconformes, las excepciones, la potestad de prohibir actividades financieras concretas y la prevalencia de las decisiones del comité para la determinación de la configuración de las excepciones, las cuales están relacionadas con la protección de la inversión, del mercado nacional y de la estabilidad macroeconómica. Además, se mantiene la competencia de los Estados de regular la actividad financiera. En consecuencia se declarará la EXEQUIBILIDAD del presente capítulo.

**157.- El capítulo quince que regula las telecomunicaciones** deberá ser entendido teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones y las obligaciones del Estado en torno a la prestación de los servicios públicos y la relevancia de los bienes jurídicos involucrados en esa actividad. La Corte encuentra que las disposiciones del capítulo no riñen con los postulados de la Constitución Política, razón por la que se declararan EXEQUIBLES.

**158.- El capítulo dieciséis referido al comercio electrónico** contiene necesarias para la regulación para el desarrollo de dicha actividad. De lo anterior, no se evidencia ninguna transgresión al texto constitucional lo que conlleva a declarar su EXEQUIBILIDAD.

**159.- El capítulo diecisiete -Entrada temporal de personas de negocios-** contiene previsiones que contribuyen al aumento del comercio entre las partes, permiten una mayor aproximación de los proveedores y adquirentes de productos y servicios y la constatación de los procesos productivos que pueden impactar o determinar un mayor número de transacciones comerciales. Esas disposiciones no aparecen desproporcionadas ni peligrosas para la seguridad y soberanía nacional, pues preservan la facultad en cabeza de las autoridades colombianas en cuanto a la determinación de las políticas sobre la entrada de nacionales coreanos al país, así como el establecimiento del cumplimiento de los requisitos impuestos sobre esos temas particulares.

En consideración a que las medidas de flexibilización de ingreso y permanencia de personas en el territorio están íntimamente ligadas al desarrollo del comercio, los periodos de permanencia contemplados son breves, aspecto sobre el que también se advierte reciprocidad. Por lo anterior este capítulo será declarado EXEQUIBLE.

**160.- El Capítulo dieciocho (Solución de controversias)** Los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Capítulo 20 del Tratado, se ajustan a las disposiciones de la Carta Política, en especial lo relacionado con el derecho al debido proceso (artículos 29 y 31 Superiores). En concordancia con lo anterior, la Sala encuentra que las disposiciones de este Capítulo deben ser declaradas EXEQUIBLES.

**161.- El Capítulo diecinueve. Transparencia.** La Sala encontró que las disposiciones del presente Capítulo se ajustan a la Constitución Política, en particular a los artículos 23 (derecho de petición), 29 (debido proceso) y 209 (principios de la función administrativa). Lo anterior debido a que se garantiza que las Partes tengan toda la información necesaria para la ejecución de sus actividades en el desarrollo del Tratado, y la posibilidad de controvertir las decisiones administrativas de los Estados ante los tribunales competentes establecidos en su respectivo ordenamiento nacional. En consecuencia, serán declaradas EXEQUIBLES.

**162.- El capítulo veinte sobre la Administración del Acuerdo,** crea una Comisión de Libre Comercio, lo que se ajusta a las disposiciones constitucionales de la Carta Política, especialmente los artículos 2 (la obligación del Estado de defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial) y 9 (el respeto de la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia en las relaciones internacionales del Estado). Lo anterior, debido a que dicha Comisión se conformará por miembros del Estado colombiano y busca verificar la implementación efectiva del Acuerdo y desarrollar mecanismos de cooperación internacional. En consecuencia, el presente Capítulo será declarado EXEQUIBLE.

**163.- El capítulo veintiuno regula las excepciones y la Corte lo encontró** ajustado a la Constitución, toda vez que no se evidencia que alguna de las excepciones haya sido tomada como una medida de discriminación y se relacionan con temas de interés general de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece de forma expresa la prevalencia del interés general como un elemento inherente al Estado Social de Derecho.

En consecuencia se declarará la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones del presente Capítulo.

**164.- El capítulo veintidós contiene las disposiciones finales,** previsiones que serán declaradas EXEQUIBLES, no obstante, la Corte reitera que en este

momento no se puede hacer efectiva la disposición del Tratado relativa a su aplicación provisional, teniendo en cuenta que no se ha surtido la totalidad del procedimiento de revisión previa de la ley aprobatoria del mismo.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

**Primero.-** Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1763 de 2015 “*Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013*”.

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** el “*Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica*”, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA  
Presidente  
*Con aclaración de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB  
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO  
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
DE LA SENTENCIA C-157/16**

**EXCEPCIONES A COMPROMISOS QUE SE DERIVAN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Resulta pertinente explicar bajo qué condiciones la restricción temporal de medidas de salvaguardia para corregir falencias graves de la balanza de pagos, no perjudica la soberanía económica del Estado contratante (Aclaración de voto)/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Se debió avanzar en fijar una línea interpretativa de las medidas de salvaguardia de la balanza de pagos (Aclaración de voto)/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Inclusión de cláusula tipo que permite a los Estados contratantes disponer de medidas de salvaguardia de amenazas de la balanza de pagos o dificultades externas (Aclaración de voto)

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Decisión debía pormenorizar la armonía de norma sobre medidas temporales de salvaguardia con las competencias constitucionales del Banco de la República (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente LAT-440

Magistrado Ponente:  
Gloria Stella Ortiz Delgado

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me llevaron a aclarar el voto a la sentencia C-157 de 2016:

1. La Corte resolvió la exequibilidad del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito el 22 de mayo de 2013 y su ley aprobatoria, la Ley 1763 de 2015.

En su análisis, en primer lugar, la Sala Plena constató que se cumplieron cabalmente las etapas, requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución para la negociación del instrumento internacional y su ley aprobatoria. En segundo término, confrontó los 22 capítulos y 3 anexos que conforman el Tratado de Libre Comercio bajo examen y los fines esenciales del Estado colombiano consagrados en múltiples instrumentos internacionales. A partir de ello, concluyó que tampoco existe reproche en relación con los aspectos materiales.

En lo atinente con el estudio de las excepciones previstas en el capítulo 21, “*las cuales atienden a la seguridad esencial de los Estados, las medidas ambientales necesarias para preservar la vida o la salud animal o vegetal, y el régimen tributario interno*” de los Estados Contratantes, hace alusión a las sentencias C-446 de 2009 y C-608 de 2010.

Adujo que en el primero de los fallos referidos, la Corte sostuvo “*que tales disposiciones [medidas de salvaguardia] provienen de los artículos XX y XXI del GATT y son necesarias para evitar que los Acuerdos menoscaben las facultades soberanas de cada uno de los Estados Parte de un tratado*”. De igual modo, indicó que pueden ser utilizadas para atender asuntos propios como la seguridad, el medio ambiente y la salud entre otros temas, siempre que no resulte discriminatoria ni constituya una barrera injustificada al comercio.

Señaló que en la sentencia C-608 de 2010 se contempló que las excepciones en los tratados de libre comercio permitían preservar la competencia de los Estados para atender situaciones de interés nacional.

2. A pesar de compartir el sentido de la decisión, a mi juicio, la argumentación del fallo podía ahondar en la importancia y validez de este tipo de disposiciones, explicando con mayor detenimiento los precedentes que cita.

Aunado a lo anterior, la Sala debía avanzar en fijar una línea interpretativa de las medidas de salvaguardia de la balanza de pagos. La ley aprobatoria del Acuerdo de Promoción Comercial que nos ocupa debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución, lo que implica que no pueden derivarse posibilidades hermenéuticas contrarias a esta.

Por ello, resulta pertinente explicar bajo qué condiciones la restricción temporal de las medidas de salvaguardia para corregir falencias graves de la balanza de pagos, no perjudica la soberanía económica del Estado Contratante. Puntualmente, incumbía esclarecer por qué la imposición de límites a la dirección y protección de la economía, no afecta los intereses superiores involucrados, ni resulta irrespetuosa de la dirección monetaria, cambiaria y económica que la Constitución Política, en el artículo 371, otorga a la Junta Directiva del Banco de la República.

En este sentido, convenía argüir, primero, que el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica incluye una cláusula tipo (artículo 21.5<sup>186</sup>), que permite a los Estados Contratantes

---

<sup>186</sup> “1. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte pueda adoptar o mantener medidas restrictivas respecto del comercio de mercancías y servicios y con respecto a pagos y movimientos de capital, incluidos los relacionados con la inversión:

(a) en casos de serias dificultades o amenazas de la balanza de pagos o dificultades financieras externas;

(b) cuando, en circunstancias especiales, los pagos de transacciones corrientes y pagos y movimientos de capital, causen o amenacen causar serias dificultades en el manejo macroeconómico, en especial para el manejo de la política monetaria o política cambiaria de cualquiera de las Partes.

2. Todas las medidas indicadas en el párrafo anterior deberán cumplir con los términos y condiciones establecidos en el Acuerdo sobre la OMC y en el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.”



disponer medidas de salvaguardia de amenazas de la balanza de pagos o dificultades financieras externas.

Si bien dicha disposición normativa no determina una restricción temporal de la medida de salvaguardia de manera expresa, debe entenderse que opera el término previsto por artículo 6<sup>187</sup>, del Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC, que dispone el carácter temporal de estas medidas. En este sentido, determina que *“la duración de la medida provisional no excederá de 200 días, y durante ese período se cumplirán las prescripciones pertinentes de los artículos 2 a 7 y 12.”*<sup>188</sup>

Segundo, el fallo debía pormenorizar la armonía de esta norma con las competencias constitucionales del Banco de la República, ya que no ha sido objeto de pronunciamiento previo. Por ello, era una valiosa oportunidad para que la Corporación hiciera claridad al respecto.

Un ejercicio similar se hizo respecto de la facultad excepcional de ejercer las facultades conferidas por la legislación interna para limitar la libre transferencia de inversiones y sus rendimientos, otorgada a las partes del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por un período limitado de tiempo y, en forma no discriminatoria y de buena fe.

De hecho, la Corte respaldó la constitucionalidad de dicha disposición argumentando que su aplicación no implica la reducción de ninguna de las potestades que la Constitución y la ley confieren al Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de reservas internacionales. Así lo sostuvo en la sentencia C-358 de 1996:

*“En el artículo 7° del Tratado sometido a la revisión de la Corte se garantiza la transferencia irrestricta de las inversiones y sus rendimientos. Estas transferencias deberán efectuarse sin demoras, en la moneda convertible en que el capital fue originalmente invertido y a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia. El inciso 2° del artículo 7° establece que, en circunstancias de dificultades excepcionales en la balanza de pagos, cada uno de los Estados Parte tendrá derecho a ejercer, por un período limitado de tiempo y en forma no discriminatoria y de buena fe, las facultades conferidas por su legislación interna para limitar la libre transferencia de las inversiones y sus rendimientos.*

*Para la Corte, las disposiciones contenidas en el artículo citado se ajustan a los preceptos de la Carta Política.*

*En efecto, no se encuentra que esta norma interfiera con las facultades de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad*

<sup>187</sup> La aplicabilidad de esta norma se infiere de la confirmación de las partes de los derechos y obligaciones contenidas en el Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte, como el Acuerdo de Salvaguardias por ejemplo (Artículo 1.2).

<sup>188</sup> [http://www.sice.oas.org/TPD/COL\\_CRI/Draft\\_Text\\_July13\\_s/Text\\_s.asp#a2151](http://www.sice.oas.org/TPD/COL_CRI/Draft_Text_July13_s/Text_s.asp#a2151)

monetaria, cambiaria y crediticia. La previsión contenida en el inciso 2° del precepto deja a salvo la necesaria discrecionalidad con que debe contar la Junta Directiva del Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país”.

Posteriormente, este mismo análisis de medidas de salvaguardia en materia cambiaria y de transferencias de capitales también se efectuó en relación con el Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (sentencia C-008 de 1997) y el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (sentencia C-750 de 2008), por ejemplo.

