

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES Y SUS LEYES APROBATORIAS-Competencia de la Corte Constitucional

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Aspectos formales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Negociación, celebración y aprobación ejecutiva

El control de constitucionalidad sobre los aspectos formales en esta fase del procedimiento implica que la Corte verifique (i) la validez de la representación del Estado colombiano en la negociación, la celebración y la firma del tratado internacional; (ii) si la aprobación de este instrumento debía someterse a consulta previa y, en tal caso, si esta se llevó a cabo, y (iii) si dicho instrumento fue aprobado por el Presidente de la República y fue sometido a consideración del Congreso

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL-Negociación y celebración

CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS-Validez en la representación de un Estado

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia constitucional/CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

CONSULTA PREVIA FRENTE A TRATADOS INTERNACIONALES-Reglas jurisprudenciales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS-Verificación de la realización de la consulta previa a las comunidades étnicas

La Corte constata que el tratado internacional y la ley aprobatoria objetos de control no han debido someterse a consulta previa. Esto es así por tres razones. Primera, tales instrumentos normativos no contienen medida alguna que implique una afectación directa al territorio o a la identidad cultural de las comunidades titulares del derecho a la consulta previa. Segunda, el contenido del tratado y de su ley aprobatoria no surte ningún efecto diferenciado o específico en relación con tales comunidades, sino que despliega sus efectos generales sobre el Estado y, por contera, sobre la sociedad en general. Los derechos y beneficios previstos en dicho tratado se reconocen a todos los inversionistas nacionales, personas naturales y jurídicas, sin distinción alguna (art. 1) y sin imponer condición, favorable o desfavorable, a los sujetos titulares de la consulta previa para el reconocimiento o ejercicio de tales derechos. Tercera, la única disposición del tratado referente a la diversidad cultural (art. 9) prevé expresamente que dicho instrumento no podrá interpretarse como un impedimento para que las Partes Contratantes adopten medidas de preservación y fomento de la diversidad cultural y lingüística. A todas luces, esta disposición no implica afectación directa de las comunidades

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Suscripción del tratado y aprobación presidencial

LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES-Procedimiento de formación previsto para leyes ordinarias/TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Cumplimiento de requisitos constitucionales y legales en su trámite legislativo/LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES-Trámite legislativo

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Trámite de ley ordinaria con inicio de debates en el Senado de la República/LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Cumplimiento de requisitos de trámite

LEY APROBATORIA DE ACUERDO INTERNACIONAL-Sanción presidencial

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS-Naturaleza

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Características

TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Control material

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY APROBATORIA DE TRATADO-Alcance

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE TRATADOS Y LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS-Jurisprudencia constitucional

Es posible identificar en la jurisprudencia constitucional al menos cuatro razones que, de manera explícita o implícita, han servido de fundamento a esta doctrina constitucional, a saber: (i) la legitimidad democrática de las ramas ejecutiva y legislativa, (ii) la competencia técnica de ambas ramas, (iii) la naturaleza técnica de las normas de derecho internacional de inversiones y el carácter especializado de los tribunales en estas materias y, por último, (iv) la imposibilidad de prever las dificultades relacionadas con la aplicación de los APPRI

JUICIO DE RAZONABILIDAD-Aplicación

[E]l alcance del control de constitucionalidad material e integral que la Corte ejercerá en el asunto sub judice se llevará a cabo mediante un juicio de razonabilidad que implica verificar (i) que las finalidades globales y de cada una de las cláusulas del tratado resulten legítimas a la luz de la Constitución Política y (ii) que el tratado en su conjunto, así como las medidas individualmente previstas en dicho instrumento, sean idóneos, esto es, que existan elementos de juicio que permitan concluir que contribuirán a alcanzar sus finalidades. Este juicio de razonabilidad se funda en las siguientes premisas: (a) el control de constitucionalidad implica "comparar las disposiciones del instrumento internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las normas previstas en el ordenamiento superior", incluido, por supuesto, el artículo 226 constitucional; (b) la Constitución Política defiere principalmente a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la "conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia" de los tratados internacionales; por lo tanto, en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los

mismos y (c) la Corte debe examinar el contenido del tratado y salvaguardar "los derechos fundamentales, el orden público [y] la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho, así como "los mandatos, valores y principios que aseguran la vigencia del Estado social"

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Efectos de cosa juzgada absoluta

TRATADO INTERNACIONAL-Efectos de la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad

TRATADO INTERNACIONAL-Declaraciones interpretativas

CORTE CONSTITUCIONAL EN TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Recomendaciones con valor doctrinal y no fuerza vinculante

[L]a Corte aclara que el alcance y los efectos del control de constitucionalidad descrito aplican para el asunto sub judice y, bajo ningún entendido, podrían afectar las decisiones relacionadas con los tratados internacionales de inversión declarados exequibles y ratificados por Colombia. Esto es así por tres razones. Primera, los efectos de cosa juzgada absoluta de todas las decisiones de la Corte sobre tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, que, como se señaló líneas arriba, impiden que la Corte vuelva a fallar sobre los mismos instrumentos. Segunda, los efectos ex nunc o pro futuro de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, que generalmente impiden que se altere situaciones consolidadas y se afecte la seguridad jurídica. Tercera, las eventuales consecuencias jurídicas, políticas y económicas que los efectos de una eventual revisión ex post de tales tratados podría acarrear para el Estado colombiano en el plano internacional. Esto no obsta, por supuesto, para reconocer que esta decisión tiene fuerza vinculante como precedente en relación con el control de constitucionalidad de los futuros APPRI

TRATADO INTERNACIONAL-Finalidades de control constitucional previo a ratificación del instrumento

[L]os fines del tratado sub examine resultan compatibles con los principios del Estado social de derecho descritos. En efecto, su preámbulo resalta que este tratado busca "proteger los objetivos legítimos de políticas públicas", que son, entre otros, los cometidos sociales previstos por la Constitución y "estimular la transferencia de (...) tecnología". Además, como lo ha considerado la Corte frente a otros APPRI, estos instrumentos buscan "impulsar la economía local y, por esa vía, brindar mejores condiciones de vida a la población", "generación de empleo", "recepción de conocimiento especializado y de personal capacitado" y, en consecuencia, propender por "la promoción del bienestar general", así como "alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico".

ACUERDOS DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES APPRI O TRATADOS BILATERALES DE INVERSION BITS-Características de las cláusulas tipo que contienen

ACUERDOS DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES APPRI O TRATADOS BILATERALES DE INVERSION BITS-Justificación

ACUERDOS DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES APPRI O TRATADOS BILATERALES DE INVERSION BITS-Objeto

CLAUSULA DE TRATO NACIONAL Y DE NACION MAS FAVORECIDA EN CONVENIO DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES-Propicia un trato igualitario entre inversionistas/PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ACUERDO SOBRE INVERSION EXTRANJERA-Igual trato al inversionista y a las inversiones extranjeras

[L]a Corte concluye que el tratado sub examine garantiza, en términos generales, el mandato constitucional de igual trato al inversionista y a las inversiones extranjeras (en este caso, francesas) en Colombia y la prohibición de discriminación en su contra y a favor de los nacionales. Esto mediante las cláusulas sustantivas de TN, expropiación y compensación por pérdidas, entre otras. Sin embargo, también concluye que ninguna disposición del tratado en cuestión garantiza el mandato de igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales en Colombia respecto del extranjero, así como la prohibición de discriminación en su contra, que, como se explicó, además de derivarse del artículo 13 de la Constitución Política, se han considerado necesarios en los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones e, incluso, por el Consejo Constitucional Francés (Corte Constitucional de la Parte Contratante en el tratado sub examine)

TRATADO INTERNACIONAL-Guarda armonía con la Constitución

Tras un análisis general del tratado y de sus fines, la Corte no lo encuentra incompatible con la Constitución Política, por cuanto (i) sus finalidades son legítimas y (ii) es un instrumento idóneo para tales efectos, habida cuenta de las razones y evidencia empírica que justifican su celebración. Esto, sin perjuicio del condicionamiento referido en los anteriores párrafos, el cual resulta necesario para ajustar el tratado, en su conjunto, a lo previsto por el artículo 13 de la Constitución Política. Al respecto, conforme con lo señalado en los párr. 68 y ss, la Corte advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto del referido condicionamiento

LEY APROBATORIA DE ACUERDO INTERNACIONAL-Constitucionalidad

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FRANCESA SOBRE EL FOMENTO Y PROTECCION RECIPROCOS DE INVERSIONES-Se ajusta a la Constitución Política

La Corte analizó la compatibilidad del tratado sub examine, por medio de un juicio de razonabilidad. Al respecto, concluyó que (i) las finalidades globales del tratado internacional son compatibles con la Constitución Política, en tanto contribuyen a la materialización de los principios constitucionales (a) del Estado de derecho (art. 1 de la CP), (b) de la internacionalización de las relaciones económicas (arts. 226 y 227 de la CP) y (c) del desarrollo, el bienestar y la prosperidad económica y social (arts. 1, 2, 333 y 334 de la CP). La Corte también advirtió que (ii) el tratado, en su conjunto, es idóneo para cumplir sus finalidades, pues contiene las "cláusulas tipo sobre protección de la inversión", las cuales corresponden "a modelos preestablecidos de Convenio internacional, de estructura estándar" que las tres ramas del poder público han considerado como una "herramienta legítima" para alcanzar los fines antes descritos. Además, la celebración del tratado sí está justificada, pues, según las razones y la evidencia empírica aportada por el Gobierno Nacional y por otros actores a este proceso de constitucionalidad, la decisión de negociar este APPRI es compatible con la política pública

exterior de Colombia.

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FRANCESA SOBRE EL FOMENTO Y PROTECCION RECIPROCOS DE INVERSIONES-Constitucionalidad condicionada

[L]a Corte estima indispensable, para ajustar el tratado sub examine en su integridad a la Constitución Política y, en particular, a su artículo 13, declarar su exequibilidad condicionada, en aras de evitar interpretaciones inconstitucionales de sus cláusulas, habida cuenta del anotado vacío de protección de la igualdad de los inversionistas y las inversiones nacionales en Colombia. Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de este tratado y de su ley aprobatoria, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales. Este condicionamiento resulta indispensable. Esto, para efectos de garantizar la igualdad de trato del inversionista y de las inversiones locales en relación con los inversionistas y las inversiones francesas en Colombia.

Referencia: Expediente LAT-445

Control de constitucionalidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, y de la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó este tratado internacional.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial de la prevista por el artículo 241.10 de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de control de constitucionalidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, y de la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó este tratado internacional.

Antecedentes

El 17 de julio de 2017, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Secretaría General de esta Corte el oficio número OFI17-00087273/JMSC110200, la copia auténtica de la Ley 1840 de 12 de julio de 2017 y su exposición de motivos[1].

Mediante el auto de 3 de agosto de 2017, el magistrado sustanciador (i) avocó conocimiento del

asunto de la referencia; (ii) decretó las pruebas necesarias; (iii) corrió traslado al Procurador General de la Nación; (iv) fijó en lista el proceso de la referencia; (v) ordenó comunicar el inicio de este proceso al Presidente de la República, al Presidente el Congreso, a los Ministros de Relaciones Exteriores; de Comercio, Industria y Turismo y de Hacienda y Crédito Público; (vi) ordenó comunicar a los decanos de varias facultades de Derecho y presidentes o directores de distintas asociaciones y organizaciones; y, finalmente, (vii) suspendió los términos en el presente asunto, según lo ordenado en el auto 305 de 2017, proferido por la Sala Plena de esta Corte[2].

Por medio de los autos de 9 de octubre[3] y 4 de diciembre[4] de 2017, el magistrado sustanciador reiteró su solicitud de pruebas y ordenó que se diera cumplimiento a las órdenes previstas en el auto de 3 de agosto del mismo año.