3. De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones de la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
Magistrado

**ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO  
ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
A LA SENTENCIA C-157 DE 2016**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Aspectos relacionados con el derecho sustancial aplicable a las disputas entre inversionistas Costarricenses y el Estado (Aclaración de voto)/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Decisión no hace mención específica del derecho aplicable (Aclaración de voto)

**CLAUSULAS DE JURISDICCION Y DERECHO APLICABLE EN LA SOLUCION DE DISPUTAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO**-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-Se da prevalencia a normas de derecho internacional público, y sólo cuando fuere aplicable, se debe recurrir a la legislación del Estado en el que se realizó la inversión (Aclaración de voto)

**DERECHO APLICABLE A DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO**-Antecedentes y evolución histórica (Aclaración de voto)/**DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO** (Aclaración de voto)/**DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL** (Aclaración de voto)/**DERECHO INTERNACIONAL JURISPRUDENCIAL** (Aclaración de voto)/**DERECHO APLICABLE A DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO**-Reglas jurisprudenciales de tribunales de arbitraje internacional (Aclaración de voto)

**DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO**-Integración (Aclaración de voto)/**DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO**-Distinción (Aclaración de voto)/**PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL ACEPTADOS POR COLOMBIA**-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/**PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**-Aplicación en controversias inversionista-Estado (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE ARMONIZACION EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES**-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES**-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS**-Jurisprudencia Constitucional (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DEL DERECHO EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS**-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE RENUNCIA A LA PROTECCION DIPLOMATICA**-Fundamento (Aclaración de

voto)/**PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS LOCALES**-Alcance (Aclaración de voto)/**PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO INTERNACIONAL**-Contenido (Aclaración de voto)

Expediente LAT-440 Revisión de constitucionalidad de la Ley 1763 de 2015 *"Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica', suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013"*, y del *"Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica"*, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013".

En la parte resolutive de la sentencia C-157 de 2016 la Corte decidió declarar exequible de manera unánime (i) la Ley 1763 de 2015 *"Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica', suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013"*, y (ii) el *"Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica"*, suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013".

Si bien comparto el sentido de la decisión, con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, estimo necesario aclarar mi voto a fin de precisar algunos aspectos relacionados con el derecho sustancial aplicable a las disputas entre inversionistas costarricenses y el Estado colombiano, en particular en el contexto del acceso internacional que tienen los particulares al arbitraje de inversión en caso de presentarse alguna disputa de naturaleza jurídica con el Estado.

Es importante mencionar que, a pesar de que en la sentencia C-157 de 2016 se hace un análisis detallado de cada uno de los capítulos que conforman el *"Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica"* (en adelante, el "TLC con Costa Rica"), en dicha sentencia no se hace una mención específica al artículo 12.24 del TLC con Costa Rica, el cual señala:

***"ARTÍCULO 12.24: DERECHO APLICABLE***

***"1. Sujeto al párrafo 2, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 12.17.1 (a) o 12.17.1(b), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el presente Acuerdo y con las normas del derecho internacional prevalentemente***

*y, cuando fuere aplicable, con la legislación de la Parte en cuyo territorio se hizo la inversión.*

"2. Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición del presente Acuerdo, conforme al Artículo 20.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal establecido bajo la presente Sección y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión." (negritas fuera de texto original).

Esta cláusula 12.24 del TLC con Costa Rica merece un análisis a la luz de la tradición jurídica colombiana y, la jurisprudencia de esta Corte que ha tenido un entendimiento particular sobre las cláusulas de jurisdicción y derecho aplicable en la solución de disputas entre inversionistas y el Estado. Al respecto, conviene resaltar que en la sentencia C-358 de 1996, por medio de la cual se revisó el *"Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones"* (M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz), la Corte consideró en materia de jurisdicción que:

*"(...) Considera la Corte que el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la ejecución, la interpretación y la aplicación del Tratado a la jurisdicción del CIADI y a los tribunales de arbitramento, se ajusta a los postulados de la Constitución Política de Colombia. En primer lugar, debe anotarse que las autoridades judiciales colombianas no quedan excluidas, de plano, de la resolución de los conflictos relativos a las inversiones cobijadas por el Convenio bajo examen. En efecto, son las autoridades colombianas las que deben conocer, en primera instancia, de las mencionadas controversias, toda vez que, según el artículo 9-3 del Acuerdo, **sólo podrá acudir al CIADI una vez se haya hecho uso de los recursos locales dentro de los tres meses siguientes a la notificación escrita del reclamo**" (negritas fuera de texto original)<sup>189</sup>.*

Para concluir indicando que, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("APPRI") que se revisó mediante dicha sentencia, no hace sino reiterar el principio de derecho internacional consuetudinario, según el cual el agotamiento de las vías judiciales internas es prerrequisito para recurrir a cualquier forma de jurisdicción internacional. Lo cual en la práctica, no tiene aplicación en materia de arbitraje de inversión.

A su turno, en referencia al derecho aplicable a las disputas entre inversionistas y el Estado, de manera categórica en la sentencia C-442 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) relativa a la revisión de constitucionalidad de la Ley 267 de 1996 *"Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Arreglo*

<sup>189</sup> El CIADI es el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, establecido por la Convención de Washington. También se conoce como "Centro" o como "ICSID", por sus siglas en inglés o "CIRD1", por sus siglas en francés (en adelante, el "CIADI").

*de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965"*, manifestó la Corte que:

*"(...) En primer lugar, se encuentra el punto referente al derecho aplicable a la controversia que haya de resolver el Tribunal de arbitramento. Según el artículo 42(1) del Convenio, el Tribunal decidirá conforme a las normas jurídicas acordadas por las partes, en cuyo defecto aplicará la legislación del Estado parte en la diferencia y las normas de derecho internacional que fueren pertinentes. Esta norma desarrolla el postulado de la autonomía de la voluntad de las partes que, como ya se vio, es uno de los pilares fundamentales de la Convención de Washington. En cuanto a la referencia a las normas de derecho internacional que fueren aplicables, la doctrina ha determinado que éstas deben ser entendidas dentro de las fuentes del derecho internacional de que trata el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En opinión de la Corte, el régimen del Tratado relativo al derecho aplicable a las controversias es particularmente respetuoso con el ordenamiento jurídico interno colombiano, como quiera que, a falta de normas pactadas de mutuo acuerdo, **el Tribunal aplicará, en primer lugar, la legislación del Estado que haga parte en la controversia**" (negrillas fuera de texto original).*

Así, el entendimiento de la jurisprudencia de esta Corte sobre el derecho aplicable a las controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado, parecería contrario a lo que fue aprobado en el TLC con Costa Rica, y que fue declarado exequible en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, por cuanto en dicho tratado se da prevalencia a las normas del derecho internacional público, y sólo cuando fuere aplicable, se debe recurrir a la legislación del Estado en el que se realizó la inversión.

Por tal razón a continuación (i) se hará un breve recuento de los antecedentes y la evolución histórica del derecho aplicable en las disputas jurídicas entre inversionistas extranjeros y el Estado; y (ii) se propondrá, con fundamento en los principios generales de derecho<sup>190</sup>, una alternativa de armonización a las tensiones existentes en la aplicación del derecho interno y el derecho internacional en las controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado.

## **I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO APLICABLE A LAS DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO**

### **A. Derecho Internacional Consuetudinario**

Los primeros pasos en la conceptualización del derecho internacional de la inversión extranjera se dieron a finales del siglo XVIII con la formulación de la teoría de la protección diplomática, que partía de la base de que un daño a un

<sup>190</sup> Sobre el particular, ver: CARLOS MEDELLÍN BECERRA, *La Interpretado Juris y los Principios Generales del Derecho*, Editorial Legis. Primera Edición, 2015.

extranjero es un daño al Estado del cual éste es ciudadano. Muchas de las normas consuetudinarias también hacían referencia al trato a los extranjeros y a la responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional. Más adelante, el derecho internacional de los derechos humanos, que fue desarrollado después de las reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados, sería utilizado para llenar de contenido a los principios sobre tratamiento de extranjeros, obligando a los Estados a otorgar protecciones mínimas, dando pie al surgimiento del nivel mínimo de trato o "*estándar mínimo internacional*", dentro del contexto particular de las inversiones extranjeras.

A pesar de lo anterior, la doctrina Calvo<sup>191</sup> -que fue concebida originalmente por Andrés Bello- surgiría con especial fuerza en América Latina, con el fin de defender el tratamiento nacional en materia de inversiones extranjeras, estableciendo así un trato igualitario entre nacionales y extranjeros, sometiendo estos últimos, de manera exclusiva, a las leyes y jueces del país receptor de la inversión y renunciando igualmente a solicitar la protección diplomática de su país de origen.

Sobre el particular, en la sentencia C-155 de 2007 de esta Corte, el magistrado Humberto Sierra Porto, en su aclaración de voto analiza históricamente la evolución de la doctrina Calvo en nuestro país, destacando que en el año 1948 durante la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá se redactó la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos, en la cual se establece en su artículo 15 que "*la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros*"; a su vez, en su artículo 7 dispone que "*Las Partes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales del Estado respectivo*"<sup>192</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, en dicha aclaración el magistrado Humberto Sierra Porto, concluye respecto de la doctrina Calvo que "*(...) en materia de inversión extranjera en América Latina, a lo largo de los siglos, se ha defendido el postulado del sometimiento del extranjero a las leyes y jueces locales, en tanto que manifestación del principio de soberanía nacional*".

<sup>191</sup> En tal sentido, CARLOS CALVO, en su obra "*Le droit International théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*" vol. III, Paris, 1896, con fundamento en los principios de soberanía, igualdad entre nacionales y extranjeros y jurisdicción territorial, planteó los siguientes postulados: (i) los Estados soberanos gozan del derecho a no ser destinatarios de injerencia alguna de otros Estados; (ii) los ciudadanos extranjeros tienen exactamente los mismos derechos sustantivos y procesales que los nacionales; y (iii) el extranjero renuncia a solicitar la protección diplomática de su país de origen.

<sup>192</sup> La jurisprudencia internacional ha considerado que el inversionista extranjero debe agotar los recursos administrativos y judiciales internos del país presuntamente responsable del daño, antes de acudir a la figura de la protección diplomática. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en sentencia del 21 de marzo de 1959, en el *Caso Interhandel* estimó que "*la norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario; esta norma ha sido observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación del derecho internacional. En dichos casos se ha considerado necesario, que antes de recurrir a la jurisdicción internacional, el Estado donde se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios en el marco de un ordenamiento jurídico interno*".

Sobre este punto, vemos cómo en un primer momento la doctrina Calvo quedó incorporada de manera parcial en la sentencia del 26 de agosto de 1976 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Guillermo González Charry) cuando esa corporación, actuando como tribunal constitucional, estableció que sólo a través de una convención internacional era posible que un inversionista privado pudiera demandar al Estado colombiano ante un tribunal internacional, sin dar lugar a la aplicación a las leyes nacionales, dejando así de un lado la jurisdicción nacional.

Esta jurisprudencia sería reiterada diez años más tarde por la misma Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 20 de marzo de 1986 con ponencia del magistrado Hernando Gómez Otálora donde, tras reiterar el fallo del 26 de agosto de 1976, se señaló que:

*"(...) La regla de que los jueces colombianos, bien sean permanentes como los prescritos en la carta, o transitorios como los que en algunos casos autorizan las leyes, son los únicos competentes para dirimir las controversias de todo orden que se susciten entre personas privadas y entre estas y el Estado, es y será inexcusable."*

Con esto, como se observa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer un carácter de territorialidad estricto en cuanto a la aplicación del derecho colombiano, sólo desplazable en casos de tratados internacionales. Es importante anotar que la doctrina Calvo haría parte de la tradición jurídica colombiana hasta el año 1993<sup>193</sup> para el caso de los contratos estatales, y hasta 1996<sup>194</sup> en el caso del arbitraje internacional.

A partir de 1987<sup>195</sup>, en el Pacto Andino se levantaron de forma parcial algunas restricciones de la doctrina Calvo. Sin embargo, no sería sino hasta la aprobación del Acto Legislativo 1 de 1999, que modificó el artículo 58 de la Constitución -el cual permitía, por razones de equidad, la expropiación sin indemnización-, que Colombia lograría firmar y lograr que esta Corte revisara posteriormente Acuerdos Internacionales en materia de Inversión ("AII" o "AIIs") que reconocieran el estándar mínimo internacional y el acceso directo de los inversionistas extranjeros a demandar al Estado colombiano a través de un foro internacional -como por ejemplo, un arbitraje bajo la égida del CIADI-, sin previo agotamiento de los recursos internos, configurándose de forma precisa lo que sería la primera internacionalización, soberana y unilateral, del derecho aplicable a las controversias inversionista extranjero-Estado.

## B. Derecho Internacional Convencional

<sup>193</sup> La Ley 80 de 1993, derogó el artículo 74 del Decreto-Ley 222 de 1983. Ver también el artículo 10 del Código de Petróleos (Decreto Ley 1056 de 1953).

<sup>194</sup> La Ley 315 de 1996 ("*Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*") en su artículo 2, permitió aplicar un derecho no colombiano en casos de arbitraje internacional.

<sup>195</sup> En virtud de lo dispuesto en la Decisión 220 de 1987 del Pacto Andino, fueron modificados los artículos 50 y 51 de la Decisión 24 de 1970, los cuales incorporaban la doctrina Calvo en nuestro ordenamiento supranacional.



Una segunda internacionalización del derecho aplicable a las controversias inversionista extranjero-Estado se daría por medio del derecho internacional convencional. En efecto, en 1991, con la creación de la Corte Constitucional quedó establecida la función previa, automática y oficiosa, de aprobar las leyes relativas a tratados internacionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 214, numeral 10 de la Constitución Política<sup>196</sup>.

Al entrar a analizar los mecanismos de solución de controversias dentro de los AII, la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-358 de 1996, incurre en algunas imprecisiones que vale la pena mencionar. En primer lugar, en cuanto al periodo de enfriamiento (*cooling off period*), éste no se agota ante ninguna autoridad judicial, sino ante una autoridad administrativa (el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo). Por su parte, no es cierto como se afirma que es menester agotar la vía gubernativa para acudir al CIADI, ni tampoco "agotar los recursos internos", pues la Convención de Washington permite acceder al CIADI sin necesidad de agotar previamente los recursos administrativos y judiciales nacionales<sup>197</sup>.

Sumado a lo anterior, la sentencia C-358 de 1996 también incurre en lo que podríamos llamar las falacias de la "especialidad" e "internacionalización", cuando afirma que para la Corte, "[E]n razón de la naturaleza de las diferencias que puedan suscitarse con ocasión de las inversiones de que trata el tratado sub examine, puede llegar a ser más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione". Aquí se parte de la base de que por razones de conveniencia es mejor acudir a árbitros u organizaciones especializadas lo cual no es del todo cierto para todos los países. Así mismo, para la Corte no es posible lograr la

---

<sup>196</sup> En ejercicio de las atribuciones otorgadas a la Corte, esta ha revisado, entre otros, los siguientes AII o APPRI o TLCs: *TLC G2 (Colombia-México)*: aprobado por la Ley 172 de 1994 (modificada por la Ley 1457 de 2011) y declarado exequible por medio de la sentencia C-178 de 1995; *TLC Colombia-Chile*: aprobado por la Ley 1189 de 2008 y declarado exequible por medio de la sentencia C-031 de 2009; *7ZC Colombia-Triángulo del Norte (Guatemala, El Salvador y Honduras)*: aprobado por la Ley 1241 de 2008 y declarado exequible por medio de la sentencia C-446 de 2009; *7ZC Colombia-Canadá*: aprobado por la Ley 1363 de 2009 y declarado exequible por medio de la sentencia C-608 de 2010; *TLC Colombia-Estados Unidos*: aprobado por la Ley 1143 de 2007 (protocolo modificado por la Ley 1166 de 2007) y declarado exequible por medio de la sentencia C-750 de 2008 y C-751 de 2008; *TLC Colombia-EFTA (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia)*: aprobado por la Ley 1372 de 2010 y declarado exequible por medio de la sentencia C-941 de 2010; *APPRI Colombia-España*: aprobado por la Ley 1069 de 2006 y declarado exequible por medio de la sentencia C-309 de 2007;

*APPRI Colombia-Perú*: aprobado por la Ley 1342 de 2009 y declarado exequible por medio de la sentencia C-377 de 2010; *APPRI Colombia-Suiza*: aprobado por la Ley 1198 de 2008 y declarado exequible por medio de la sentencia C-150 de 2009; *APPRI Colombia-Reino Unido*: aprobado por la Ley 1464 de 2001 y declarado exequible por medio de la sentencia C-169 de 2012; *APPRI Colombia-India*: aprobado por la Ley 1449 de 2011 y declarado exequible por medio de la sentencia C-123 de 2012; *APPRI Colombia-China*: aprobado por la Ley 1462 de 2011 y declarado exequible por medio de la sentencia C-199 de 2012; *TLC Colombia-Unión Europea*: aprobado por la Ley 1669 de 2013 y declarado exequible por medio de la sentencia C-335 de 2014; *TLC Colombia-Corea del Sur*: aprobado por la Ley 1747 de 2014 y declarado exequible por la sentencia C-184 de 2016 y *TLC Colombia-Costa Rica*: aprobado por la Ley 1763 de 2015 y declarado exequible por medio de la sentencia C-157 de 2016.

<sup>197</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 267 de 1996 ("*por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*"): "*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*".

promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sin acudir a tribunales internacionales. En otras palabras, para la Corte se logra la internacionalización del marco jurídico en las disputas con extranjeros a través de los AIIs.

Los argumentos anteriores de eficiencia, rapidez y especialidad (o "*alto grado de complejidad técnica*", en palabras de la Corte), así como los de justicia y equidad fueron adoptados igualmente en la sentencia C-442 de 1996, cuando la Corte estableció que:

*"(...) la resolución de los conflictos que lleguen a presentarse por causa de las mencionadas inversiones, por parte de comisiones de conciliación o tribunales de arbitramento conformados por individuos especializados en estas materias, puede ser mucho más eficiente y rápida y la decisión adoptada mucho más justa y equitativa, que si fueran los tribunales nacionales, a través de las vías judiciales o administrativas internas, quienes resolvieran este tipo de conflictos."*

Sumado a ello, la sentencia C-442 de 1996 presenta otra imprecisión cuando afirma que "*a falta de normas pactadas de mutuo acuerdo, el Tribunal aplicará, en primer lugar, la legislación del Estado que haga parte en la controversia*" (se subraya). Aquí, la Corte parte de lo que fue la historia del artículo 42(1) de la Convención de Washington<sup>198</sup> y de la opinión de su redactor Aron Broches<sup>199</sup> Sin embargo, esta visión no es apropiada, pues en la práctica, por la vía del derecho internacional convencional, se da prevalencia al derecho internacional público como aquel aplicable en el arbitraje de inversión, tal como lo establece el artículo 12.24 del TLC con Costa Rica.

Por ello, en este punto es posible afirmar que la segunda internacionalización del derecho aplicable a las controversias inversionista extranjero-Estado, tuvo lugar en Colombia a comienzos del siglo XXI, cuando el país, luego de la aprobación del Acto Legislativo 1 de 1999, abrió la puerta a la firma de convenciones internacionales que hoy en día son fuente primaria de protección de los inversionistas extranjeros, ya que garantizan el acceso a la justicia arbitral internacional, la cual a su vez tiene la discrecionalidad de dejar de aplicar el derecho colombiano y aplicar prevalentemente el derecho

<sup>198</sup> "Artículo 42 (1). El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, **el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables**" (negritas fuera de texto original).

<sup>199</sup> En la publicación del *International Council for Commercial Arbitration, Yearbook Commercial Arbitration*, Volumen XVIII-1993, editado por **ALBERT JAN VAN DEN BERG, ARON BROCHES** publicó el artículo *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states of 1965, explanatory notes and survey of its application*, p. 627, en el cual señaló (núm. 1 17) que "*La relación entre el derecho del Estado parte en la controversia y el derecho internacional, a la que hace referencia la segunda frase del artículo 42(1) se puede describir en los siguientes términos. El Tribunal normalmente miraría en primer lugar el derecho del Estado parte en la controversia. Así pues el resultado de la aplicación de dicho derecho sería contrastado con el derecho " internacional. Dicho proceso no involucraría la confirmación o negación de la validez del derecho del país receptor de la inversión, pero podría resultar en su no aplicación cuando ese derecho o una acción tomada bajo ese derecho, viole el derecho internacional'* (la traducción es propia).

internacional público para resolver las controversias de tales inversionistas con el Estado<sup>200</sup>.

### C. Derecho Internacional "Jurisprudencial"

La tercera y última internacionalización del derecho aplicable a las controversias inversionista extranjero-Estado en Colombia se dio a través de los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional, esto es, a través de las decisiones judiciales<sup>201</sup>.

En esta medida, la jurisprudencia del CIADI, como fuente auxiliar que ha servido de precedente *de facto*, ha evolucionado en el sentido de internacionalizar el derecho aplicable al fondo de las controversias, teniendo un rol importante al llenar de contenido conceptos indeterminados como es el estándar mínimo internacional y el "*trato justo y equitativo*". Sobre el particular, es necesario resaltar que las reglas obligatorias del derecho internacional público (*jus cogens*) que establecen los estándares mínimos de protección a los extranjeros existen con independencia de la elección hecha por las partes respecto de las normas de derecho aplicables a una operación específica. Ellas, en últimas, constituyen un marco de orden público internacional bajo el cual se rigen dichas operaciones.

Si bien no hay una doctrina del precedente vinculante en esta materia<sup>202</sup>, los fallos de los tribunales de inversión han establecido reglas jurisprudenciales. Los principales puntos derivados de la práctica de los tribunales arbitrales bajo la égida del CIADI son los siguientes:

---

<sup>200</sup> Sobre este particular, es pertinente traer a colación el fundamento jurídico No. 2 de la aclaración de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas a la sentencia C-150 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo): "(...) 2. Para el suscrito magistrado, el anterior precepto que regula la solución de controversias entre las Partes en este Acuerdo, resulta violatorio del artículo 2 de la Constitución Nacional, el cual consagra que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, finalidades que deben cumplir muy especialmente los jueces de la República en su misión de administrar justicia, en armonía con lo dispuesto por el artículo 116 Superior. Así mismo, considero que tal norma es contraria al artículo 9 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de soberanía nacional como esencial y determinante en el desarrollo de las relaciones exteriores del Estado colombiano, una de cuyas principales expresiones la constituye la competencia de los jueces nacionales para administrar justicia y garantizar los derechos de los ciudadanos colombianos, soberanía que se manifiesta muy especialmente mediante la potestad y competencia de los jueces de la República investidos por el pueblo soberano y la Constitución Nacional para administrar justicia en nombre y por mandato de éstos, en concordancia con el artículo 116 Superior. En este sentido, en mi criterio, cuando en un Acuerdo o Convenio internacional el Estado colombiano acepta como único y exclusivo mecanismo de resolución de conflictos que surjan entre las Partes los tribunales de arbitramento, está renunciando a su soberanía nacional en su función pública de administrar justicia. Así mismo, esta aceptación afecta dicha soberanía, respecto de la resolución de temas que tienen que ver directamente con la protección y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales ya no van a poder ser resueltos por los jueces de la República sino solo a través de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que constituye el tribunal de arbitramento".

<sup>201</sup> El uso de precedentes en el arbitraje de inversión ha sido documentado en: (i) JP COMMISSION, *Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, 24 *Journal of International Arbitration* 2, p. 129 (2007); y (ii) OK FAUCHALD, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis*, 19 *European Journal of International Law*, 301, p. 333 (2008).

<sup>202</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53(1) de la Ley 267 de 1996 ("por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965"), "El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio."

1. Un tribunal, en aplicación de la segunda frase del Art. 42(1), debe examinar los problemas jurídicos tanto bajo el derecho interno como bajo el derecho internacional.
2. Una decisión que se puede basar en el derecho interno del Estado receptor no necesita fundamentarse en los principios generales del derecho.
3. Un tribunal puede basar su decisión en el derecho interno del Estado receptor, aún si encuentra que no hay un fundamento en el derecho internacional, en la medida en que no esté prohibida por una norma de derecho internacional.
4. Un tribunal no puede basar su decisión en el derecho interno del Estado receptor si éste no es compatible con una norma de obligatorio cumplimiento de derecho internacional (*jus cogens*).
5. Un reclamo que no pueda ser sostenido con base en el derecho interno del Estado receptor puede ser exitoso si tiene un fundamento independiente bajo el derecho internacional.