En el auto de 30 de octubre de 2018, el magistrado sustanciador ordenó a la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores remitir la copia de los trabajos preparatorios contenidos en las carpetas correspondientes al Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, a los 10 días del mes de julio de 2014, el Protocolo suscrito por las Partes Contratantes sobre el artículo 1 y la declaración interpretativa respecto del artículo 16[5].

Mediante el auto 707 de 31 de octubre de 2018, la Sala Plena de la Corte Constitucional ordenó, entre otros, (i) levantar los términos en el presente asunto y (ii) convocar a audiencia pública para el día 13 de diciembre de 2018[6].

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a ejercer su competencia de control de constitucionalidad del tratado internacional y de la ley aprobatoria sub examine.

Norma objeto de control

El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, fue aprobado mediante la Ley 1840 de 12 de julio de 2017. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial número 50.191 del mismo día[7]. Su contenido se presentará, artículo por artículo, en la sección correspondiente al examen material de constitucionalidad.

Relación de siglas, abreviaturas y equivalencias

La Corte utilizará el siguiente listado de siglas, abreviaturas y equivalencias para facilitar la lectura de este documento:

Acuerdo Comercial entre México, EEUU y Canadá	USMCA (por su denominación en inglés)
Acuerdo de Asociación Transpacífico	TPP (por su denominación en inglés)
Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros	CETA (por su denominación en inglés)
Acuerdos Internacionales de Inversión	AII
Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones	APPRI
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio	ADPIC
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	ANDJE
Asociación Nacional de Empresarios de Colombia	ANDI
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones	CIADI
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	CNUDMI
Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo	UNCTAD (por su denominación en inglés)
Estándar Mínimo de Trato	EMT
Expropiación indirecta	EI
Inversión Extranjera Directa	IED
Ministerio de Relaciones Exteriores	Cancillería
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	MinCIT
Nación Más Favorecida	NMF
Organización Mundial del Comercio	OMC
Protección y Seguridad Plenas	PSP
Tratado de Libre Comercio	TLC
Trato justo y equitativo	TJE
Trato Nacional	TN
Universidad Externado de Colombia	UExternado
Universidad del Rosario	URosario
Universidad Autónoma de Bucaramanga	UNAB

Intervenciones

La Corte recibió 8 escritos de intervención en el presente asunto. Cuatro solicitan la exequibilidad de la Ley y del tratado sub examine; dos, la inexecutable parcial de algunos contenidos normativos; uno, no formula solicitud alguna, aunque advierte incompatibilidades entre algunos artículos del Acuerdo y la Constitución Política, y, por último, otro solicita la exequibilidad del artículo 16. Los intervinientes y sus solicitudes se sintetizan en el siguiente

cuadro:

Intervenciones ciudadanas		
Interviniente	Objeto y alcance de la intervención	Solicitud
MinCIT[8]	Importancia y conveniencia de este Acuerdo Procedimiento de suscripción y aprobación del Acuerdo Análisis de constitucionalidad de todos los artículos	Exequibilidad
URosario[9]	Finalidad del Acuerdo Diferencias entre este Acuerdo y otros APPRI Análisis de los artículos 1 (e), 1.3 pár. 2, 8 (a), 8 (e), 2 pár. 5, 5, 6, 15.2 y 16.	No formula solicitud alguna, aunque advierte la incompatibilidad de tales disposiciones con la Constitución Política
Cancillería[10]	Importancia y conveniencia de este Acuerdo Procedimiento de suscripción y aprobación del Acuerdo Análisis de constitucionalidad de todos los artículos	Exequibilidad
José Manuel Álvarez Zárate[11]	Déficits en el proceso de negociación e incorporación del Acuerdo al ordenamiento doméstico Análisis de constitucionalidad de los artículos 4 (núm. 1) y 16, así como de la declaración interpretativa de 23 de octubre de 2017	Inexequibilidad de los artículos 4 (núm. 1) y 16
UExternado[12]	Procedimiento de suscripción y aprobación del Acuerdo Naturaleza del control de constitucionalidad de los APPRI Déficits en el proceso de negociación e incorporación del Acuerdo al ordenamiento doméstico Análisis de constitucionalidad de los artículos 1 y 16.	Inexequibilidad parcial del artículo 1 Exequibilidad condicionada del artículo 1 Inexequibilidad del artículo 16
ANDI[13]	Procedimiento de suscripción y aprobación del Acuerdo Compatibilidad del Acuerdo con el artículo 227 de la Constitución Política	Exequibilidad
UNAB[14]	Procedimiento de suscripción y aprobación del Acuerdo Análisis de constitucionalidad de todos los artículos	Exequibilidad

Sebastián Mantilla Blanco[15]	Análisis de constitucionalidad del artículo 16 del Acuerdo	Exequibilidad del art. 16.
-------------------------------	--	----------------------------

Los argumentos y las solicitudes de cada intervención serán expuestos en las secciones relativas al control de constitucionalidad formal y material del Acuerdo y de la Ley sub examine, según corresponda.

Audiencia Pública

La audiencia pública sobre el control de constitucionalidad del Acuerdo y de la Ley sub examine se llevó a cabo el día 13 de diciembre de 2018. El siguiente cuadro sintetiza los ejes temáticos, los participantes en esta audiencia y sus solicitudes concretas[16]:

Audiencia pública	
Participante	Solicitud
Primer eje temático: Justificación, objeto y alcance del tratado	
Alejandra Valencia[17] Directora de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Cancillería	Exequibilidad
Gautier Mignot[18] Embajador de Francia en Colombia (en adelante, el Embajador)	Exequibilidad
Alexander Toulemonde[19] Presidente de la Cámara colombiana de Comercio	Exequibilidad
Adriana Vargas[20] 2da Jefe de la delegación colombiana en la negociación del Acuerdo sub examine	Exequibilidad
Magdalena Correa[21] Directora del departamento de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia	Inexequibilidad del Acuerdo y de la Ley aprobatoria
Segundo eje temático: Estándar mínimo de trato, trato nacional y nación más favorecida	
José Antonio Rivas[22] 1er Jefe de la delegación colombiana en la negociación del Acuerdo sub examine	Exequibilidad, en particular, de los artículos 4, 5 y 16
Rafael Rincón[23] Profesor de arbitraje internacional de la Pontificia Universidad Javeriana	Exequibilidad
José Manuel Álvarez[24] Profesor de derecho internacional de la	No formula solicitud alguna, pero reitera los argumentos de incompatibilidad de

Universidad Externado de Colombia	los artículos 4 (núm. 1) y 16 con la Constitución Política presentados en su intervención
Tercer eje temático: Expropiación indirecta	
Nicolás Palau[25] Director de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del MinCIT	Exequibilidad
Diana Correa[26] Profesora de derecho internacional de la Universidad Externado de Colombia	Exequibilidad, en particular, del artículo 6
Enrique Prieto[27] Profesor de derecho internacional de la Universidad del Rosario	Inexequibilidad del artículo 6
Cuarto eje temático: Mecanismo de arreglo de diferencias entre inversionistas y Parte Contratante	
Ana María Ordóñez[28] Directora de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.	Exequibilidad, en particular, del artículo 15
Eduardo Silva-Romero[29] Árbitro internacional	Exequibilidad, en particular, del artículo 15
René Urueña[30] Director del Área de Derecho Internacional de la Universidad de los Andes	Exequibilidad condicionada del artículo 15

Los argumentos y las solicitudes de cada participante serán presentados en las secciones relativas al control de constitucionalidad material del Acuerdo y de la Ley sub examine, según corresponda.

Concepto del Procurador General de la Nación

El 12 de diciembre de 2018, el Procurador General de la Nación (en adelante, el Procurador) solicitó que se declaren exequibles el tratado internacional y la Ley 1840 de 2017 sub examine[31], por cuanto satisfacen los requisitos formales para su aprobación y son compatibles con la Constitución Política. Pidió, además, que se declare la exequibilidad condicionada de los artículos 4 (2) y 16 del Acuerdo. Por tanto, solicitó a la Corte que ordene al Presidente de la República que "al manifestar el consentimiento del Estado Colombiano en obligarse por este Acuerdo mediante su ratificación en la forma establecida en el artículo 18 del Acuerdo, formule las declaraciones interpretativas al mismo en los términos condicionados en la correspondiente sentencia". Sus argumentos y solicitudes concretas serán expuestos en las secciones correspondientes al control de constitucionalidad formal y material.

Competencia

La Corte es competente para ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, según lo previsto por el artículo 241.10 de la

Constitución Política. Este control implica el análisis de constitucionalidad tanto de los aspectos formales como materiales de tales instrumentos normativos[32]. Por lo tanto, la Corte tiene competencia para revisar la constitucionalidad, formal y material, del tratado y de la ley sub examine.

Problemas jurídicos

Habida cuenta de la naturaleza de este asunto, la Corte responderá, en su orden, los siguientes problemas jurídicos:

¿El tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine satisfacen los requisitos formales previstos por la Constitución Política y por la Ley 5 de 1992?

¿El tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine son compatibles con la Constitución Política? La Corte se formulará problemas jurídicos específicos en relación con los contenidos de cada cláusula del tratado.

Control de constitucionalidad sobre los requisitos formales

La Corte llevará a cabo el control de constitucionalidad sobre aspectos formales del tratado internacional y de la ley aprobatoria sub examine en sus tres fases, a saber: (i) la previa gubernamental, (ii) el trámite en el Congreso de la República y (iii) la sanción presidencial y el correspondiente envío de tales instrumentos a la Corte Constitucional.

Fase previa gubernamental

El control de constitucionalidad sobre los aspectos formales en esta fase del procedimiento implica que la Corte verifique (i) la validez de la representación del Estado colombiano en la negociación, la celebración y la firma del tratado internacional[33]; (ii) si la aprobación de este instrumento debía someterse a consulta previa y, en tal caso, si esta se llevó a cabo[34], y (iii) si dicho instrumento fue aprobado por el Presidente de la República y fue sometido a consideración del Congreso.

La representación del Estado colombiano en las fases de negociación, celebración y firma del tratado internacional es válida. El artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[36] dispone que "se considerará que una persona representa a un Estado" si presenta los "adecuados plenos poderes" (art. 7.1.a)[37]. El tratado internacional sub examine, el protocolo y su declaración interpretativa fueron suscritos por los ministros de Comercio, Industria y Turismo, Santiago Rojas Arroyo y María Lorena Gutiérrez Botero, en su orden, quienes contaban con plenos poderes para suscribirlos, conferidos por el Presidente de la República y por la Ministra de Relaciones Exteriores los días 25 de abril de 2014[38] y 17 de octubre de 2017[39], respectivamente. En tales términos, la representación del Estado colombiano en la suscripción de este tratado fue ejercida por quienes contaban con plenos poderes para el efecto, y, por lo tanto, se considera válida.

El tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine no debían someterse a consulta previa. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales, rom, afro-descendientes y raizales[40]. En atención a lo dispuesto por el artículo 6.1(a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo[41], la Corte ha dispuesto que la consulta previa es obligatoria, siempre que se demuestre una "afectación directa" a los sujetos titulares de este derecho antes mencionados[42].

Además, la Corte ha señalado que (i) la consulta previa se aplica para medidas legislativas o administrativas[43]; (ii) la afectación que da lugar a la obligatoriedad de la consulta previa debe ser directa, que no accidental o circunstancial, es decir, (a) de una entidad que altere "el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios"[44], o (b) cuando recae o tiene el potencial de surtir efectos directos sobre el territorio de la comunidad o sobre los aspectos definitorios de su identidad cultural. La Corte también ha concluido que (iii) con la consulta previa se busca "materializar la protección constitucional (...) que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afecten"[45], así como que (iv) este procedimiento debe adelantarse a la luz del principio de buena fe, (v) debe ser oportuno y eficaz[46] y, finalmente, (vi) que su omisión "constituye un vicio que impide declarar exequible la Ley".