Sin embargo, la aparente superposición del derecho interno del Estado receptor de la inversión en la redacción de la segunda frase del Artículo 42(1) de la Convención de Washington se encuentra mitigada por la realidad del arbitraje internacional, que evidencia cuatro factores que plasman esta tercera internacionalización del derecho aplicable en la práctica:

1. En cualquier caso, el derecho interno del Estado receptor de la inversión, se usará en virtud a que tal ordenamiento tiene una conexión más estrecha con la inversión.
2. El Artículo 42(1), segunda frase, expresamente establece el reenvío a las normas de derecho internacional privado del Estado parte en la diferencia, lo cual podría aplicarse, por ejemplo, a los empréstitos externos<sup>203</sup>.
3. En la medida en que la regla residual del Artículo 42(1), segunda frase, lleve a resultados no satisfactorios para las partes, éstas podrían acudir a la primera frase y acordar otras "normas de derecho".

---

<sup>203</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Reglamentario 2681 de 1993, las operaciones de crédito público y otras a las que hace referencia dicho Decreto, que sean celebradas en Colombia para ser ejecutadas en el exterior podrán regirse por la ley extranjera. Al tenor de lo dispuesto en dicho artículo 36: "Ley y jurisdicción. Las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, que se celebren en Colombia para ser ejecutadas en el exterior se podrán regir por la ley extranjera; las que se celebren en el exterior para ser ejecutadas en el exterior, se podrán regir por la ley del país donde se hayan suscrito. Tales operaciones se someterán a la jurisdicción que se pacte en los respectivos contratos. Lo anterior, salvo que tales operaciones se celebren para ser ejecutadas exclusivamente en Colombia. Se entenderá que la ejecución de los contratos se verifica en aquel país en el cual deban cumplirse las obligaciones esenciales de las partes; no obstante, para fines de lo dispuesto en este artículo, se considerará que la operación se ejecuta en el exterior cuando una de tales obligaciones esenciales debe cumplirse en el exterior".

4. El derecho interno del Estado receptor está sujeto al rol correctivo y supletivo del derecho internacional público.

También es claro que el derecho aplicable a la interpretación de un AII es el derecho internacional público<sup>204</sup>. No obstante, aún si se aceptase que las normas de derecho internacional público rigen de manera principal o exclusiva el fondo de la controversia inversionista-Estado, surge en todo caso la pregunta de cuál es el orden de jerarquía y las relaciones entre las distintas fuentes del derecho internacional.<sup>205</sup>

## II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Como puede observarse, el tema que hoy suscita controversia ya no es si el derecho internacional o el derecho interno debe ser aplicado, pues como se observa, en la práctica los tribunales arbitrales han optado por dar aplicación plena al derecho internacional público. Por lo tanto, la discusión hoy en día se da en sede de definir cuál es el derecho internacional aplicable y definir la jerarquía de dichas fuentes en el marco del derecho internacional público. Los conceptos público-privados (soberanía estatal versus derechos de los inversionistas) y el cumplimiento de otras obligaciones internacionales del país (en materias como derechos humanos, desarrollo sostenible o aspectos laborales), dan lugar a que tribunales *ad hoc* sean depositarios de la discrecionalidad y el deber de aplicar metodologías, tales como, el artículo 3 l(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>206</sup>, el "*principio de proporcionalidad*" o el "*margen nacional de apreciación*".

En este sentido, si bien el constructo realizado por esta Corte en la década de los 90, puede resultar teóricamente acertado en la medida en que se desprende de una interpretación plausible del artículo 42(1) de la Convención de Washington, las cláusulas de derecho aplicable en la solución de controversias inversionista-Estado incorporadas en diversos tratados internacionales, y específicamente en el TLC con Costa Rica, no pueden analizarse bajo los criterios inicialmente establecidos por esta Corte, pues de conformidad con dicho tratado, las controversias serán resueltas "*(...) de conformidad con el presente Acuerdo y con las normas del derecho internacional prevalentemente y, cuando fuere aplicable, con la legislación de la Parte en cuyo territorio se hizo la inversión.*" (subraya fuera de texto original).

<sup>204</sup> Ver en general: J. ROMESH WEERAMANTRY, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2012.

<sup>205</sup> En este sentido, el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone que "**Artículo 38.** (1) La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59". Debe resaltarse que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fue aprobado en Colombia por la Ley 37 de 1961 "**Por la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas**" (Pacto de Bogotá).

<sup>206</sup> Dicha convención internacional fue ratificada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, "**Por medio de la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"**, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969".

Teniendo en cuenta lo anterior, tras realizar el análisis de la evolución del derecho aplicable a la solución de controversias entre inversionista y Estado en el derecho internacional consuetudinario, en el convencional y en el jurisprudencial, considero pertinente plantear una aproximación al control de las cláusulas sobre derecho internacional aplicable en dichas controversias en las que el derecho interno pasa a tener un carácter residual, como es el caso del TLC con Costa Rica.

Dicho mecanismo de control debe buscar la "*integración*" entre los sistemas de derecho interno y derecho internacional, acudiendo a los principios generales del derecho, con el fin de encontrar un adecuado equilibrio entre ambos sistemas y no la simple superposición o exclusión de uno u otro, teniendo en cuenta que, como lo señaló de manera acertada el profesor Zachary Douglas, el derecho de promoción y protección de las inversiones extranjeras no puede verse como un área exclusiva del derecho internacional que se encuentra desprendida del derecho doméstico, sino que tiene una naturaleza híbrida<sup>207</sup>, que encuentra su fundamento en el derecho doméstico y en el derecho internacional.

Sobre esta base, debemos tener en cuenta también que la distinción entre el derecho público (*ius publicum*) y el derecho privado (*ius privatum*), si bien no fue importante para los romanos, hoy en día es fundamental en el derecho de occidente<sup>208</sup>. Ulpiano estableció que "(...) *es derecho público el que respecta al Estado de la República, privado el que respecta a la utilidad de los particulares*"<sup>209</sup>. Teniendo eso en mente, aunque los temas económicos vuelven porosa esta distinción podría decirse que el arbitraje de inversión tiene más una naturaleza pública<sup>210</sup>, ya que su objetivo principal, buscando la responsabilidad internacional del Estado, es revisar jurídicamente la conducta del Estado o de una entidad pública perteneciente a ese Estado, no sólo en temas de propiedad privada y libertad contractual, sino en muchos otros temas de naturaleza regulatoria<sup>211</sup>.

<sup>207</sup> ZACHARY DOUGLAS. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, British Year Book of International Law, Vol. 74, 2003. pp. 151, 185-189.

<sup>208</sup> Ver: EDUARDO ÁLVAREZ CORREA. *Curso de Derecho Romano*. Uniandes, 2010. p. 139.

<sup>209</sup> DOMICIO ULPIANO. *Digesto*. 1, 1, 1,2.

<sup>210</sup> ERIC DE BRANDANDERE. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge University Press, 2014. También ver sobre el desarrollo del "derecho administrativo global": BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH, RICHARD B. STEWART Y JONATHAN B. WEINER. *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 Law and Contemporary Problems, Summer-Autumn, 2005. p. 15. Vertambién: GUS VAN HARTEN. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

<sup>211</sup> La República de Colombia hubiera podido aceptar que cierto tipo de diferencias (por ejemplo, los conflictos jurídicos que se generen en un contrato estatal cuando una de las partes es una entidad estatal), no se sometieran a la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI. Al respecto, el artículo 25(4) de la Convención de Washington establece que: "(...) 4. Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado 1 anterior."

En la esfera del derecho público interno, es de precisar que en todos los sistemas legales existe un *espacio regulatorio*<sup>212</sup>, entendido como un margen de discrecionalidad en el cual el Estado puede actuar sin que los individuos puedan reclamar perjuicios por daños antijurídicos. Por ello, teniendo en cuenta este margen, con el fin de determinar cuáles principios generales del derecho deben ser consultados en la interpretación de las cláusulas de derecho aplicable a las controversias jurídicas entre inversionistas extranjeros y Estado, debe acudir a aquellos que son aceptados en el derecho público interno de los Estados parte del respectivo AII, haciendo, en todo caso, un análisis comparado que permita determinar los principios comunes a los Estados parte de tales tratados.

Para desentrañar tales principios debe acudir al derecho público interno como una herramienta analítica que permite precisar y desarrollar el derecho internacional de las inversiones, ya que el derecho público interno es mucho más maduro que el derecho internacional público en estas materias. El enfoque del derecho público comparado resulta en la determinación de principios generales del derecho, reunidos en los principales sistemas de derecho público interno, como fuente de derecho<sup>213</sup>.

Lo anterior puede derivarse del artículo 9º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que demanda que en la elección de sus jueces "*estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo*", lo que debe leerse de manera sistemática con el artículo 38(1)(c) de dicho instrumento que incluye *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas* como fuente del derecho internacional<sup>214</sup>. Esto, además, permite abordar el tema del derecho aplicable de manera integral, siendo propiamente la amplitud de los principios generales del derecho la que permite tal aproximación. Así, la representación de jueces de diversas naciones en la Corte Internacional de Justicia y la referencia a "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", busca garantizar que se puedan desentrañar de los ordenamientos jurídicos, principios comunes que permitan solucionar controversias de carácter internacional.

Por ello, las cláusulas sobre derecho aplicable en las controversias inversionista-Estado incorporadas en los tratados internacionales deben

<sup>212</sup> Ver: STEPHAN W. SCHILL. Capítulo 5, *General Principles of Law and International Investment Law*, en: TARCISIO GAZZINI Y ERIC DE BRABANDERE (edit.) *International Investment Law -The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012, donde se establece: "(...) los principios generales del derecho pueden no sólo ayudar a hacer más predecible el derecho de las inversiones, sino también alineando la responsabilidad del Estado bajo los tratados de inversión con principios y conceptos generales de dicha responsabilidad y el balance de los mismos entre los intereses públicos y privados (...) la búsqueda de los principios generales del derecho, así como la inclusión del análisis del derecho público comparado, ayuda al derecho internacional de las inversiones a beneficiarse de la experiencia que ciertos regímenes jurídicos han desarrollado, no solo limitando el ejercicio de los poderes del estado, sino también empoderando al Estado al ilustrarle su espacio regulatorio". (la traducción es propia). Ver en general: STEPHAN W. SCHILL. *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

<sup>213</sup> Ver: KONRAD ZWEIGERT Y HEIN KOTZ. *Introduction to Comparative Law*. Tercera Edición Revisada, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 7-8, donde se establece que "(...) el derecho comparado es esencial para entender los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (la traducción es propia).

<sup>214</sup> Ver: BIN CHENG. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press, 1953.

interpretarse ya no a la luz de la jurisprudencia de esta Corte en la década de los 90 -anteriormente expuesta-, sino que debe desarrollarse una nueva interpretación que parta de reconocer que "(...) *la principal fuente de derecho internacional público, la más fértil y subutilizada, es acudir a los principios generales del derecho reconocidos en el derecho nacional como medio para alcanzar armonización, coherencia y estándares legítimos en el derecho internacional de las inversiones*"<sup>215</sup>.

Dicha interpretación estaría acorde con el precepto constitucional (artículo 9 de la Constitución Política), en virtud del cual, se establece que las relaciones internacionales se deben fundar, entre otros, en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, excluyendo normas de derecho internacional consuetudinario sobre las que el Estado colombiano fuere objeto<sup>216</sup>, o que no se integre con las disposiciones de la Carta<sup>217</sup>. A modo de ejemplo, la jurisprudencia de esta Corte ha venido definiendo los principios de derecho internacional que han sido aceptados por Colombia; al respecto en la sentencia C-381 de 1996 indicó que "*los principios contenidos en el Capítulo I de la Carta de las Naciones Unidas y reiterados en la Resolución 2735 de la Asamblea General (...) son los siguientes: (a) los Estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad o independencia política de otro Estado; (b) solucionar sus controversias por medios pacíficos y así evitar poner en peligro la paz y la seguridad internacionales; (c) no intervenir en los asuntos internos de otro Estado; (d) cumplir de buena fe sus compromisos internacionales; y (e) igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos*"<sup>218</sup>.

En esta línea, el ordenamiento jurídico colombiano: (i) en materia de arbitraje internacional (Ley 1563 de 2012), reconoce la posibilidad de acudir a principios generales de derecho, al señalar, en el artículo 64, que "*Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran*"; y (ii) en materia de interpretación de las normas procesales (artículo 11 de la Ley 1564 de 2012 "*Por medio de la cual se expide*

<sup>215</sup> Ver: ZACHARY DOUGLAS. *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 88.

<sup>216</sup> Vale la pena mencionar que, en la Asamblea Nacional Constituyente, respecto de esta disposición constitucional (Acta de la Sesión de la Comisión Codificadora de 31 de mayo de 1991, Folios 32 y 33), se evidencia que expresamente se pretendió excluir ciertos principios generales del derecho reconocidos por algunos Estados, tales como los Estados africanos.

<sup>217</sup> En la sentencia C-1 189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte afirmó: "*(...) las costumbres internacionales, y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta (...)*".

<sup>218</sup> De la misma forma, en el numeral 4.8.1.6.1 de la sentencia C-269 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), se hace referencia a un listado de principios generales del derecho, tales como el principio de buena fe, el principio de igualdad soberana de los Estados, el principio de respeto a la soberanía nacional, el principio de no intervención, el principio de reciprocidad, y los principios consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, entre otros. Es importante precisar que el concepto de "*principios del derecho internacional aceptados por Colombia*" (art. 9 de la Carta), no es necesariamente equivalente a la expresión "*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*" (art. 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), pues los primeros son de derecho internacional mientras que los segundos son de derecho interno.



*el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones"), indica que se podrá acudir a los principios generales del derecho, con el fin de interpretar la ley procesal, "(...) Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales".*

Considero pertinente entonces señalar que los principios generales de derecho interno reconocidos y aceptados por Colombia que han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las cláusulas de derecho aplicable a las controversias inversionista-Estado, son a manera de ejemplo, los siguientes: (i) principios generales sustanciales del derecho, tales como, principio del no abuso de los derechos, principio de la buena fe, principio de la fuerza obligatoria del contrato, prohibición de expropiación sin indemnización, y prohibición actividades contrarias a las buenas costumbres (terrorismo, contrabando y lavado de activos); y (ii) principios generales procesales del derecho, tales como, principio de imparcialidad del juez, prohibición de laudo emitido por fraude o corrupción, y prohibición de violar reglas fundamentales del debido proceso<sup>219</sup>.

A continuación, se ilustran de forma general ciertos principios que considero son relevantes, para efectos de proceder a armonizar el derecho aplicable en materia de controversias inversionista extranjero-Estado:

#### A. Principio de armonización

##### 1. Entre derecho internacional y derecho nacional

En caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y el respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-155 de 2007 y en la sentencia C-400 de 1998<sup>220</sup>).

En este punto es necesario hacer referencia a la teoría del margen nacional de apreciación<sup>221</sup>, como el espacio de discrecionalidad con el que cuenta la

<sup>219</sup> Estos mismos principios son los que, en caso del *exequátur* de laudos arbitrales internacionales no provenientes de un tribunal CIADI, servirían a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para determinar si un laudo arbitral viola el "orden público internacional" colombiano.

<sup>220</sup> Dicha sentencia establece en su fundamento jurídico número 46 "*Sin embargo, a pesar de lo anterior, para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución - esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos.*"

<sup>221</sup> Ver: JULIÁN ARATO. "The Margin of Appreciation in International Investment Law", *Virginia Journal of International Law*. Vol. 54:3.

República de Colombia para fijar el contenido y alcance de los derechos de los inversionistas extranjeros (obligaciones internacionales de Colombia), tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas sociales y culturales<sup>222</sup>. Esta teoría le da especial relevancia a la tradición jurídica de los Estados, por lo que precisamente debe analizarse el desarrollo de las instituciones jurídicas al interior de los Estados. Además, permite un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional.

Este principio de armonización demanda, contrario a lo que sucede en el presente tratado, una deferencia en favor del Estado receptor de la inversión<sup>223</sup>, por lo que su derecho interno no debería ser la última fuente aplicable, sino que debería ponderarse con el derecho internacional aplicable, es decir con las obligaciones convencionales del Estado.

Sobre el particular, cabe igualmente advertir que la jurisprudencia constitucional ha sostenido también la importancia de preferir aquella interpretación que de mejor forma armonice el orden nacional y el internacional. Así, en la sentencia C-155 de 2007 explicó este Tribunal:

*"(...) Por tanto, en el contexto de la Constitución se impone un principio de armonización entre el derecho interno y las obligaciones internacionales del Estado, tal como señaló la Corte al referirse a las Convenciones de Viena de 1969 (...) y de 1986 (...), en la medida que "en virtud del principio Pacta sunt servanda, que encuentra amplio sustento en la Carta, como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país." (...) (se subraya)*

*"Así, al reconocerle fuerza jurídica interna a los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución protege aquélla interpretación que mejor permita armonizar el orden normativo interno y el internacional, de forma que el Estado no quede expuesto innecesariamente a incumplir sus obligaciones internacionales (...), pues como expresamente lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."*

*"Además, debe tenerse en cuenta que en el marco del principio de reciprocidad que orienta el derecho de los tratados y que también*

<sup>222</sup> NÉSTOR PEDRO SAGÜES. en su artículo *Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile, Vol. 9, núm. 001. 2003. p. 219, establece que *"El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del Convenio Europeo, se trata más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos"*.

<sup>223</sup> *Ibid.* Ver también: WILLIAM BURKE-WHITE Y ANDREAS VON STADEN. *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor State Arbitrations*, *The Yale Journal of International Law*. Vol. 35, 2010. p. 283.

*constituye un referente constitucional (art. 226 CP.), el incumplimiento del Estado Colombiano de sus compromisos internacionales puede afectar a su vez la efectividad de los derechos de los nacionales colombianos ante otros Estados (...)"*<sup>224</sup> (subrayas fuera de texto original).

## 2. Entre derecho público y derecho privado

En este punto resulta importante señalar la necesidad de consultar el derecho público interno de los Estados receptores de inversiones, pues éste, por regla general, es más desarrollado que el derecho internacional público en materia de estándares de control judicial a la actividad estatal, lo que permite precisamente extraer los principios generales que deben ser tenidos como fuente de derecho para revisar internacionalmente la igualdad de la conducta estatal. Especial atención debe prestarse al tratamiento interno que el Estado da a la revisión de la conducta gubernamental y a la resolución de conflictos que involucran la responsabilidad del Estado<sup>225</sup>.

Así pues, no puede perderse de vista que Colombia cuenta con regulaciones internas complejas en temas de salud pública, servicios públicos básicos, protección al medio ambiente y consulta previa (Convenio 169 OIT), además de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que no puede ser desconocido so pretexto de dar cumplimiento en especial a la cláusula de derecho aplicable, y en general, al TLC con Costa Rica o cualquier otro AII. De hecho, ello se reconoce -aunque de manera parcial- en artículo 12.16 del capítulo 12 del TLC con Costa Rica cuando se señala:

*"7. Las Partes reconocen que es inapropiado promover la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación sobre salud, seguridad, ambiental y laboral nacional. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.*

*"2. Nada en el presente Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con el presente Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, seguridad, ambiental y laboral."*

<sup>224</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>225</sup> Debe tenerse en cuenta que en otras partes del mundo, la responsabilidad del Estado puede provenir de otros supuestos, ajenos al derecho público interno como ocurre con el concepto de "*violación suficientemente caracterizada*" del Derecho de la Unión Europea. Sobre el particular ver: **EDORTA COBREROS MENDAZONA**. *Responsabilidad Patrimonial del Estado por Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. 1ª Edición. Madrid, 2015.

### 3. Al interior del Derecho Internacional Público

Por otra parte, considero que cuando en el presente tratado se señala que en la solución de controversias deberá tenerse como fuente de derecho *las normas del derecho internacional prevalentemente*, esta referencia es indeterminada en la medida en que este no es un sistema suficientemente decantado y armónico. Por lo cual, corresponde al tribunal arbitral internacional la labor de balancear y armonizar, en la medida de lo posible, aquellas normas que tengan la misma jerarquía, con el fin de evitar decisiones contradictorias. Para ello, los árbitros deberán acudir al derecho internacional consuetudinario, incluida la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Al respecto, la regla general de interpretación de los tratados, de acuerdo con la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, prevé que un AII "*deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*" (Art. 31(1)).

Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta "*c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*" (Art. 31 (3)(c), Convención de Viena del Derecho de los Tratados); de esto se colige, que en esta cláusula se entiende incluido, como criterio de interpretación de los tratados, no sólo el derecho convencional sino también las normas aplicables de derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho.

Considerar lo anterior permitiría, en caso de verse abocado un tribunal arbitral para decidir las controversias entre inversionista y Estado, remover las dudas de si el Tribunal tiene competencia para interpretar otras obligaciones internacionales del país, distintas de los AIIs. Ello permitiría una interpretación de dichos acuerdos, que fuese compatible con otras obligaciones internacionales de Colombia.

En este sentido, en relación con las reglas de interpretación aplicables, la doctrina ha establecido que se podría considerar que una norma ayuda en la interpretación de otra, en lo que respecta a su aplicación, clarificación, actualización y modificación; y las normas se deben aplicar en conjunto. Por lo demás, al realizar una consideración sobre las reglas de conflicto aplicables al derecho internacional público, la doctrina ha establecido lo siguiente<sup>226</sup>: (i) las normas imperativas (*ius cogens*) no pueden ser derogadas por una norma internacional que no tenga ese mismo carácter, no admiten acuerdo en contrario; (ii) según el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas (1945), calificado de "*precursor de ius cogens*" o de dar a su texto un "*standing semiconstitucional*", las obligaciones de los Estados partes bajo dicha Carta prevalecerán sobre aquellas provenientes de cualquier otro AII que los vincule; (iii) las relaciones entre tratados y costumbres se rigen por principios tales como *lex posterior generalis non derogat priori speciali, lex posterior derogat anteriori*.

---

226CESÁREO GUTIERREZ Y MARÍA JOSÉ CERVELL. *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*. Editorial Trotta, Madrid, 2012. pp. 117 y ss.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31(3)(c), una *"interpretación sistemática"* implicaría que un AII debe ser interpretado por el tribunal arbitral CIADI, a la luz de otras obligaciones internacionales del Estado, en diversas materias como derechos humanos, estándares laborales y derecho ambiental<sup>227</sup>. De hecho, el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, incorpora obligaciones para dichos Estados en materia laboral, ambiental y social<sup>228</sup>.

## B. Principio de reciprocidad

Las relaciones internacionales del Estado Colombiano se rigen con base en lo establecido en el artículo 9 y 226 de nuestra Constitución. De estos artículos se deriva: i) el mandato de fundar dichas relaciones en la soberanía nacional, en la autodeterminación y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, y ii) el mandato de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre las bases de equidad, *reciprocidad* y conveniencia nacional.

El principio de reciprocidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución ha tenido un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional<sup>229</sup>. En la sentencia C-564 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se estableció que *"la internacionalización, que podría conducir a situaciones equívocas en cuanto al beneficio que estaría recibiendo la comunidad nacional, debe realizarse dentro de parámetros de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, que así se constituyen en las tres condiciones del elemento internacionalizante en la política exterior del país "*.

Tras esto, la Corte Constitucional, al revisar el contenido de la Ley 149 de 1995, *"por medio de la cual de aprueba el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones"*, mecanismo multilateral

<sup>227</sup> Sobre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, LONE WANDAHL MOUYAL, en su reciente obra *International Investment Law and the Right to Regulate: A human rights perspective*, Routledge Research in International Economic Law, 2016, señala lo siguiente: (i) el derecho internacional de los derechos humanos y el de inversiones no deben ser vistos como dos ramas distintas y separadas del derecho internacional público; (ii) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) puede utilizarse como la herramienta jurídica armonizadora, el "pegante" para unificar dichos regímenes; (iii) el principio de integración o interpretación sistemática (art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) supone que la interpretación de los AIIs, debe hacerse con base en dos presunciones o supuestos: (a) una positiva, que supone que las partes han hecho referencia a los "principios generales del derecho" en todas las materias del AII en las cuales no hay una solución expresa, y (b) una negativa, que supone que las partes al celebrar cualquier tratado internacional no han pretendido vulnerar o actuar de manera inconsistente con los "principios generales del derecho" o con otras obligaciones internacionales de esos países hacia terceras partes; y (iv) los países, cuando negocian AIIs, deberían incluir objetivos sociales y ambientales en el texto del AII o al menos en su preámbulo, e incorporar de manera explícita el "derecho a regular" en el texto del AII.