En el marco del control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, la Corte ha reiterado que tiene el deber de verificar si estos instrumentos han debido someterse a consulta previa y, en tal caso, si esta se llevó a cabo. A la luz de la jurisprudencia constitucional, solo es necesario someter a consulta previa (i) los tratados internacionales que impliquen una afectación directa a las comunidades indígenas, tribales, rom, afro-descendientes y raizales[48] y (ii) las medidas de orden legislativo y administrativo que se adopten en desarrollo del tratado y que impliquen afectación directa para los mismos sujetos[49]. En el primer caso, será obligatorio adelantar el procedimiento de consulta "antes de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República"[50]. Por el contrario, la Corte ha resaltado que no es necesario agotar la consulta previa cuando el tratado o las medidas que lo desarrollen (i) no impliquen una afectación directa sobre el territorio o sobre aspectos definitorios de la identidad cultural de las comunidades titulares de este derecho[51]; (ii) carezca de disposiciones que regulen de manera favorable o desfavorable a tales sujetos, impongan limitaciones, gravámenes o beneficios particulares a los mismos[52], y (iii) solo contenga disposiciones generales que no alteren el estatus de tales comunidades[53], como aquellas que se refieren a las condiciones de libre comercio.

Con base en lo anterior, la Corte constata que el tratado internacional y la ley aprobatoria objetos de control no han debido someterse a consulta previa. Esto es así por tres razones. Primera, tales instrumentos normativos no contienen medida alguna que implique una afectación directa al territorio o a la identidad cultural de las comunidades titulares del derecho a la consulta previa. Segunda, el contenido del tratado y de su ley aprobatoria no surte ningún efecto diferenciado o específico en relación con tales comunidades, sino que despliega sus efectos generales sobre el Estado y, por contera, sobre la sociedad en general. Los derechos y beneficios previstos en dicho tratado se reconocen a todos los inversionistas nacionales, personas naturales y jurídicas, sin distinción alguna[55] (art. 1) y sin imponer condición, favorable o desfavorable, a los sujetos titulares de la consulta previa para el reconocimiento o ejercicio de tales derechos. Tercera, la única disposición del tratado referente a la diversidad cultural (art. 9) prevé expresamente que dicho instrumento no podrá interpretarse como un impedimento para que las Partes Contratantes adopten medidas de preservación y fomento de la diversidad cultural y lingüística. A todas luces, esta disposición no implica afectación directa de las comunidades.

La aprobación presidencial y el sometimiento del tratado internacional a consideración del Congreso de la República se llevó a cabo conforme al artículo 189.2 de la Constitución Política. Este artículo prevé que corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados con otros estados que "se someterán a la aprobación del Congreso". En el caso concreto, la Corte constata que el día 21 de noviembre de 2014, el

Presidente de la República aprobó el tratado internacional sub examine y ordenó someterlo a consideración del Congreso de la República[56].

Fase previa gubernamental	
Requisito	Cumplimiento
Validez de la representación del Estado colombiano	Cumple
Consulta previa	N/A
Aprobación presidencial y sometimiento del tratado a consideración del Congreso	Cumple

Trámite ante el Congreso de la República

La Constitución Política no dispuso un procedimiento especial para las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, por lo que, en términos generales, les corresponde el trámite previsto para las leyes ordinarias[57]. En este sentido, el control de constitucionalidad sobre los aspectos formales en esta fase del procedimiento implica que la Corte verifique el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales relativos a (i) la presentación del proyecto de ley ante el Senado de la República por parte del Gobierno Nacional (art. 154 de la CP); (ii) la publicación oficial del proyecto de ley aprobatoria (art. 156 de la Ley 5 de 1992); (iii) el inicio del trámite legislativo en la respectiva comisión constitucional permanente del Senado de la República (art. 154 de la CP); (iv) la publicación de la ponencia para debate en las comisiones y en las plenarios (arts. 157 y 185 de la Ley 5 de 1992); (v) el anuncio previo de las votaciones (art. 160 de la CP); (vi) la votación y las exigencias de quorum y mayorías (arts. 145 y 146 de la CP); (vii) el lapso entre los debates (art. 160 de la CP), y, finalmente, (viii) que el proyecto de ley no se hubiere considerado en más de dos legislaturas (art. 162 de la CP).

El proyecto de ley fue presentado por el Gobierno Nacional ante el Senado de la República. El día 19 de octubre de 2015, las ministras de Relaciones Exteriores y de Comercio, Industria y Turismo presentaron el proyecto de ley aprobatoria del tratado sub examine junto con su exposición de motivos en la Secretaría General del Senado de la República. A ese proyecto se le asignó el número de radicación 108 de 2015 (Senado)[58]. En tales términos, la Corte constata que se cumplió con lo previsto por los artículos 142.20 de la Ley 5 de 1992[59] y 154 de la Constitución Política.

El proyecto de ley fue publicado antes de darle trámite en la respectiva Comisión. El 19 de octubre de 2015, el Secretario General del Senado de la República remitió copia del proyecto de ley 108 de 2015 (Senado) a la Imprenta Nacional para su publicación, la cual se llevó a cabo en la Gaceta del Congreso No. 829 de 19 de octubre de 2015[61]. En tales términos, la Corte constata que se cumplió con lo previsto por los artículos 157 de la Constitución Política[62] y 144 de la Ley 5 de 1992.

El proyecto de ley inició su trámite legislativo en la comisión constitucional competente. El 19 de octubre de 2015, el proyecto de ley 108 de 2015 (Senado) fue repartido a la Comisión Segunda del Senado de la República[64]. En tales términos, la Corte verifica que el proyecto de Ley cumplió con la exigencia constitucional y legal relativa a que inicie su trámite en la comisión constitucional competente, según lo previsto por el artículo 2 de la Ley 3 de 1992.

Primer debate. En el trámite, el debate y la aprobación del proyecto de Ley en la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República se observaron las exigencias

constitucionales y legales. El 29 de octubre de 2015, el Secretario General de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República recibió el proyecto de ley 108 de 2015 (Senado) y lo remitió a la Mesa Directiva de la Comisión para que designara el Ponente. El 5 de noviembre de 2015, en ejercicio de la competencia prevista por el artículo 150 de la Ley 5 de 1992[66], dicho órgano designó como ponente de este proyecto de Ley al senador José David Name Cardozo.

Informe de ponencia. El senador José David Name Cardozo presentó su informe de ponencia para primer debate al Secretario de la Comisión Segunda Constitucional Permanente[68]. Dicho informe fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 104 de 17 de marzo de 2016[69]. Con esto, la Corte constata que se observaron las exigencias previstas por los artículos 160 de la Constitución Política[70], así como 156[71] y 157[72] de la Ley 5 de 1992.

Anuncio previo. El anuncio previo se llevó a cabo el día 13 de abril de 2016, tal como consta en el Acta No. 23 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 395 de 9 de junio de 2016[73]. En dicha sesión, el Secretario de la Comisión, por solicitud del Presidente de la misma, anunció el debate y la votación del proyecto de Ley sub examine "para la próxima sesión"[74]. En tales términos, la Corte constata que en el caso concreto se cumplió la exigencia prevista por el artículo 160 de la Constitución Política relativa al anuncio previo.

Debate y aprobación. Tal como se anunció, el debate y la aprobación del proyecto de ley sub examine se llevó a cabo en la sesión de 27 de abril de 2016, como consta en el Acta No. 24 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 395 de 9 de junio de 2016[76]. Tras revisar el Acta, la Corte considera satisfechos los siguientes requisitos:

Requisito	Cumplimiento
Quorum deliberativo	La sesión inició con la verificación del quorum deliberativo, el cual se satisfizo al contar con la presencia de 9 de los 13 Senadores de la Comisión Segunda Constitucional Permanente. De esta manera, se cumplió con el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política[77].
Quorum decisorio	Tras el debate sobre el proyecto de Ley sub examine, el Secretario de la Comisión llamó a lista "para la aprobación de la proposición con la cual termina el informe de ponencia" y verificó la presencia de 9 de los 13 Senadores de la Comisión Segunda Constitucional Permanente. En tales términos, se satisfizo el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política[78].
Aprobación de la proposición positiva del informe de ponencia	Mediante "votación nominal y pública"[79], 8 senadores votaron por el sí y 1, por el no. De esta manera, se cumplieron las exigencias de los artículos 133 (votación

	nominal)[81] y 146 (mayoría simple) [82] de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición para omitir la lectura del articulado y el articulado del proyecto	Mediante "votación nominal y pública"[83], 8 senadores votaron por el sí y 1, por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación del título del proyecto y del envío para segundo debate	Mediante "votación nominal y pública"[85], 8 senadores votaron por el sí y 1, por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.

Publicación del texto aprobado. El texto del proyecto de ley sub examine aprobado en el primer debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 323 de 24 de mayo de 2016[87].

Primer debate	
Requisito	Cumplimiento
Publicación del informe de ponencia Gaceta del Congreso No. 104 de 17 de marzo de 2016	Cumple
Anuncio previo Acta No. 23 de 13 de abril de 2016 Gaceta del Congreso No. 395 de 9 de junio de 2016	Cumple
Debate y aprobación Acta No. 24 de 27 de abril de 2016 Gaceta del Congreso No. 395 de 9 de junio de 2016	Cumple
Quorum deliberativo	Cumple
Quorum decisorio	Cumple
Votación nominal y pública	Cumple
Aprobación por la mayoría requerida	Cumple
Publicación del texto aprobado Gaceta del Congreso No. 323 de 24 de mayo de 2016	Cumple

El lapso entre el primer y el segundo debate satisface el término previsto en el artículo 160 de la Constitución Política[88]. La Corte constata que el primer debate se llevó a cabo el día 27 de abril de 2016 y el segundo, tal como se expondrá en el párr. 29.3, el día 17 de noviembre del mismo año, con lo cual se observó el lapso de 8 días entre el primer y el segundo debate.

Segundo debate. En el trámite, el debate y la aprobación del proyecto de Ley en la Plenaria del Senado de la República se observaron las exigencias constitucionales y legales. Tras recibir el proyecto de ley sub examine en la Secretaría del Senado de la República, se mantuvo al senador José David Name Cardozo como ponente de esta iniciativa legislativa.

Informe de ponencia. El 24 de mayo de 2016, el senador José David Name Cardozo presentó su

informe de ponencia para segundo debate al Secretario del Senado de la República[89]. Dicho informe fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 323 de 24 de mayo de 2016[90]. En tales términos, la Corte constata que en el caso concreto se observaron las exigencias constitucionales y legales señaladas en los artículos 160 de la Constitución Política, así como 156 y 157 de la Ley 5 de 1992.

Anuncio previo. El anuncio previo se llevó a cabo el día 16 de noviembre de 2016, tal como consta en el Acta No. 36 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 89 de 20 de febrero de 2017[91]. En dicha sesión, el Secretario de la Comisión, por solicitud del Presidente de la misma, anunció el debate y la votación del proyecto de ley sub examine "para ser considerado (...) en la próxima sesión Plenaria del Senado de la República"[92]. En tales términos, la Corte constata que en el caso concreto se cumplió con la exigencia prevista por el artículo 160 de la Constitución Política relativa al anuncio previo.