<sup>228</sup> Ver: artículo 12.9 del Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica.

<sup>229</sup> Ver: Sentencias C-564 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-249 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-155 de 2007 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), C-750 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-446 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-609 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), C-667 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-049 de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y C-286 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

de garantía a las inversiones extranjeras (conocido como MIGA por sus siglas en inglés), estableció lo siguiente:

*"La Corte Constitucional considera que mediante instrumentos como este se cumplen los mandatos de los artículos 226 y 227 de la Constitución, según los cuales el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y buscar la integración económica, social y política con las demás naciones.*

*Particularmente, el Convenio examinado debe entenderse a la luz del concepto plasmado en el artículo 150, numeral 16, también sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, podrá el Estado transferir parcialmente determinadas atribuciones -en este caso el otorgamiento de garantías contra riesgos no comerciales respecto de inversiones efectuadas entre los países miembros -a organismos internacionales -como lo es el que por este Convenio se crea-, con el objeto de promover o consolidar la integración económica con otros estados. "230*

En esa medida, desde un principio, se planteó que el ejercicio de la soberanía nacional en el marco de las relaciones internacionales debía armonizarse con el principio de reciprocidad reconocido en nuestra Constitución. Sin embargo, en la búsqueda por alcanzar este principio, se debe tener en mente que éste funciona en ambas vías, es decir tanto para nacionales como para extranjeros, por lo que, como lo expresó esta Corporación en la sentencia C-249 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), la construcción de un equilibrio internacional en el marco del artículo 226 de la Carta debe buscar una *"relación costo-beneficio que le depare balances favorables a los intereses nacionales [propendiendo] tanto por la realización de los intereses nacionales como por la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional"*.

Por ello, tiene igualmente especial relevancia lo establecido en la sentencia C-155 de 2007 (M.P. Alvaro Tafúr Galvis) donde se resaltó que *"en el marco del principio de reciprocidad que orienta el derecho de los tratados y que también constituye un referente constitucional (art. 226 CP.), el incumplimiento del Estado Colombiano de sus compromisos internacionales puede afectar a su vez la efectividad de los derechos de los nacionales colombianos ante otros Estados"*, pues en esa medida, la reciprocidad, como principio general del derecho, debe implicar concesiones mutuas que otorguen beneficios tanto para nacionales como para extranjeros<sup>231</sup>.

<sup>230</sup> Sentencia C-203 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>231</sup> Esta observación sobre el otorgamiento de concesiones unilaterales por parte de Colombia para inversionistas extranjeros fue realizada en el Salvamento Parcial de Voto de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la sentencia C-049 de 2015 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez), donde consideró que la cláusula de nación más favorecida -NMF incorporada en el Acuerdo entre la República de Colombia y la República Checa para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto sobre la renta, era inconstitucional pues constituía un otorgamiento unilateral de este beneficio que suponía un

Con base en lo anterior, es posible concluir que la reciprocidad ha sido reconocida jurisprudencialmente como un principio general del derecho, orientador de las actuaciones del Estado. Para efectos del tratamiento de los extranjeros, cabe la duda sobre qué tipo de reciprocidad es la que se debe garantizar, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional<sup>232</sup> y la Corte Suprema de Justicia<sup>233</sup> han reconocido la diferencia entre reciprocidad legislativa y diplomática.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, en sede de *exequátur*, ha abordado la discusión en torno a la reciprocidad, por medio del análisis de sentencias proferidas en otros países, diferenciando entre los dos tipos de reciprocidad antes mencionados. Sobre el particular ha expresado que la reciprocidad diplomática tiene lugar cuando entre Colombia y el país de donde proviene la decisión judicial objeto de reconocimiento y ejecución en Colombia, se ha suscrito tratado público que permita igual tratamiento en ese Estado extranjero a las sentencias emitidas por jueces colombianos. Por su parte, la reciprocidad legislativa se presenta cuando se otorgan efectos jurídicos a las sentencias de los jueces colombianos por la legislación del país de donde proviene la decisión materia del *exequátur*, pues igual fuerza vinculante tendrán las decisiones de sus jueces en el territorio nacional, siendo entendido que esta forma de reciprocidad puede ser a su vez basada en textos legales escritos o en la práctica jurisprudencial imperante en el país de origen del fallo objeto de *exequátur*<sup>234</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional, al efectuar el estudio del Acuerdo de Cooperación en Materia de Turismo entre la República de Colombia y el Reino de España<sup>235</sup>, se señaló que "(...) *las actividades que se compromete a desarrollar un país son las mismas a las que se compromete el otro; ambas naciones pueden negarse a cumplir obligaciones que entren en conflicto con otras adquiridas con anterioridad; participan por igual en la comisión que ordena crear el propio Acuerdo y pueden denunciarlo en las mismas oportunidades. Este tratamiento equitativo, a su vez implica reciprocidad (...)*", asociando el principio de reciprocidad al concepto de equidad, como trato similar entre las partes. Sin embargo, también ha reconocido que la reciprocidad, además de estar vertida en tratados internacionales, puede derivarse de la valoración del derecho interno de otro Estado a objeto de verificar un trato recíproco del otro Estado, valoración que corresponde al Jefe de Estado como director supremo de las relaciones internacionales.

---

trato diferenciado no justificado a favor de los empresarios checos, violando el principio de igualdad entre nacionales checos y colombianos.

<sup>232</sup> Ver: Sentencia T-716 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y Auto 037 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>233</sup> Ver: Sentencia del 2 de febrero de 1994; Expediente 4150 (M.P. Héctor Naranjo Marín), Sentencia del 11 de agosto de 2005, expediente 11001-02-03-000-2004-00696-00 (M.P. Edgardo Villamil Portilla) y Sentencia del 31 de octubre de 2008; Expediente 11001-0203-000-2008-00276-00 (M.P. Edgardo Villamil Portilla).

<sup>234</sup> Ver: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria. 28 de julio de 1998. (M.P. Nicolás Bechara) y Sentencia C-421 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>235</sup> Sentencia C- 421 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

También, la Corte Constitucional, a través de decisiones de tutela, ha avalado la existencia del principio de reciprocidad, sin ligarlo necesariamente a los tratados internacionales. En primera medida, encontramos la sentencia T-716 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), donde se resolvió una solicitud de tutela promovida para la protección del derecho fundamental al debido proceso, presuntamente violado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al proferir una sentencia, por medio de la cual se resolvió una demanda de *exequátur*. En esa ocasión, la Corte Constitucional estableció que no se estaba en presencia de una vía de hecho por parte de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto "*(...) Encuentra ponderados y razonables los argumentos de la Corte, válidos a la luz de los principios de la autonomía e independencia de que goza para resolver sobre el exequátur de la sentencia en referencia, en cuanto consideró aplicable la reciprocidad legislativa, probada la jurisdicción del Tribunal Inglés y acreditados todos los requisitos que la ley procesal exige para adoptar una decisión de esta naturaleza*". Igualmente, en la sentencia T- 557 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en donde se atacaba jurídicamente una sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en trámite de *exequátur*, esta Corte señaló:

*"En virtud de lo expuesto, no aparece demostrado por el actor que la conclusión de la Corte Suprema de Justicia sobre la existencia de reciprocidad legislativa, con la República de Portugal para conceder exequátur a las sentencias del otro Estado en cada uno de ellos, resulte reñida de manera frontal con el ordenamiento jurídico colombiano, lo que significa que la pretendida vía de hecho en que supuestamente se habrían incurrido en éste caso, aparece huérfana de sustento jurídico"* (Subraya fuera de texto).

Como se desprende de lo anterior, el principio de reciprocidad hace alusión a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro, en el curso de las relaciones internacionales. Sobre el particular, la Constitución acoge este principio sin realizar ninguna distinción entre sus formas. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional han reconocido la existencia del principio de reciprocidad sin ligarlo necesariamente a los tratados internacionales, como ocurre en el caso de la reciprocidad legislativa. Por esta razón, el principio general del derecho que se debe seguir en la aplicación de la reciprocidad por parte de esta Corte no se debe limitar a un verificación de tratados internacionales, sino que debe igualmente abarcar un análisis de existencia de reciprocidad legislativa, con el fin de lograr así iguales condiciones entre nacionales y extranjeros de los distintos Estados.

En suma, la importancia de este principio, aplicado a los temas de inversión extranjera, nos indica que no debería dársele a los inversionistas extranjeros un trato más favorable a aquel que les otorga el derecho interno de sus países de origen.



### C. Principio de proporcionalidad<sup>236</sup>

El constructo doctrinal sobre la ponderación, desarrollado principalmente por Robert Alexy, que implica "*el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y viceversa*"<sup>237</sup> no sólo ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, sino que ha sido desarrollado y complementado por la jurisprudencia constitucional<sup>238</sup>, a tal punto que se erige hoy como una de las principales herramientas de interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico interno.

Pero también la doctrina ha identificado la necesidad de aplicar este principio en las disputas que involucren inversionistas y Estado, en la medida en que se verifique "*un conflicto entre dos principios (o intereses, o valores) que posean el mismo rango en una jerarquía normativa*"<sup>239</sup>, pues este principio es una herramienta que le permite a los tribunales que conozcan de disputas entre inversionistas y Estado evitar una parálisis regulatoria en temas que son propios del Estado receptor de la inversión. Con esto, además, se asegura que no se pacten en los tratados normas o políticas públicas que puedan disuadir al Estado de expedir regulaciones más exigentes en materias ambientales, sociales o laborales.

Lo anterior se evita precisamente acudiendo al principio de proporcionalidad<sup>240</sup>, el cual permite una armonización razonada entre el derecho internacional y el derecho interno, sin que se le otorgue prevalencia a uno u otro de manera injustificada o arbitraria, lo que por lo demás es

<sup>236</sup>GEBHARD BÜCHELER. *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 2015; CAROLINA HENCKELS. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press, 2015; Cfr. PRABHASH RANJAN. *Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal*, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Vol. 3, Issue 3, Sept. 2014, pp. 853 - 883.

<sup>237</sup> ROBERT ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. p. 524.

<sup>238</sup> Este principio ha sido desarrollado principalmente en las sentencias C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda), y C-720 de 2007 (M.P. Alvaro Tafur). En especial, en referencia a obligaciones internacionales de derechos humanos, el principio de proporcionalidad fue aplicado en las sentencias C-579 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-577 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez).

<sup>239</sup> ALEC STONE SWEET. *Investor-State Arbitration: Proportionality's new frontier*. Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1-1-2010. p. 2.

<sup>240</sup> La aplicación del juicio de ponderación conlleva el examen de tres elementos: (1) La idoneidad de la medida, es decir si es la mejor medida para lograr el fin determinado: "*según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*"; (2) La necesidad la medida, que siempre buscará que se emplee el método menos restrictivo, "*de acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención de los derechos fundamentales, debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto*"; (3) Un análisis de proporcionalidad *stricto sensu*, donde se analizan la importancia de los intereses enjuicio, y el peso que se le da a cada uno para su valoración; en síntesis, surge de balancear la relación entre medida y fin, "*conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el derecho intervenido. En otros términos las ventajas que se obtienen mediante la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios que éste implica para sus titulares y para la sociedad en general*". La aplicación de esta regla debe ser estricta en demasía; así señala CARLOS BERNAL PULIDO que: "[s]i una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional". BERNAL PULIDO, CARLOS. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Cuarta edición, Universidad Externado de Colombia, 2014.

reconocido en el TLC con Costa Rica en el artículo 12.8 del capítulo 12, norma que no puede ser echada de menos por el juez interno, y mucho menos por un tribunal arbitral en caso de una disputa entre un inversionista extranjero y el Estado, y que lo obliga a acudir al derecho interno colombiano para temas de salud pública, seguridad nacional, protección al medio ambiente y reconocimiento de derechos laborales.

Este principio resulta útil en la medida en que "*(...) el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación el de los otros.*"<sup>241</sup>

#### D. Principio de igualdad entre nacionales y extranjeros

Los mecanismos de solución de disputas internacionales como los arbitrajes internacionales bajo la égida del CIADI otorgan a los inversionistas el derecho -no disponible para los nacionales- de no agotar la jurisdicción nacional y acudir directamente a tribunales de arbitramento internacionales<sup>242</sup>. En esta medida, podría decirse que, dicha vía procesal internacional concede mayores garantías a los extranjeros frente a los nacionales, en lo que podría considerarse una vulneración a los artículos 13 y 100 de nuestra Constitución Política<sup>243</sup>. El hecho de que el inversionista extranjero sea tratado de acuerdo a estándares internacionales y que el nacional sea tratado únicamente de conformidad con lo dispuesto en el derecho público interno, puede crear cierta discriminación en contra del inversionista nacional. Por ello, debemos preguntarnos si una norma jurídica que aplica a todos los residentes en Colombia, nacionales y extranjeros, puede desconocerse para dar paso al derecho internacional público. Y lo anterior es relevante en la medida en que tal como fue establecido por el Consejo de Estado<sup>244</sup>, si se generan daños a un nacional por un desequilibrio de las cargas públicas imputables a título de daño especial, a causa de una actuación del legislador al aprobar un AII, el Estado puede resultar responsable si se generan estos daños.

<sup>241</sup> Cfr: CARLOS BERNAL PULIDO. El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: [[http://portal.uexternado.edu.co/pdf2\\_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf)].

<sup>242</sup> Sobre el particular ver los argumentos de CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO Y DIANA RODRÍGUEZ FRANCO en: Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas, Dejusticia, No. 1, Enero - Marzo de 2007, pp. 1 -15.

<sup>243</sup> Esta Corte en diferentes pronunciamientos, aplicado a diferentes asuntos, ha reiterado la necesidad de proteger el derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros, aun cuando no sea absoluto, por cuanto el legislador dentro de su amplio margen de configuración podrá establecer un tratamiento diferenciado siempre que el mismo encuentre fundamento, por ejemplo, en normas de orden público, se justifique por situaciones de hecho diferentes, persiga una finalidad objetiva y razonable, y exista una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida. Cfr. Sentencias T-172 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández), T-215 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-321 de 1996 (M.P. Hernando Herrera), C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-380 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-1259 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-395 de 2002 (M.P. Jaime Araujo), C-523 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-1 058 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-070 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas).

<sup>244</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado IJ-001 de fecha 25 de agosto de 1998. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Debemos recordar que según el artículo 90 de nuestra Constitución<sup>245</sup>, la responsabilidad del Estado, deberá enmarcarse en la ocurrencia de un daño antijurídico y la verificación de uno de los regímenes de imputación. En esta medida, un juez de lo contencioso administrativo podría analizar el posible daño antijurídico, producto del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales al adoptar un tratado internacional (por una diferenciación de tratamiento entre nacionales y extranjeros). Lo anterior, en desarrollo tanto de los regímenes de responsabilidad del Estado<sup>246</sup>, como del principio de la igualdad consagrado en los artículos 13 y 100 de la Constitución Política.

Por lo anterior, es particularmente relevante dar aplicación al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, con el fin de evitar posibles demandas al Estado por parte de nacionales que no tienen la posibilidad de reclamar directamente en foros internacionales. De hecho, previendo estas circunstancias, en el año 2002, el Congreso de los Estados Unidos ordenó que en el futuro los AIIs no deberían otorgar a los inversionistas extranjeros en los Estados Unidos más derechos de los que tienen los inversionistas estadounidenses invirtiendo en dicho país.

#### Principio de territorialidad del derecho en materia de inversiones extranjeras<sup>247</sup>

En términos generales, la rama judicial del poder público no solo detenta el monopolio de la resolución de conflictos en el territorio colombiano, sino que, además, el órgano jurisdiccional del Estado tiene por fin principal -por no decir exclusivo- la aplicación del derecho colombiano (artículo 230 de la Constitución Política). Sin perjuicio de las competencias que la Constitución le otorga al juez constitucional para hacer un control previo, integral y automático de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, y que resulta útil para la interpretación que debe hacerse de las cláusulas del tratado al interior del Estado, es menester también hacer referencia a otras herramientas que brinda este instrumento para que los jueces internos no pierdan su competencia para

<sup>245</sup> El artículo 90 de la Constitución dispone que "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste*".

<sup>246</sup> Sentencia C-333 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez).

<sup>247</sup> AI respecto la Corte Constitucional, ha proferido los siguientes pronunciamientos: (a) mediante sentencia C-347 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía) establece que "*So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero*"; (b) mediante sentencia C-294 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería) establece "*No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano; por esa razón la primera interpretación es contraria a la Constitución*"; (c) mediante sentencia C-320 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) establece que "*De igual manera, le está vedado al legislador (ii) establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; (iii) que despojen a los jueces nacionales de sus competencias constitucionales; y (iv) que impliquen una vulneración del principio de separación de poderes*".

conocer las controversias entre inversionistas y Estado y de esta manera salvaguardar la soberanía del Estado.

En el caso del TLC con Costa Rica, específicamente en el capítulo II relativo a inversión<sup>248</sup>, se establece que el arbitraje es un mecanismo para la resolución de controversias. No obstante, se evidencia (específicamente en los artículos 12.19(6) y 12.19(7)) que existe un rol para el juez nacional en la solución de controversias inversionista-Estado que debe ser promovido:

*"6. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje bajo esta Sección si el demandante (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 12.17.1 (a)) o el demandante o la empresa (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 12.17.1(b)), han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante.*

*"7. Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación descrita bajo esta Sección a un tribunal administrativo o judicial del demandado o a cualquier otro mecanismo de solución de controversias de carácter vinculante, esa elección será definitiva y el demandante no podrá someter la misma reclamación bajo la presente Sección."*

Este rol prevalente del juez nacional guarda además identidad con el principio de territorialidad de la ley, el cual, siguiendo la línea expresada en la sentencia y en el salvamento de voto a la sentencia C-347 de 1997 solo puede ser desconocido en situaciones excepcionales<sup>249</sup>:

*"(...) El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley - entendiéndolo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional."*

Por otro lado y como se señaló en la Sección B anterior relativa al principio de reciprocidad, en caso de acudir al mecanismo de arbitraje en un foro diferente a un tribunal arbitral CIADI<sup>250</sup>, el laudo arbitral internacional con que

<sup>248</sup>Capítulo 11, 12.17, 12.18, 12.19, 12.20, 12.21, 12.22, 12.23

<sup>249</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>250</sup> El TLC con Costa Rica prevé en su artículo 12.17(4) que una vez cumplidas las condiciones establecidas en el párrafo 2 del mismo artículo y en el artículo 12.19, el demandante puede someter la reclamación a cualquiera de los siguientes foros: (i) un tribunal arbitral bajo la égida del CIADI (siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI), o (ii) un tribunal arbitral

este termina, en todo caso, debe ser sometido a un procedimiento de reconocimiento y ejecución ante los jueces nacionales por la vía de *exequátur*, específicamente ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde precisamente una de las valoraciones más importantes que debe hacerse es la de la existencia de reciprocidad, reflejando con esto que el juez nacional tiene el deber de ponderar el cumplimiento de los principios generales de derecho, bajo la premisa de la excepción del "orden público internacional". Así entonces un laudo arbitral internacional en Colombia, no debe producir más efectos que aquellos que produciría para el otro país:

*"(...) las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que le concedan los Tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia."*<sup>251</sup>

Pero también analiza el juez nacional, al momento del *exequátur*, que no se contradigan principios de derecho interno, que son considerados como de orden público<sup>252</sup>, como señala la doctrina:

*"La noción de orden público, por lo tanto, sólo debe usarse para evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales. Por esto la doctrina ha enseñado que "no existe inconveniente para un país aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica, se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios"*<sup>253</sup>.

Por su parte, tratándose de laudos proferidos por un tribunal arbitral bajo la égida del CIADI (tal como está previsto en el artículo 12.17(4) del capítulo II del presente tratado, y en los artículos 54<sup>254</sup> y 55 de la Convención del CIADI)

---

bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o si las partes lo acuerdan, ante una institución de arbitraje *ad hoc*, o ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

<sup>251</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de enero de 1999. Expediente No. 7474.

<sup>252</sup> JUAN PABLO CÁRDENAS. *El concepto de orden público en el arbitraje internacional*, en: *Teoría general del derecho internacional privado*, LAURA GARCÍA MATAMOROS Y ANTONIO ALJURE (eds.) Editorial Legis, Bogotá, 2016. p. 137 y ss.

<sup>253</sup> CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN. *La noción de orden público en el Derecho Internacional Privado*. En: *Derecho de los Negocios Internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1991. p. 414.

<sup>254</sup> Artículo 54(1). *Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los Estados que lo integran.*

éstos deberán ser ejecutados en Colombia, como si se tratara de un laudo local<sup>255</sup>.

#### F. Principio de renuncia a la protección diplomática

Al firmar la convención del CIADI, los países más desarrollados renunciaron a ejercitar la protección diplomática respecto de intereses patrimoniales de sus ciudadanos e inversionistas. De hecho, el artículo 27 de la Convención de Washington contiene la prohibición expresa a un Estado de dar protección diplomática o iniciar una reclamación internacional respecto de cualquier divergencia jurídica que uno de sus nacionales y otro Estado hayan sometido a arbitraje CIADI, a menos que el Estado parte en la divergencia no haya cumplido con el laudo arbitral que puso fin a tal divergencia, siendo este un principio a tener en cuenta al momento de interpretar potenciales controversias que surjan entre inversionistas y el Estado colombiano<sup>256</sup>.

#### G. Principio de agotamiento de los recursos locales

En armonía con lo señalado para los dos principios anteriores, la Constitución colombiana establece que es una de las funciones del Estado la de administrar justicia (artículo 228 de la Carta). Una lectura armónica del derecho internacional con este artículo debería llevar a considerar el arbitraje CIADI, para la solución de controversias entre inversionista-Estado, como un verdadero mecanismo subsidiario, que sólo se puede poner en movimiento una vez el extranjero haya llevado el litigio ante los tribunales nacionales<sup>257</sup>.

<sup>255</sup> En los términos del artículo 54(3) de la Convención de Washington, "El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda."

<sup>256</sup> En los términos del artículo 27 de la Convención de Washington "(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia."

<sup>257</sup> Sobre este particular se puede mencionar la aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la sentencia C-150 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), en la que en el fundamento jurídico No. 4: "(...) 4. Ahora bien, analizado este tema desde el punto de vista de la naturaleza y el carácter de las controversias que se dirimen en este tipo de tratados internacionales, observo que las materias que actualmente dan origen a los conflictos o controversias entre las Partes firmantes de Acuerdos, Convenios o Tratados internacionales, tienen que ver con temas esenciales para el Estado y sus nacionales, temas que afectan de manera directa los derechos fundamentales de los ciudadanos, por cuanto tratan por ejemplo de la determinación de derechos de autor y de propiedad intelectual e industrial, patentes, etc. Por tanto, en mi opinión, con la aceptación de los tribunales de arbitramento como regla general para la solución de controversias, tribunales que por regla general favorecen intereses de los más grandes emporios, sean naciones, Estados o grupos económicos, se termina favoreciendo los intereses de estos, y con ello afectando también la igualdad y equidad entre las Partes. Sobre este punto, advierte igualmente el suscrito Magistrado, que en el Convenio no se dice que la resolución de controversias a través del mecanismo de tribunal de arbitramento se de solo respecto de las inversiones, aunque el Convenio trate esencialmente sobre estas, sino que se entienda respecto de cualquier clase de controversia entre las partes, lo cual -como ya mencioné-, puede terminar afectando los derechos fundamentales de los nacionales. En este orden de ideas, considero que con esta cláusula general de arbitramento se afecta la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales de los nacionales, pues la resolución de estas controversias por tribunales de arbitramento atienden generalmente intereses económicos del poder y no de los integrantes del común."