Debate y aprobación. Tal como se anunció, el debate y la aprobación del proyecto de ley sub examine se llevó a cabo en la sesión de 17 de noviembre de 2016, como consta en el Acta No. 37 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 90 de 20 de febrero de 2017[93]. Tras revisar esta Acta, la Corte considera satisfechos los siguientes requisitos:

Requisito	Cumplimiento
Quorum deliberativo	La sesión inició con la verificación del quorum deliberativo, el cual se satisfizo al contar con la presencia de 86 de los 101 Senadores de la República. En tales términos, se cumplió con el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Quorum decisorio	Tras el debate sobre el proyecto de ley sub examine, los Senadores de la República presentes eran 53. En tales términos, se satisfizo el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición positiva del informe de ponencia	Mediante "votación nominal y pública"[94], 47 senadores votaron por el sí y 6, por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición para omitir la lectura del articulado, aprobar el articulado del proyecto, su título y que se le dé trámite en la Cámara	Mediante "votación nominal y pública"[96], 56 senadores votaron por el sí y 5, por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.

Publicación del texto aprobado. El texto del proyecto de ley sub examine aprobado en el segundo debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 1033 de 21 de noviembre de

2016[98].

Segundo debate	
Requisito	Cumplimiento
Publicación del informe de ponencia Gaceta del Congreso No. 323 de 24 de mayo de 2016	Cumple
Anuncio previo Acta No. 36 de 16 de noviembre de 2016 Gaceta del Congreso No. 89 de 20 febrero de 2017	Cumple
Debate y aprobación Acta No. 37 de 17 de noviembre de 2016 Gaceta del Congreso No. 90 de 20 de febrero de 2017	Cumple
Quorum deliberativo	Cumple
Quorum decisorio	Cumple
Votación nominal y pública	Cumple
Aprobación por la mayoría requerida	Cumple
Publicación del texto aprobado Gaceta del Congreso No. 1033 de 21 de noviembre de 2016	Cumple

El lapso entre el segundo y el tercer debate satisface el término previsto en el artículo 160 de la Constitución Política. La Corte constata que el segundo debate se llevó a cabo el día 17 de noviembre de 2016 y el tercero, tal como se expondrá en el párr. 31.3, el día 6 de junio de 2017, con lo cual se observó el lapso de 15 días entre el segundo y el tercer debate.

Tercer debate. En el trámite, el debate y la aprobación del proyecto de ley en la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes se cumplieron las exigencias constitucionales y legales. Tras su aprobación por la Plenaria del Senado, el Presidente del Senado de la República remitió a la Cámara de Representantes el proyecto de ley No. 108 de 2015 (Senado)[99], el cual fue radicado con el número 217 de 2016 (Cámara). Una vez recibido, el Presidente de la Cámara de Representantes asignó dicho proyecto a la Comisión Segunda Constitucional Permanente[100]. La Mesa Directiva de esta Comisión, en ejercicio de sus competencias legales, designó como ponente de este proyecto de ley al representante José Luis Pérez Oyuela.

Informe de ponencia. Tras su designación, el representante José Luis Pérez Oyuela presentó su informe de ponencia para tercer debate a la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara[102]. Dicho informe fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 98 de 24 de febrero de 2017[103]. En tales términos, la Corte constata que en el asunto sub judice se cumplió con las exigencias previstas por los artículos 160 de la Constitución Política, así como 156 y 157 de la Ley 5 de 1992.

Anuncio previo. El anuncio previo se llevó a cabo el día 31 de mayo de 2017, tal como consta en el Acta No. 32 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 660 de 8 de agosto de 2017[104]. En dicha sesión, el Secretario de la Comisión, por solicitud del Presidente de la misma, anunció el debate y la votación del proyecto de ley sub examine "para la próxima

sesión"[105]. En tales términos, la Corte constata que en el asunto sub judice se cumplió con la exigencia prevista por el artículo 160 de la Constitución Política relativa al anuncio previo.

Debate y aprobación. Tal como se anunció, el debate y la aprobación del proyecto de ley sub examine se llevó a cabo en la sesión de 6 de junio de 2017, como consta en el Acta No. 33 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 661 de 8 de agosto de 2017[106]. Tras revisar esta Acta, la Corte considera satisfechos los siguientes requisitos:

Requisito	Cumplimiento
Quorum deliberativo	La sesión inició con la verificación del quorum deliberativo, el cual se satisfizo al contar con la presencia de 12 de los 18 Representantes a la Cámara de la Comisión Segunda Constitucional Permanente. En tales términos, se cumplió con el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Quorum decisorio	Tras el debate sobre el proyecto de ley sub examine, los Representantes a la Cámara presentes eran 13. En tales términos, se cumplió con el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición positiva del informe de ponencia	Mediante "votación nominal y pública"[107], 13 representantes votaron por el sí. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición del articulado del proyecto	Mediante "votación nominal y pública"[109], 14 representantes votaron por el sí. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación del título del proyecto y del envío para cuarto debate	Mediante "votación nominal y pública"[111], 14 representantes votaron por el sí. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.

Publicación del texto aprobado. El texto del proyecto de ley sub examine aprobado en el tercer debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 461 de 9 de junio de 2017[113].

Tercer debate	
Requisito	Cumplimiento
Publicación del informe de ponencia Gaceta del Congreso No. 98 de 24 de febrero de 2017	Cumple
Anuncio previo Acta No. 32 de 31 de mayo de 2017 Gaceta del Congreso No. 660 de 8 de agosto de 2017	Cumple
Debate y aprobación Acta No. 33 de 6 de junio de 2017 Gaceta del Congreso No. 661 de 8 de agosto de 2017	Cumple
Quorum deliberativo	Cumple
Quorum decisorio	Cumple
Votación nominal y pública	Cumple
Aprobación por la mayoría requerida	Cumple
Publicación del texto aprobado Gaceta del Congreso No. 461 de 9 de junio de 2017	Cumple

El lapso entre el tercer y el cuarto debate satisface el término previsto por el artículo 160 de la Constitución Política. La Corte constata que el tercer debate se llevó a cabo el día 6 de junio de 2017 y el cuarto, tal como se expondrá en el párr. 33.3, el día 16 de junio del mismo año, con lo cual se observó el lapso de 8 días "comunes" entre el tercer y el cuarto debate[114].

Cuarto debate. En el trámite, el debate y la aprobación del proyecto de ley en la Plenaria de la Cámara de Representantes se cumplió con las exigencias constitucionales y legales. Tras recibir el proyecto de ley sub examine en la Secretaría de la Cámara de Representantes, se mantuvo al representante José Luis Pérez Oyuela como ponente de esta iniciativa legislativa.

Informe de ponencia. El 7 de junio de 2017, el representante José Luis Pérez Oyuela presentó su informe de ponencia para cuarto debate al Presidente de la Cámara de Representantes[115]. Dicho informe fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 461 de 9 de junio de 2017[116]. En tales términos, la Corte constata que en el proyecto en cuestión se observaron las exigencias constitucionales y legales señaladas en los artículos 160 de la Constitución Política, así como 156 y 157 de la Ley 5 de 1992.

Anuncio previo. El anuncio previo se llevó a cabo el día 15 de junio de 2017, tal como consta en el Acta No. 226 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 685 de 10 de agosto de 2017[117]. En dicha sesión, el Secretario de la Cámara, por solicitud del Presidente de la misma, anunció el debate y la votación del proyecto de ley sub examine "para mañana 16 de junio". En tales términos, la Corte constata que en el proyecto en cuestión se cumplió con la exigencia prevista por el artículo 160 de la Constitución Política relativa al anuncio previo.

Debate y aprobación. Tal como se anunció, el debate y la aprobación del proyecto de ley sub examine se llevó a cabo en la sesión de 16 de junio de 2017, como consta en el Acta No. 227 del mismo día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 715 de 22 de agosto de 2017[118]. Tras revisar esta Acta, la Corte considera satisfechos los siguientes requisitos:

□□□

Requisito	Cumplimiento
Quorum deliberativo	La sesión inició con la verificación del quorum deliberativo, el cual se satisfizo al contar con la presencia de 134 de los 165 representantes a la Cámara. En tales términos, se cumplió con el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Quorum decisorio	Tras el debate sobre el proyecto de ley sub examine, los representantes a la Cámara presentes eran 99. En tales términos, se satisfizo el requisito previsto en el artículo 145 de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición positiva del informe de ponencia	Mediante "votación nominal y pública"[119], 76 representantes a la Cámara votaron por el sí y 13 por el no. De esta manera, se cumplieron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación de la proposición del articulado del proyecto	Mediante "votación nominal y pública"[121], 78 representantes a la Cámara votaron por el sí y 9 por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.
Aprobación del título y respuesta a la pregunta ¿Quiere la Plenaria de la Cámara que este proyecto sea ley de la República?	Mediante "votación nominal y pública"[123], 81 representantes a la Cámara votaron por el sí y 9 por el no. De esta manera, se observaron las exigencias de los artículos 133 (votación nominal) y 146 (mayoría simple) de la Constitución Política.

Publicación del texto aprobado. El texto del proyecto de ley sub examine aprobado en el cuarto debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 520 de 27 de junio de 2017[125]. El Presidente de la Cámara de Representantes suscribió una nota aclaratoria en relación con el título del proyecto: en lugar de "Congreso de Colombia", tal como fue publicado en la referida Gaceta, se incluyó la expresión "Congreso de la República Decreta". Esta nota aclaratoria fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 694 de 15 de agosto de 2017.

Cuarto debate	
Requisito	Cumplimiento
Publicación del informe de ponencia Gaceta del Congreso No. 461 de 9 de junio de 2017	Cumple
Anuncio previo Acta No. 226 de 15 de junio de 2017 Gaceta del Congreso No. 685 de 10 de agosto de 2017	Cumple
Debate y aprobación Acta No. 227 de 16 de junio de 2017 Gaceta del Congreso No. 715 de 22 de agosto de 2017	Cumple
Quorum deliberativo	Cumple
Quorum decisorio	Cumple
Votación nominal y pública	Cumple
Aprobación por la mayoría requerida	Cumple
Publicación del texto final aprobado Gaceta del Congreso No. 694 de 15 de agosto de 2017	Cumple

Finalmente, la Corte constata que el proyecto de ley sub examine no fue considerado en más de dos legislaturas, con lo cual se cumplió con la exigencia prevista por el artículo 162 de la Constitución Política[127]. El proyecto de ley fue radicado en el Congreso de la República el día 19 de octubre de 2015 (párr. 24) y finalizó su trámite con el debate y la aprobación en cuarto debate llevada a cabo el 16 de junio de 2017 (párr. 33.3)[128]. Así, la consideración y el trámite del proyecto de ley objeto de control se surtió en dos legislaturas, a saber: la primera, del 20 de julio de 2015 al 20 de junio de 2016, y la segunda, del 20 de julio de 2016 al 20 de junio de 2017.

Trámite ante el Congreso de la República	
Requisito	Cumplimiento
Presentación del proyecto de ley por el Gobierno Nacional ante el Senado de la República	Cumple
Publicación del proyecto de ley antes de darle curso	Cumple
Inicio y trámite del proyecto de ley ante las Comisiones Constitucionales Permanentes competentes	Cumple
Publicación de los informes de ponencia en los cuatro debates	Cumple
Anuncios previos en los cuatro debates	Cumple
Quorum deliberativo en los cuatro debates	Cumple
Quorum decisorio en los cuatro debates	Cumple
Aprobación por la mayoría requerida en los cuatro debates	Cumple
Votación nominal y pública en los cuatro debates	Cumple
Publicación del texto aprobado en cada debate	Cumple

Lapso de 8 días entre los debates de Comisión y Plenaria	Cumple
Lapso de 15 días entre la aprobación del proyecto en el Senado y la iniciación del trámite en la Cámara	Cumple
Publicación del texto final aprobado	Cumple
Trámite del proyecto en máximo dos legislaturas	Cumple

Sanción presidencial y envío a la Corte Constitucional

El control de constitucionalidad sobre los aspectos formales en esta fase del procedimiento implica que la Corte verifique que el Presidente de la República hubiere (i) sancionado la ley y (ii) remitido la misma a la Corte Constitucional, dentro del término de 6 días previsto por el artículo 241.10 de la Constitución Política. En el caso concreto, el Presidente de la República sancionó la Ley aprobatoria del tratado sub examine[129] el día 12 de julio de 2017, y la remitió a la Corte el 17 de julio del mismo año[130]. En tales términos, la Corte advierte que el trámite surtido en esta fase del procedimiento satisfizo las exigencias constitucionales, así:

Sanción presidencial y envío a la Corte Constitucional	
Requisito	Cumplimiento
Sanción presidencial	Cumple
Remisión, en término, a la Corte Constitucional	Cumple

En respuesta al problema jurídico formulado en el párr. 15.1, tal como lo señalaron el MinCIT, la Cancillería, la UExternado, la ANDI, la UNAB y el Procurador, la Sala constata que el tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine cumplieron los requisitos previstos por la Constitución Política y la Ley 5 de 1992. Por lo tanto, la Sala procede a pronunciarse sobre la constitucionalidad del contenido de las cláusulas que integran el tratado internacional objeto de control.

Control de constitucionalidad material del Acuerdo

El tratado objeto de revisión es un instrumento normativo que forma parte del derecho internacional de inversiones. Por esta razón, la Corte (i) determinará la naturaleza, el alcance y los efectos del control de constitucionalidad material respecto de los APPRI, (ii) examinará la compatibilidad general del acuerdo sub examine y de sus finalidades con la Constitución Política, y, por último, (iii) revisará la constitucionalidad de cada uno de los artículos que integran (a) la Ley 1840 de 2017 y (b) el instrumento internacional en cuestión, junto con su protocolo y declaración interpretativa conjunta.

Naturaleza, alcance y efectos del control de constitucionalidad material de los APPRI

Naturaleza del control de constitucionalidad. El artículo 241.10 de la Constitución Política prevé que es función de la Corte ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias. Esta competencia de la Corte Constitucional integra el proceso de negociación, suscripción, aprobación y ratificación de los tratados internacionales previsto por la Constitución Política[131]. En el marco de este proceso, la Constitución exige agotar diversas etapas sucesivas en las que intervienen las tres ramas del poder público, así: "(i) suscripción del instrumento internacional por parte del Presidente de la República, (ii) aprobación del convenio

internacional por el Congreso de la República mediante una ley aprobatoria, (iii) estudio del convenio y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional, y, finalmente, (iv) ratificación del instrumento internacional por parte del Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado"[132]. Perfeccionado el tratado tras las etapas señaladas, los compromisos celebrados por el Estado son plenamente exigibles en los ámbitos internacional y doméstico.

La Corte ha reiterado de manera uniforme que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias 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 estos instrumentos normativos deben ser enviados 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 abarca tanto los aspectos formales como los materiales de la ley y del 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 Política y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano[134].

El control material de constitucionalidad consiste en confrontar el contenido "del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las disposiciones de la Constitución, para determinar si se ajusta o no a la Carta Política"[135]. Es más, la Corte ha resaltado que particularmente frente a tratados de naturaleza comercial o económica, "se debe tener en cuenta que estos deben ser conformes con el llamado bloque de constitucionalidad"[136]. Así las cosas, según la jurisprudencia constitucional, el control material de constitucionalidad en estos casos implica un análisis de compatibilidad entre el tratado internacional y su ley aprobatoria, de un lado, y la Constitución Política y los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, del otro.

A su vez, el control material de constitucionalidad se ejerce frente a la ley aprobatoria y al tratado internacional en su integridad. Este control comprende el análisis de constitucionalidad del tratado en general y de sus finalidades[138], así como de su contenido en particular, esto es, de las "disposiciones del instrumento internacional y de su ley aprobatoria"[139], en otros términos, de "la integridad del texto, lo que incluye los anexos, pies de página, al igual que cualquier otra comunicación entre las partes encaminada a acordar algún sentido o alcance a los compromisos asumidos"[140]. Al respecto, la Corte ha aclarado que, según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por tratado se entiende "el acuerdo internacional celebrado por escrito entre dos o más estados y regido por el derecho internacional, que consta en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular"[141]. Con este fundamento, la Corte ha controlado la compatibilidad de los instrumentos normativos, anexos y conexos, que tienen por objeto dar alcance a lo pactado en el tratado.

En tales términos, el parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad material e integral de los APPRI está conformado por "la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política"[143] y de aquellos instrumentos normativos que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto[144]. Esto se justifica, en parte, porque los tratados internacionales económicos, de inversión o comerciales tienen, "en general, la jerarquía normativa de las leyes ordinarias"[145]. A su vez, el objeto sobre el cual recae este control está integrado por los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, así como por los demás instrumentos normativos, anexos y conexos, destinados a "acordar algún sentido o alcance a los

compromisos asumidos".

Alcance del control de constitucionalidad. De manera reiterada, la Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad material sobre los tratados internacionales "es un estudio eminentemente jurídico"[147]. Es decir, "que no se ocupa de revisar las ventajas u oportunidad práctica de un acuerdo a nivel económico, social, etc., ni su conveniencia política"[148]. La Corte ha reconocido que "las razones de celebración, si bien son importantísimas para ilustrar la interpretación, desarrollo y ejecución del convenio, no hacen parte del juicio de constitucionalidad"[149]. En estos términos, también ha considerado que "el juicio que adelanta sobre los tratados internacionales no es de conveniencia sino jurídico".

Es posible identificar en la jurisprudencia constitucional al menos cuatro razones que, de manera explícita o implícita, han servido de fundamento a esta doctrina constitucional, a saber: (i) la legitimidad democrática de las ramas ejecutiva y legislativa, (ii) la competencia técnica de ambas ramas, (iii) la naturaleza técnica de las normas de derecho internacional de inversiones y el carácter especializado de los tribunales en estas materias y, por último, (iv) la imposibilidad de prever las dificultades relacionadas con la aplicación de los APPRI.

Primero, la legitimidad democrática de las ramas ejecutiva y legislativa. La Corte ha señalado que, entre otros, los artículos 189.2[151] y 150.16[152] de la Constitución defieren al Presidente y al Congreso de la República las evaluaciones de oportunidad práctica y de conveniencia al momento de negociar, suscribir, aprobar y ratificar un tratado internacional[153], con base en que "el ideal normativo que preside las relaciones internacionales del Estado, le impone a los representantes del pueblo al momento de negociar o asumir un compromiso internacional, verificar que el contenido del tratado promueva el desarrollo y la aplicación efectiva de las instituciones esenciales de nuestro ordenamiento constitucional"[154]. Dado lo anterior, en esta materia la Corte ha reiterado que "no puede, por medio de sus funciones, invadir las esferas de acción de los restantes órganos del Estado".

Segundo, la competencia técnica de las ramas ejecutiva y legislativa para evaluar la conveniencia de estos acuerdos. Al respecto, la Corte ha advertido que "es complicado verificar la constitucionalidad de los diversos equilibrios, ventajas y concesiones presentes en cada uno de los compromisos asumidos formalmente por los contratantes"[156]. Por esta razón, "estos elementos extra normativos deben ser evaluados por el Jefe de Estado y por el Congreso en su oportunidad, según los términos de la Constitución Nacional"[157]. Son ellos quienes "determinan las razones de conveniencia, oportunidad y provecho que hacen recomendable la adopción del mencionado instrumento"[158], en cuyo "análisis pudieron optar por ceder algunos intereses frente a otros, con la finalidad de alcanzar objetivos concretos en el intercambio comercial".

Tercero, la naturaleza técnica de las normas del derecho internacional de inversiones y el carácter especializado de los tribunales en estas materias. Al respecto, en la sentencia C-178 de 1995, la Corte sostuvo que "algunas piezas normativas o sectores y partes del mismo ordenamiento internacional reclaman interpretaciones jurídicas presididas por juicios técnicos especializados o por la aplicación de lenguajes técnicos y científicos que no merecen ser agotados en esta sede judicial, correspondiendo a otros jueces, nacionales o internacionales, la definición del contenido de sus términos"[160]. En este sentido, en la sentencia C-358 de 1996, la Corte consideró que "en razón de la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de las inversiones a las que se refiere 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 no sería posible sin el recurso, en determinadas oportunidades, a los tribunales internacionales".

Cuarto, la imposibilidad de "prever las dificultades que surjan en cuanto a la aplicación [del tratado], porque la revisión abstracta escapa a ese detalle"[161]. En este sentido, la Corte ha afirmado que el control de constitucionalidad "no puede recaer (...) sobre los efectos de las disposiciones del tratado (...) en la medida en que implica un juicio abstracto y objetivo, y por lo tanto carece de elementos de juicio relacionados con la aplicación directa de las medidas a implementar"[162]. Así, la Corte ha sostenido que el control abstracto de constitucionalidad en estos casos es a priori, por cuanto "la efectiva adecuación [de los tratados] se verificará en la práctica"[163]. En todo caso, ha advertido que "aunque estos aspectos de ejecución y técnicos escapan al control abstracto que adelanta esta Corporación, su defensa se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales y legales reconocidas en la Carta Fundamental"[164]. Esto, bajo el entendido de que "en su momento serán las distintas autoridades, en el marco de sus competencias, las que en el desarrollo, interpretación, cumplimiento y ejecución del mismo, tanto en las decisiones de carácter general como en las que se refieren a las relaciones concretas, deberán actuar con sujeción a la Constitución y sujetas a los controles jurídicos y administrativos respectivos para la protección de la integridad y supremacía de aquella, y por tanto, como garantía de los derechos fundamentales de todos los colombianos".

A partir de tales argumentos, desde la sentencia C-178 de 1995, la Corte ha sostenido que "las específicas situaciones de hecho signadas por elementos como los de la utilidad, la efectividad o la eficiencia de las actuaciones de las autoridades públicas"[166], la oportunidad práctica y la conveniencia política "deben ser analizadas por el Jefe de Estado y por el Congreso de la República"[167]. Por lo tanto, desde entonces, ha sostenido que "al juez constitucional (...) producto de la interpretación de la Constitución Nacional y de la tradición jurídica de nuestro sistema [le corresponde] ejercer un magisterio jurídico prudente y ponderado ante las naturales vicisitudes que habrá de suscitar la aplicación y la interpretación [del tratado, por lo que] este tipo de juicios está presidido de una buena dosis de autocontrol de la jurisprudencia constitucional".

Con base en esta doctrina constitucional, la Corte generalmente ha declarado exequibles los AII suscritos por el Presidente y aprobados por el Congreso de la República[169]. En particular, los APPRI ratificados por Colombia a día de hoy y sus respectivas sentencias de control de constitucionalidad son:

APPRI – Ley aprobatoria	Sentencia
pa – Ley 245 de 1995	C-379 de 1996
no Unido – Ley 246 de 1995	C-358 de 1996
ú – Ley 279 de 1994[170]	C-008 de 1997
aña I – Ley 437 de 1998	C-494 de 1998
le – Ley 672 de 2001	C-294 de 2002
aña II – Ley 1069 de 2006	C-309 de 2007
za – Ley 1198 de 2008	C-150 de 2009
ú II – Ley 1342 de 2009	C-377 de 2010
na – Ley 1462 de 2011	C-199 de 2012
ia – Ley 1449 de 2011	C-123 de 2012
no Unido II – Ley 1464 de 2011	C-169 de 2012
ón – Ley 1720 de 2014	C-286 de 2015

Además de los APPRI, Colombia ha ratificado múltiples tratados con capítulos de inversión[171] y con disposiciones relacionadas con el derecho internacional de inversiones[172], que, en términos generales, han sido declarados exequibles por la Corte Constitucional con fundamento en la doctrina antes referida.