Y aunque el TLC con Costa Rica en su cláusula 12.19 parece no excluir por completo la solución interna de controversias al señalar que: *"Para poder someter una reclamación bajo esta Sección, se deben agotar previamente los procedimientos administrativos internos de acuerdo con la legislación doméstica aplicable"*, en la práctica sí lo hace, pues esta limitación se circunscribe *"para Colombia [a la] "vía gubernativa" y para Costa Rica [a la]"vía administrativa"*, lo que en últimas deja sin competencia a los jueces internos, pudiendo entonces redundar en un detrimento de los derechos de igualdad y del debido proceso<sup>258</sup>.

El método de armonización propuesto en esta aclaración, pretende que los jueces nacionales puedan intervenir de manera activa en disputas que se deriven de la aplicación del tratado<sup>259</sup>. De hecho, la cláusula 12.19(6) del capítulo II del TLC con Costa Rica permite a los jueces nacionales conocer de las controversias entre inversionistas y Estado. Sin embargo, su intervención debe estar guiada por unas pautas claras, como las que aquí se proponen, de manera tal que el juez nacional brinde seguridad jurídica y permita cada vez más que este tipo de controversias puedan solucionarse al interior del Estado y no exclusivamente en foros internacionales<sup>260</sup>.

#### H. Principio de buena fe

En el ordenamiento jurídico colombiano la buena fe se reconoce como un principio general de derecho desarrollado incluso por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en 1936 señaló:

*"El principio de la buena fe tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adoptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones, y c) como objeto de protección legal.*

<sup>258</sup> La República de Colombia bien hubiera podido exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales. En efecto, el artículo 26 de la Convención de Washington establece en su parte pertinente: *"(...) Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio"*. (Ver *supra*. nota de pie de página número 9)

<sup>259</sup> GUY CANIVET. *Le droit communautaire et l'office du juge national, Droit et société*, No. 20-21, pp. 133-134.

<sup>260</sup> En opinión de NICOLÁS M. PERRONE, en su artículo *"El rol de las justicias domésticas en el régimen internacional de protección de las inversiones: El caso Argentino y de la UNASUR"*. En: ÁLVAREZ ZARATE, J.M. et al y otros. *Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina. I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 555, 589 y 590, *"(...) los jueces domésticos pueden tener un rol importante frente a disputas sobre inversiones extranjeras, frente a los TIP a casos concretos (...) la conclusión de este trabajo es que si los jueces domésticos se involucran en estas disputas, los poderes judiciales mejorarían y, además, la región lograría una posición más activa en el debate respecto del contenido de los TIP"*.

*"Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho."*<sup>261</sup>

Y continuaría, la Corte Suprema, el desarrollo de este principio en 1958 así:

*"Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres."*

*"Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad."*

*"Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre."*<sup>262</sup>

El principio de la buena fe, pasaría en 1991 a convertirse en un postulado constitucional (art. 83 de la Constitución). Es así como ha señalado la Corte Constitucional que el principio de la buena fe "(...) exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)"<sup>263</sup> y que además "presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada"<sup>264</sup>

Este principio cobra especial relevancia en esta materia, en la medida en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo reconoce tanto como principio general de derecho interno, como principio general de derecho internacional reconocido por Colombia en los términos del artículo 9 de la Constitución<sup>265</sup>.

<sup>261</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de mayo de 1936. XLI11. 47.

<sup>262</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 18 de junio de 1958. LXXXVIII, 233.

<sup>263</sup> Ver: Corte Constitucional, sentencias T-499 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU-478 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); C-892 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); C-1194 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-475 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>264</sup> *Ibidem*.

<sup>265</sup> Al respecto ver: Corte Constitucional, sentencias C-202 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis); C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); C-823 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), y C-269 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).



Con fundamento en lo señalado a lo largo de esta aclaración, toda vez que en el TLC con Costa Rica se le da un valor prevalente al derecho internacional (12.24) en la solución de controversias entre inversionista y Estado, considero que dicha cláusula debe ser leída de manera sistemática a la luz del sistema de fuentes consagrado tanto en el artículo 42(1) de la Convención de Washington, como en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La armonización entre el derecho internacional y el derecho interno así como entre el derecho público y el privado, se hace factible jurídicamente cuando se acude a los principios generales de derecho, los cuales deben desentrañarse de los ordenamientos jurídicos internos al ser éstos sistemas más maduros y evolucionados en el control de legalidad de la actividad estatal y la consecuente responsabilidad del Estado.

Por último, el enfoque de armonización propuesto permite concretar la textura abierta de los múltiples AII's vigentes en Colombia, clarificando contenidos normativos de estándares generales e indeterminados (como por ejemplo cláusulas 12.2, 12.3 y 12.4 del TLC con Costa Rica). Así mismo, la aplicación de los principios generales de derecho permite que las decisiones en materia de disputas entre inversionista y Estado tengan cierta predictibilidad, consistencia, coherencia e integridad en la argumentación, lo que en últimas permitiría salvaguardar el valor de la seguridad jurídica. Y en últimas, la utilización de criterios comunes y objetivos y el balance adecuado entre intereses públicos y privados, redundará en una mayor legitimidad del arbitraje inversionista-Estado.

Con el debido respeto,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA  
A LA SENTENCIA C-157/16**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y COSTA RICA**-No resultaba preciso sujetar a consulta previa el acuerdo internacional y su ley aprobatoria (Aclaración de voto)

**CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**-Suministro o intercambio de información de esta naturaleza implica que se ha accedido a ella, cuando no sea ya pública, en términos concordantes con lo previsto en el tratado y en el ordenamiento sobre consulta y consentimiento previo de las comunidades indígenas o afrodescendientes (Aclaración de voto)

Referencia: expediente LAT-440

Revisión de constitucionalidad de la Ley 1763 de 2015 *“Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, República de Colombia, el 22 de mayo de 2013”*.

Magistrada Ponente:  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

1. Suscribo esta decisión, pero aclaro el voto para precisar el sentido de mi apoyo a la exequibilidad del artículo 9.5 del Tratado, correspondiente al capítulo IX, que trata sobre la *‘Propiedad intelectual’*. Este artículo se refiere de forma puntual a las comunidades indígenas, con la siguiente fórmula:

**“ARTÍCULO 9.5: MEDIDAS RELACIONADAS CON LA  
PROTECCIÓN A LA BIODIVERSIDAD Y LOS  
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**

1. Las Partes reconocen y reafirman sus derechos y obligaciones establecidos en el CDB relacionados con la soberanía de las Partes sobre sus recursos naturales y la autoridad para determinar el acceso a los recursos biológicos y genéticos y sus productos derivados, mediante términos mutuamente acordados, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en normas nacionales e internacionales pertinentes. Las Partes reconocen el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 14 de noviembre de 2001, sobre la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB.

2. Las Partes reconocen la importancia y valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales,<sup>266</sup> así como la contribución pasada, presente y futura de las mismas a la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos y sus productos derivados, y en general, la contribución de los conocimientos tradicionales de tales comunidades a la cultura y al desarrollo económico y social de las naciones. Cada Parte, de conformidad con su legislación, reitera su compromiso de respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales de los territorios de las Partes.

3. El acceso a los recursos biológicos y genéticos y sus productos derivados estará condicionado al consentimiento fundamentado previo de la Parte que es país de origen, en términos mutuamente acordados. Igualmente, el acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales asociado a dichos recursos estará condicionado al consentimiento fundamentado previo de los titulares o poseedores, según corresponda, de dichos conocimientos, en términos mutuamente acordados. Ambos supuestos estarán sujetos a lo dispuesto por la legislación de cada Parte.

4. Las Partes tomarán medidas para asegurar una distribución justa y equitativa de los beneficios que surjan de la utilización de los recursos biológicos y genéticos y productos derivados y de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales.

5. Cada Parte tomará las medidas de política, legales y administrativas, con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de las condiciones de acceso a los recursos biológicos y genéticos de la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales asociados.

6. Cualquier derecho de propiedad intelectual que se genere a partir del uso de recursos biológicos y genéticos y sus productos derivados, y/o conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, de las cuales una Parte es país de origen, deberá observar el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales específicas en la materia.

7. De conformidad con su legislación, las Partes requerirán que en las solicitudes de patentes desarrolladas a partir de recursos biológicos, genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados, de los que sean país de origen, se demuestre el acceso legal a dichos recursos o conocimientos, así como la divulgación del origen del recurso y/o conocimiento tradicional accedido.

---

<sup>266</sup> Dice en esta parte el tratado, a pie de página: “3 Si la legislación de cada Parte así lo prevé, “comunidades indígenas y locales” incluirá las comunidades afroamericanas o afrodescendientes. 9-6”.

8. Las Partes podrán, a través de sus autoridades nacionales competentes, intercambiar información relacionada a la biodiversidad y/o conocimientos tradicionales e información documentada relativa a recursos biológicos y genéticos y sus derivados, o de ser el caso, de los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas y locales, a fin de que sirvan de apoyo en la evaluación de las patentes.

9. Las Partes acuerdan, a solicitud de cualquiera de ellas, colaborar en el suministro de información pública que tengan a su disposición para la investigación y seguimiento del acceso ilegal a recursos genéticos y/o conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en sus territorios.

10. Las Partes cooperarán, sobre la base de términos mutuamente acordados, con el intercambio de información y experiencias en relación con el acceso a los recursos biológicos, genéticos y sus derivados, y/o conocimientos tradicionales asociados.”

2. Como se observa, hay una alusión directa a las comunidades indígenas y afro-descendientes. No obstante, considero que esto no implicaba necesariamente que el tratado y su ley aprobatoria hubiesen debido consultarse. Ciertamente, en la sentencia C-030 de 2008 (consulta previa de la ley forestal), la Corte sostuvo que *“hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”*. Es decir, que incluso si una norma prevé un beneficio para los pueblos indígenas, consistente en el deber de consulta de ciertas actuaciones, esa normatividad estaría sujeta a consulta. Además, el Convenio 169 de la OIT dice en el artículo 6.1.a) que las partes deberán *“(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

3. En esta ocasión, no obstante, en mi concepto no resultaba preciso sujetar a consulta previa el acuerdo internacional y su ley aprobatoria, por cuanto las medidas legislativas previstas en el acuerdo eran normas de *autorización* para adoptar otras medidas, que en caso de implementarse *sí* deben contar efectivamente con el consentimiento o la consulta previa de las comunidades indígenas o afrodescendientes. Es decir, que la afectación directa se predicaría de las medidas aquí autorizadas, y no propiamente del tratado o de su ley aprobatoria, razón por la cual deben ser estas las que se sometan al consentimiento o consulta previa, según el caso, de acuerdo con el texto mismo del instrumento internacional. Así, por ejemplo, el artículo 9.5.3 prevé que para acceder a los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, genéticos y productos derivados, debe contarse con el *“consentimiento fundamentado previo de los titulares o poseedores”*, lo cual indica que se exige, más que consulta, consentimiento previo de las

comunidades. Del mismo modo, el artículo 9.5.6 establece que cualquier derecho de propiedad intelectual generado a partir del uso de conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, “*deberá observar el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales específicas en la materia*”, entre las cuales se encuentran las relativas a consulta y consentimiento previo de los pueblos.

4. No paso por alto que, en el artículo 9.5, el Tratado bajo examen no solo regula el “*acceso*” a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y los derechos de propiedad intelectual originados en el “*uso*” de los mismos. También contempla una regulación referida directamente a los conocimientos tradicionales de estas comunidades, que se encuentra en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 9.5 del Acuerdo. En ellos se prevé la posibilidad de intercambiar y suministrar información sobre conocimientos tradicionales de estas comunidades, sin alusión aparente al deber de consulta o consentimiento previo. Sin embargo, la autorización allí prevista para suministrar o intercambiar información de esta naturaleza presupone el acceso o el uso lícitos de esa información, y ambos actos deben estar precedidos de procedimientos adecuados de consulta o consentimiento previos de las comunidades indígenas o afrodescendientes, de conformidad con este mismo tratado, la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia. Por lo cual, los actos de suministro o intercambio de información sobre conocimientos tradicionales implica que se ha accedido a ella, cuando no sea ya pública, en términos concordantes con lo previsto en este tratado y en el ordenamiento sobre consulta y consentimiento previo de las comunidades indígenas o afrodescendientes.

*Fecha ut supra,*

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA  
Magistrada