La Corte advierte que buena parte de la deliberación de los intervinientes en el asunto sub judice, tanto en los escritos de intervención como dentro de la audiencia, versó sobre el alcance y los efectos del control de constitucionalidad frente a los APPRI. A título ilustrativo, la Cancillería y el MinCIT señalaron que "los análisis de conveniencia y necesidad (...) le competen a la rama ejecutiva del poder público y no podrían ser tenidos en cuenta por la Corte Constitucional (...) para efectuar el examen de constitucionalidad"[173]; Magdalena Correa solicitó cambiar este precedente, por cuanto el análisis de la Corte se caracteriza (a) "por una aplicación maximizadora de la auto restricción judicial" [174], (b) por el "uso del argumento ad absurdum de la cosa juzgada a priori" [175], porque (c) "parte de premisas en exceso generales que desconocen las implicaciones prácticas que dichas cláusulas tienen (...) [y] también se desconocen los contenidos que los árbitros del sistema de arbitraje de inversión le dan a esas específicas cláusulas"[176] y (d) "ha omitido profundizar en las consecuencias que dichos enunciados tienen frente al ejercicio ordinario de las funciones legislativas, judiciales, administrativas, fiscales o disciplinarias"[177]; por su parte, Rafael Rincón planteó que, si bien las evaluaciones de conveniencia corresponden a los órganos políticos, "una forma de abordar esas tensiones [sería que] la Corte pueda dar (...) un test de razonabilidad y proporcionalidad de cuáles pueden ser [los] criterios para fundamentar las decisiones"[178], y René Urueña resaltó que no "es suficiente que la Corte analice el texto de las diferentes cláusulas a partir de una interpretación meramente textual, sino que debe hacerlo a la luz de su contenido como ha sido interpretado por los laudos de arbitraje".

Dado lo anterior, corresponde a la Corte revisar los fundamentos de la referida doctrina constitucional. Como se señaló en los párr. 43 a 49, esta doctrina se funda, principalmente, en cuatro argumentos: (i) la legitimidad democrática de las ramas ejecutiva y legislativa, (ii) la competencia técnica de ambas para determinar la conveniencia de los tratados, (iii) la especialidad de la materia y la especialización de los otros jueces, principalmente

internacionales, para fijar el alcance de sus contenidos técnicos, y (iv) la imposibilidad de prever las vicisitudes relativas a la aplicación de los APPRI, así como la existencia de mecanismos judiciales y legales que, a posteriori, salvaguardan la supremacía constitucional.

Frente a lo primero, la Corte reafirma que la Constitución Política, si bien prevé un proceso complejo para la adopción de tratados internacionales en el cual participan las tres ramas del poder público, defiere al Presidente y al Congreso de la República, en su orden, las competencias para "dirigir las relaciones internacionales (...) y celebrar tratados", así como para "aprobar o improbar" tales instrumentos. Estas competencias se fundan en los principios de soberanía, Estado de derecho y democracia representativa, que, como lo ha reconocido esta Corte, son característicos del sistema constitucional colombiano. Sin embargo, también es cierto que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 4 y 241 constitucionales, a la Corte le corresponde garantizar la guarda y la supremacía de la Constitución Política en su integridad, lo cual, en el marco de la revisión de los tratados internacionales, implica que deba "comparar las disposiciones del instrumento internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las normas previstas en el ordenamiento superior"[180], incluido su artículo 226, según el cual "el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional".

A su vez, al reafirmar la legitimidad democrática de las competencias del Presidente y del Congreso de la República en esta materia, la Corte no puede inadvertir "las especificidades del proceso legislativo en el caso de las leyes aprobatorias de tratados internacionales"[181] y, en particular, que el Congreso de la República "no puede alterar el contenido de los mismos introduciendo nuevas cláusulas, ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado, por tratarse de una negociación del Gobierno"[182], esto es, "votar en bloque" la aprobación de dicho instrumento. Así las cosas, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias frente a la totalidad de las normas constitucionales no solo es un dispositivo para garantizar la supremacía constitucional, sino que también es una oportunidad para enriquecer el proceso de celebración de tratados internacionales desde el punto de vista deliberativo, tal como ocurrió en el presente asunto, habida cuenta de los múltiples y variados argumentos presentados por los intervinientes y autoridades convocados a participar. En tales términos, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales está diseñado para complementar, desde el punto de vista de la supremacía constitucional y la deliberación, las decisiones políticas de las ramas ejecutiva y legislativa. Esto, por supuesto, sin perjuicio del deber constitucional a cargo de ambas ramas de propiciar escenarios y procesos de participación y deliberación, amplios e incluyentes, que fortalezcan el proceso de formación de la voluntad del Estado de suscribir y aprobar los compromisos internacionales.

Frente a lo segundo, de un lado, para la Corte es claro que son el Presidente y el Congreso de la República las autoridades competentes para definir y evaluar las razones técnicas relativas a la negociación y a la aprobación de un APPRI, respectivamente. Esto es así, en tanto, como lo ha reconocido esta Corte, "corresponde a las atribuciones políticas del ejecutivo [manifestar las] razones de conveniencia, oportunidad y provecho, que hacen recomendable la adopción del mencionado instrumento"[183], así como al Congreso aprobarlo. Sin embargo, también es claro que en esta, como en otras materias[184], el carácter técnico de las normas no las exime de control de constitucionalidad, así sea bajo un estándar de mera razonabilidad. Esto es así, en tanto que (i) el Estado de derecho implica, necesariamente, la inexistencia de materias exentas de control o zonas de inmunidad judicial y que (ii) la supremacía constitucional exige que, sin

excepción, se garantice la integridad de la Constitución "en todo caso de incompatibilidad entre [esta] y la ley u otra norma jurídica" (art. 4 de la CP).

Sobre el tercer argumento, para la Corte es claro que el control de constitucionalidad de los APPRI no es la oportunidad ni el foro para dotar de contenido normativo a sus cláusulas, esto es, que sus "lenguajes técnicos y científicos (...) no merecen ser agotados en esta sede judicial"[185]. Tales contenidos normativos son generalmente determinados por los negociadores, al negociar y celebrar estos tratados, o por los jueces especializados, domésticos o internacionales, al aplicarlos. Sin embargo, la Corte advierte que, siempre que los contenidos y los alcances normativos de tales cláusulas –determinados por dichas autoridades– tengan relevancia constitucional, resulta necesario tenerlos en cuenta para efectos de evaluar su compatibilidad con la Constitución Política y, así, armonizar (i) el carácter abstracto del control de constitucionalidad con los "significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas (...) en la práctica jurídica y social"[186], así como (ii) "el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley con la función que corresponde a esta Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución"[187]. Esto, a pesar de que, como lo reconoce la doctrina internacional, en el caso de los tribunales internacionales de arbitraje de inversión encargados de la aplicación de los AII, "su jurisprudencia no está sometida a instancias de apelación, como sí en la OMC, y no está formalmente coordinada, [sino que se trata] de un cuerpo de jurisprudencia poco compacta".

Por último, frente al cuarto argumento, para la Corte es claro que si bien antes podría haberse sostenido que "la Corte no puede prever"[189] las vicisitudes relacionadas con la interpretación y aplicación de los APPRI, actualmente esto es posible, aunque sea de manera parcial. Al respecto, es preciso resaltar que la propia Corte reconoció, en la sentencia C-031 de 2009, que "en el derecho interno, la declaratoria de exequibilidad del tratado internacional se fund[a] igualmente en un examen apriorístico acerca de los contenidos y alcances de las cláusulas convencionales, juicio que puede cambiar conforme se perciban, con el tiempo, los efectos prácticos de la aplicación del instrumento internacional, siendo posible constatar, por el juez constitucional, la eventual existencia de esos cambios fundamentales en las circunstancias". Pues bien, tanto a nivel global como doméstico, en la actualidad son parcialmente perceptibles los efectos prácticos de estos instrumentos internacionales, en atención a las variadas interpretaciones atribuibles a las cláusulas que los integran.

A nivel global se registra un crecimiento exponencial en el número de arbitrajes internacionales de inversión. A día de hoy existen más de 3000 tratados de inversión, tanto APPRI como TLC[190], y solo a título ilustrativo, según las estadísticas oficiales del Centro Internacional para la Resolución de las Controversias de Inversión del Banco Mundial, mientras que el promedio anual de casos registrados ante este centro entre enero de 1990 y diciembre de 1999 fue de 4.3 casos, entre enero de 2010 y diciembre de 2018 fue de 44.5 casos[191]. Es decir que, en este lapso, se constata un incremento porcentual de más del 1.000% en este tipo de litigios. A su vez, según la misma fuente, el 60% de tales casos son asuntos relacionados con APPRI[192] y, a juzgar por la ubicación geográfica de los estados parte de estos litigios, América Latina es la segunda región del mundo que concentra el mayor número de estos casos (23%), después de Europa del Este y Asia Central, que, en conjunto, acumulan el 26 % [193]. Esto acompañado de lo que el MinCIT destacó como una actual e importante "discusión global sobre [la] conveniencia [de los APPRI], [su] impacto relativo y las potencialidades que ofrecen para países en desarrollo y desarrollados".

Por su parte, a nivel doméstico, según el informe oficial aportado por el MinCIT en el presente asunto, "a la fecha existen 20 controversias internacionales de inversión en contra de Colombia, de las cuales 9 se encuentran en un periodo de arreglo directo y en 11 se ha dado inicio a un proceso arbitral con el objeto de dirimir las controversias"[195]. Tras presentar la información de cada asunto, el MinCIT advirtió que todas estas controversias tienen como fundamento los AII ratificados por Colombia y que "el monto aproximado de las pretensiones de las controversias que se encuentran en etapa de arreglo directo es de USD\$ 4.000 millones"[196], así como que el de las pretensiones de las controversias que están bajo conocimiento de tribunales arbitrales es de "USD\$5.525 millones"[197]. Por tanto, el MinCIT concluyó que "el monto total de las pretensiones de las controversias internacionales de inversión interpuestas en contra de Colombia es de nueve mil quinientos veinticinco millones de dólares (USD\$ 9.525 millones), sin intereses"[198], esto es, más del 10 % del presupuesto nacional aprobado para el año 2019[199]. A su vez, según informó el MinCIT, en su centésima sesión, el Consejo Superior de Comercio Exterior decidió, sobre estos instrumentos internacionales, "(i) mantener y honrar la red de tratados con la que cuenta, (ii) frenar la suscripción y ratificación de nuevos tratados y (iii) sujetar la posible negociación y suscripción de nuevos tratados a reglas procedimentales más estrictas en el sentido de asegurar y fortalecer la discusión de conveniencia de los mismos"[200], ante lo cual el MinCIT explícitamente "invitó a la Corte Constitucional a que acompañe este proceso (...) de aclaración del derecho internacional de las inversiones".

Por último, la Corte reitera que los mecanismos legales, judiciales, administrativos y de control deben garantizar la integridad y supremacía de la Constitución Política y la protección de los derechos fundamentales; por lo tanto, las autoridades nacionales pueden controlar los "aspectos de ejecución y técnicos" de los APPRI[202]. Sin embargo, la Corte advierte también que justamente tales medidas adoptadas con posterioridad a la ratificación de los tratados internacionales en materia de inversión por parte de los órganos judiciales, administrativos y de control han dado lugar a todas las reclamaciones internacionales antes referidas y son alegadas como "hechos internacionalmente ilícitos"[203]. Esto, por cuanto se alega que (i) "son atribuibles al Estado según el derecho internacional" y (ii) "constituyen una violación de una obligación internacional del Estado". Por lo demás, para la Corte es claro que, en el plano internacional, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*, previsto por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "un tratado en vigor obliga a las partes que lo suscribieron a lo pactado, y debe ser cumplido por ellas de buena fe, no pudiendo invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para su incumplimiento".

El siguiente cuadro evidencia lo anterior[205]:

Arbitrajes de inversión actualmente en curso en contra de Colombia		
Caso	Hechos o decisiones que dieron lugar al proceso	Cláusulas del tratado invocadas por el demandante
Glencore International AG Y C.I Prodeco S.A.	Fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la Nación	TJE (art. 4) Cláusula paraguas (art. 10) APPRI con Suiza

América Móvil S. AB de C.V	Contrato de concesión de telefonía celular Sentencia C-553 de 2013[206]	EI (art. 17) TLC con EE.UU
Caso Eco Oro Minerals Corp.	Resolución 2090 de 2014 del Ministerio de Medio Ambiente[207] Sentencia C-035 de 2016[208]	TJE (art. 805) EI (art. 811) Cláusula de resolución de controversias (art. 823) TLC con Canadá
Gas Natural SDG S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L	Omisión de control sobre el impago de los usuarios (Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial) Sentencias de tutela que ordenan la reconexión o impiden el corte de energía a sujetos de especial protección constitucional (Corte Const.) Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Entre otros.	TJE (art. 2) PSP (art. 2) TN y NMF (art. 3) APPRI con España
Telefónica S.A	Contrato de concesión de telefonía celular Sentencia C-553 de 2013[209]	TJE EI NMF APPRI con España
Astrida Benita Carrizosa	Medidas de intervención de la Superintendencia Bancaria Sentencia SU447 de 1998[210]	Múltiples cláusulas TLC con EEUU APPRI con India APPRI con Suiza
Alberto Carrizosa Gelzis et al	Medidas de intervención de la Superintendencia Bancaria Sentencia SU447 de 1998[211]	TN y NMF (art. 12) TJE (art. 3) EI (art. 6) TLC con EEUU APPRI con India APPRI con Suiza
Red Eagle Exploration	Sentencia C-035 de 2016[212]	TJE (art. 805) EI (art. 811) Cláusula de resolución de controversias (art. 823) TLC con Canadá
Galway Gold Inc.	Sentencia C-035 de 2016[213]	TJE (art. 805) EI (art. 811) Cláusula de resolución de controversias (art. 823)

		TLC con Canadá
Gran Colombia Gold Corp.	Falta de protección contra "manifestaciones e invasiones realizadas por mineros ilegales (...)"[214] Sentencia SU133 de 2017[215]	TJE (art. 805) EI (art. 811) Cláusula de resolución de controversias (art. 823) TLC con Canadá
Cosigo Resources Ltda et al	Resolución 2079 de 2009 del Ministerio de Medio Ambiente[216]	EI (art. 811) TJE (art. 805) TN y NMF (arts. 803 y 804) TLC con EE.UU.

Así las cosas, la Corte constata que el ejercicio de los mecanismos legales, judiciales, administrativos y de control, si bien puede resultar efectivo para la protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales en un caso concreto, tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano a la luz de los tratados de inversión y, por esta vía, afectar gravemente principios constitucionales como la soberanía (art. 9 de la CP) y la sostenibilidad fiscal (art. 334 de la CP), entre otros, así como el ejercicio de las competencias previstas por la Constitución Política para los órganos estatales, incluso, como da cuenta el anterior cuadro, las de la Corte Constitucional.

En consecuencia, para efectos de determinar el alcance del control de constitucionalidad en el presente asunto, (i) la Corte debe armonizar su función de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución Política con la especial deferencia que, por razones democráticas y técnicas, los artículos 189.2 y 150.16 ibídem otorgan al Presidente de la República, para que dirija las relaciones internacionales y celebre tratados, y al Congreso de la República, para que apruebe o impruebe estos instrumentos; (ii) sin pretender definir el contenido y el alcance técnico de las cláusulas incluidas en el APPRI sub examine, la Corte sí debe tener en cuenta los contenidos y los alcances normativos de tales cláusulas determinados por el propio tratado y por los jueces especializados en esta materia, siempre que tengan relevancia constitucional para efectos de determinar su compatibilidad con la Constitución Política, y, finalmente, (iii) habida cuenta de la cosa juzgada absoluta que reviste a esta decisión, así como de la función preventiva del control de constitucionalidad en estos casos, la Corte tiene que proteger la supremacía constitucional mediante un control eficaz de constitucionalidad, así como precaver y minimizar los riesgos constitucionales derivados del compromiso de la responsabilidad internacional del Estado colombiano como consecuencia de estos instrumentos. En particular, mediante su control, la Corte debe prevenir (i) que el Estado colombiano asuma compromisos internacionales inconstitucionales o (ii) que actos estatales ordenados o permitidos, a la luz de la Constitución Política, den lugar a hechos internacionalmente ilícitos.

Por lo anterior, el alcance del control de constitucionalidad material e integral que la Corte ejercerá en el asunto sub iudice se llevará a cabo mediante un juicio de razonabilidad[217] que implica verificar (i) que las finalidades globales y de cada una de las cláusulas del tratado resulten legítimas a la luz de la Constitución Política y (ii) que el tratado en su conjunto, así como las medidas individualmente previstas en dicho instrumento, sean idóneos, esto es, que existan elementos de juicio que permitan concluir que contribuirán a alcanzar sus finalidades[218]. Este juicio de razonabilidad se funda en las siguientes premisas: (a) el control

de constitucionalidad implica "comparar las disposiciones del instrumento internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las normas previstas en el ordenamiento superior"[219], incluido, por supuesto, el artículo 226 constitucional; (b) la Constitución Política defiere principalmente a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la "conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia"[220] de los tratados internacionales; por lo tanto, en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los mismos y (c) la Corte debe examinar el contenido del tratado y salvaguardar "los derechos fundamentales, el orden público [y] la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho"[221], así como "los mandatos, valores y principios que aseguran la vigencia del Estado social".

Efectos del control de constitucionalidad. En reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que las sentencias de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias surten efectos de cosa juzgada absoluta (párr. 39). Esto significa que, en principio, "la Corte no podría volver a fallar sobre esa materia"[223], por lo menos en el marco del control abstracto de constitucionalidad. Ahora bien, el ejercicio del control de constitucionalidad descrito en los párrafos anteriores puede traer como consecuencia que la Corte Constitucional declare exequible el tratado y su ley aprobatoria, caso en el cual el Presidente podrá ratificar el instrumento internacional. Tras ello, los compromisos celebrados serían plenamente exigibles tanto en el plano internacional como en el doméstico. En este caso, el Presidente también podría abstenerse de ratificarlo, "aunque éste hubiese sido aprobado por el Congreso e incluso analizado por la Corte, dado que constitucionalmente es el Jefe de Estado quien dirige las relaciones internacionales (Art. 189-2 C.P.)".

El ejercicio del control de constitucionalidad en estos casos también podría traer como consecuencia la declaratoria de inexecutable de la ley o del tratado. En este supuesto, "la ausencia de aprobación constitucional le impide al Jefe Estado adelantar actuaciones enderezadas a perfeccionar el instrumento internacional"[225], dado que la declaratoria de executable es conditio sine qua non para la ratificación del tratado. En casos de incompatibilidad de alguna de las cláusulas de un tratado multilateral, siempre que no estén proscritas por el mismo instrumento y cuando no afecten su objeto y finalidades[226], "se pueden introducir reservas"[227]. En este sentido, el propio artículo 217 de la Ley 5 de 1992 reconoce que "las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los tratados y convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita". Pese a lo sostenido en algunas decisiones previas[228], la Corte resalta que ordenar reservas no es un remedio adecuado en relación con los acuerdos bilaterales[229]. Esto, por cuanto, si bien las reservas en este tipo de tratados no están prohibidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, implicarían, de suyo, "un desacuerdo"[230] con lo acordado, por lo que "perderían su carácter de reservas y se convertirían en solicitudes de renegociación"[231]. En este sentido, la doctrina señala que las reservas en tratados bilaterales no tienen "sentido práctico ni alguna función genuina, porque equivaldrían de hecho a una reapertura de las negociaciones que acaban de terminar".

Por último, la Corte podría advertir que una determinada cláusula admite varias interpretaciones, al menos una de las cuales es incompatible con la Constitución Política. En este caso, el remedio adecuado es la declaratoria de executable condicionada del tratado o de alguno de sus artículos, seguida de la advertencia al Presidente de la República en relación con que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar el tratado deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la (s) otra (s) Parte (s) Contratante (s)

respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con el tratado o su articulado[233]. Esto, por supuesto, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Estas declaraciones interpretativas conjuntas tienen por objeto "especificar o aclarar el significado o alcance de un tratado o de algunas de sus cláusulas"[234]. Si bien no están reguladas expresamente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su artículo 31 dispone que para efectos de la interpretación de un tratado se tendrá en cuenta: "(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado" y "(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado". A su vez, la doctrina internacional reconoce que estas interpretaciones surten efectos en la interpretación de los tratados[235] y algunos tribunales de arbitraje han reconocido sus efectos frente a II[236]. Ahora bien, en relación con los tratados bilaterales, la Corte destaca que, para que surtan plenos efectos, las declaraciones interpretativas deben ser conjuntas, esto es, suscritas por ambas Partes Contratantes, habida cuenta del carácter bilateral y sinalagmático de este tipo de instrumentos[237]. En este sentido, la Corte reitera que las declaraciones interpretativas, "en la medida en que sean admitidas por la otra parte, constituyen reglas generales de interpretación del instrumento internacional"[238] y, por tanto, son remedios judiciales idóneos y eficaces para excluir interpretaciones inconstitucionales de las cláusulas pactadas.

La Corte advierte que las declaraciones interpretativas conjuntas forman parte de la práctica internacional del Estado colombiano. Al respecto, el MinCIT aclaró que "Colombia ya ha firmado declaraciones interpretativas conjuntas con Países como Canadá, India y Francia"[239], entre otros, y la Cancillería sostuvo que en el derecho internacional de inversiones "las notas interpretativas han adquirido una forma particular, pues se ha vuelto común que se renuncie al carácter unilateral y, por el contrario, se realicen de manera conjunta"[240], para efectos de "especificar o aclarar el significado o alcance de una expresión, sin que esto implique se esté enmendando o modificando el tratado"[241]. Es más, destacó que "las declaraciones se tornan ineludibles en un contexto en el que los tribunales de arbitraje tienen la libertad de aplicar diferentes estándares definidos en la jurisprudencia para interpretar las cláusulas de los tratados internacionales de inversión"[242]. Por lo demás, la Corte reconoce que el propio MinCIT sostuvo que, en el caso sub iudice, el gobierno colombiano "está perfectamente dispuesto a, en caso de que sea necesario, (...) adelantar con el Gobierno francés notas aclaratorias".

En suma, la sentencia de control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias surte efectos de cosa juzgada absoluta. La declaratoria de exequibilidad implica que el Presidente de la República podrá ratificar el instrumento internacional; por el contrario, la declaratoria de inexecutable impide que el Presidente pueda ratificarlo. Por último, en el caso de tratados bilaterales, siempre que la Corte advierta que una determinada cláusula admite varias interpretaciones, al menos una de las cuales es contraria a la Constitución Política, declarar su exequibilidad condicionada y advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la otra Parte Contratante respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con el tratado o con su articulado.

Finalmente, la Corte aclara que el alcance y los efectos del control de constitucionalidad descrito

aplican para el asunto sub judice y, bajo ningún entendido, podrían afectar las decisiones relacionadas con los tratados internacionales de inversión declarados exequibles y ratificados por Colombia. Esto es así por tres razones. Primera, los efectos de cosa juzgada absoluta de todas las decisiones de la Corte sobre tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, que, como se señaló líneas arriba, impiden que la Corte vuelva a fallar sobre los mismos instrumentos. Segunda, los efectos ex nunc o pro futuro de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad[244], que generalmente impiden que se altere situaciones consolidadas y se afecte la seguridad jurídica. Tercera, las eventuales consecuencias jurídicas, políticas y económicas que los efectos de una eventual revisión ex post de tales tratados podría acarrear para el Estado colombiano en el plano internacional. Esto no obsta, por supuesto, para reconocer que esta decisión tiene fuerza vinculante como precedente en relación con el control de constitucionalidad de los futuros APPRI.

Con base en lo anterior, la Corte examinará la compatibilidad del tratado sub examine y de la Ley 1840 de 2017 con la norma constitucional.

Compatibilidad general del tratado sub examine con la Constitución Política

El tratado internacional sub examine se titula Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. Este instrumento está integrado por su preámbulo y 18 artículos. Además, al momento de su suscripción, las Partes Contratantes acordaron un protocolo en relación con el artículo 1 del tratado. A su vez, el 23 de octubre de 2017, las Partes Contratantes suscribieron una declaración interpretativa conjunta para determinar el alcance de algunas expresiones contenidas en el artículo 16 del tratado.

En esta sección, la Corte revisará la constitucionalidad de las finalidades globales del tratado, previstas en su preámbulo los siguientes términos:

"El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa, mencionados en lo sucesivo como las Partes Contratantes,

Deseosos de fortalecer la cooperación económica entre ambos estados y de crear condiciones favorables para las inversiones francesas en Colombia y las inversiones colombianas en Francia, sin afectar la potestad regulatoria de cada Parte Contratante y con el objeto de proteger los objetivos legítimos de políticas públicas,

Convencidos de que el fomento y la protección recíprocos de estas inversiones logrará estimular la transferencia de capital y tecnología entre ambos países en interés de su expansión económica,

Han convenido lo siguiente"

Concepto del Procurador

En su criterio, el preámbulo es compatible con los principios constitucionales de buena fe, reciprocidad y equidad. Esto, en tanto busca (i) fortalecer la cooperación económica entre ambos estados, (ii) crear condiciones favorables para las inversiones, (iii) preservar la potestad regulatoria de las Partes Contratantes y (iv) estimular la transferencia de capital y tecnología[245].

Intervenciones

Diez intervinientes se pronunciaron sobre las finalidades de este instrumento y las razones de su celebración. Seis explicaron las razones que lo justifican[246] y cuatro cuestionaron tales justificaciones.

La Cancillería sostuvo que "en los últimos años se ha desarrollado una estrategia para la internacionalización de la economía colombiana [y], dentro de esta, uno de los puntos clave es la negociación y suscripción de acuerdos internacionales de inversión"[248]. Estos acuerdos "buscan establecer un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de ambiente que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados"[249]. Resaltó que el tratado sub examine (i) forma parte integral de esta estrategia con la Unión Europea, en particular con Francia, a la que calificó como "un socio comercial de alta importancia para Colombia" y (ii) "se convertirá en una herramienta importante para estimular el flujo de las inversiones entre Colombia y Francia y permitirá la generación de las ventajas propias de la entrada de capitales extranjeros, como la innovación tecnológica, la transferencia de conocimientos, la creación de empleos y el desarrollo económico y social del país"[250]. Además, aclaró que "el flujo acumulado de inversión extranjera directa (IED) de la Unión Europea en Colombia para el período de tiempo comprendido entre 2004 al 2014, alcanzó los US\$ 31.673 millones (...) en el orden de países de la Unión Europea que cuentan con mayores montos acumulados de IED en Colombia para el período 2004-2014, Francia se ubica en el tercer lugar, contando con un acumulado de inversión en el territorio nacional de USS 1.996,5 millones".

El Embajador explicó que este acuerdo es "fundamental en nuestra relación bilateral económica"[252], con base en cuatro razones. Primero, "si bien la presencia económica de Francia es importante y creciente, tiene todavía un margen de aumento importante"[253]. El total de las inversiones francesas en Colombia en el 2017 era de "3.05 mil millones de dólares con más de 220 empresas francesas"[254]. Sin embargo, el monto de las inversiones francesas en Colombia es inferior al de países comparables[255]. En efecto, "en promedio, desde 2010, Francia ha invertido 240 millones de dólares por año en Colombia, comparado con 1.300 millones desde España, 1.100 desde Reino Unido y 360 millones desde Países Bajos". Además, resaltó que "Francia es el primer empleador extranjero en el país"[256], sus inversiones son estables y socialmente responsables, "con reglas estrictas de la ética y de respeto de las leyes, de hecho, en años recientes ninguna ha sido involucrada en escándalos de corrupción y prácticas ilegales"[257]. Este argumento fue reiterado por Alexander Toulemonde, quien afirmó que "en este momento las inversiones colombianas en Francia están muy por debajo de lo que deberían ser en un futuro"[258], así como que los inversionistas franceses "son los que más empleo generan en el país (...) más de 100.000 empleados trabajan en empresas francesas".

Segundo, el Embajador sostuvo que este acuerdo es recíproco. La reciprocidad en los flujos de inversiones es "uno de los grandes objetivos del Acuerdo" para Francia[260]. Si bien "por el momento la presencia de empresas colombianas en Francia es reducida, [este país] quiere ser parte de los destinos prioritarios para ellas"[261], y afirmó que, con base en este Acuerdo, las empresas colombianas se sentirán más seguras al momento de invertir allí. Advirtió que "es cierto que en un primer momento el Acuerdo beneficiará más a inversionistas franceses (...) [y], de la misma forma, quien se beneficiará más de un flujo de inversión aumentado en un primer momento será Colombia"[262], por lo tanto, lo calificó como un "Acuerdo gana-gana y equilibrado que beneficiará a ambas partes".

Tercero, señaló que este Acuerdo (i) "es el primer y único de este tipo firmado por Francia desde

la entrada en vigor del Tratado de Lisboa"[264], (ii) incluye disposiciones clásicas sobre protección de inversiones y solución de controversias[265], (iii) refleja ciertas evoluciones recientes de este tipo de acuerdos, por ejemplo, "las garantías jurídicas ofrecidas a los inversionistas son limitadas con mucha precisión para evitar recursos legales excesivos"[266], (iv) asegura aún más un justo equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las competencias de los estados "para regular en el sector cultural, social y medio ambiental"[267] y, además, (iv) "fomenta el respeto de las normas internacionales en materia de responsabilidad social empresarial y demarca en forma muy clara y precisa las condiciones de los mecanismos de resolución de controversias".

Por último, este interviniente sostuvo que este Acuerdo es un instrumento para aumentar la inversión francesa en Colombia, dado que "muchas empresas dudan al momento de invertir en Colombia o de expandir sus actividades a un nivel importante"[269]. Esto, por (i) experiencias negativas que algunas empresas francesas tuvieron en otros países de América Latina, (ii) el contexto colombiano, en tanto "algunas empresas francesas que ya tienen inversión en Colombia se enfrentan a procedimientos que les parecen complicados, lentos o poco transparentes"[270], y (iii) porque las inversiones son "de largo plazo y entonces de riesgo de largo plazo"[271]. Advirtió, en consecuencia, que este Acuerdo es "una señal fuerte y estimulante para los inversionistas franceses sobre el marco jurídico y legal favorable al desarrollo de sus actividades en Colombia".

Alejandra Vargas Saldarriaga señaló que las razones que justificaron este Acuerdo son "(i) atraer inversión extranjera francesa, (ii) mejorar el clima de inversión y (...) (iii) evitar discriminación en razón de la nacionalidad, proteger la propiedad privada y respetar el debido proceso"[272]. En su criterio, estas finalidades son compatibles con los documentos Conpes 3135 de 2001, 3197 de 2002, 3684 de 2010 y 3771 de 2013, así como con los planes nacionales de desarrollo de los últimos 20 años y las actas de las sesiones 31, de 27 de marzo de 2007, y 86, de 27 de octubre de 2009, del Consejo Superior de Comercio Exterior. Sostuvo, además, que, tras numerosos estudios de comercio exterior, la conclusión es que "había que negociar con Francia, que [este país] se ubicaba dentro del puesto número 7 en el escalafón y los anteriores ya se habían agotado en el momento en que empiezan las negociaciones en el 2008"[273]. Por último, resaltó que "la celebración e implementación de acuerdos tiene una influencia positiva y empíricamente significativa en la inversión extranjera directa entre un 20% y 40% y [que] (...) los APPRI promueven el flujo de inversión desde países desarrollados a países en vía de desarrollo".

Además, en su escrito, resaltó que "los estudios técnicos y proyecciones en los que se fundó la celebración de este tratado fueron (i) el documento de Fedesarrollo titulado Impacto de la Inversión Extranjera en Colombia: Situación Actual y Perspectivas de 2007, en el cual se analiza el impacto de la IED en los siguientes frentes: balanza de pagos, comercio internacional, desempeño de las empresas, cambio tecnológico y productividad [y cuya conclusión es que] la IED ha tenido un efecto positivo sobre la economía colombiana [que] se refleja en una contribución de alrededor de un punto porcentual de crecimiento promedio anual durante el periodo 2002-2006; (ii) los estudios de UNCTAD sobre IED en el mundo, en especial los Global Investment Report y (iii) los documentos del Consejo Superior de Comercio Exterior"[275].

Por último, esta interviniente explicó que la agenda negociadora de este tratado se ciñó a los siguientes criterios: "1. Inversión extranjera instalada. 2. Flujos de inversión recientes. 3. Inversión colombiana en el exterior. 4. Países altamente exportadores de capital. 5. Países con mayor potencial de invertir en tecnología. 6. Países que ya tienen AII con Colombia. 7. Países

que han mostrado interés en negociaciones de AII. 8. Países que han mostrado interés en negociaciones de ADT"[276]. De conformidad con los documentos internos de trabajo del MinCIT, se concluyó que, "entre el 2004 y el 2013, Francia se posicionó como el cuarto mayor inversionista europeo en Colombia invirtiendo US\$ 1.776 millones, capitales que han llegado a través de 120 empresas de ese país. Solamente en el 2013, Colombia recibió US\$ 543.3 millones por concepto de inversión proveniente de Francia. La mayor parte de esta inversión se dirigió al sector industrial (69%) y financiero (21%). Otra parte se destinó al sector inmobiliario que captó el 7% del total y otros sectores captaron el restante 3% "[277]. A su vez, destacó que se logró determinar que "dentro de las inversiones de Francia en Colombia en el último año se resaltan la inversión del Grupo Casino en el sector supermercados (Éxito), la fusión de Andina Acquisition Corporation con Tecnoglass, el joint venture por cerca de US\$ 350 millones entre el Grupo AXA y Colpatria, Schneider en el sector de energía, Teleperformance en el sector de BPOs, L'Oréal en cosméticos y Accor en hotelería".

Nicolás Palau, en su calidad de Director de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del MinCIT, sostuvo que, desde 1991, Colombia ha iniciado un proceso de internacionalización de la economía y, en este contexto, la IED "es un motor de desarrollo de la economía colombiana"[279]. En su opinión, uno de los instrumentos para tal efecto son los AII. En estos tratados se ofrecen "estándares de protección reforzados para la protección de la IED en el país receptor"[280]. Sostuvo que "el 65 % de la IED está protegida por algún tipo de APPRI, según los flujos de la balanza de pagos"[281] y que Francia ocupa el puesto 7 entre 60 países que deberían tener un APPRI con Colombia. Por último, resaltó que, en especial desde la década de 2000, se han suscrito varios AII, APPRI o TLC[282], así como que Colombia tiene 15 acuerdos bilaterales de inversión, mientras que otros países tienen más de 50, como Alemania y Francia, o 40, como Argentina, Ecuador y Chile[283]. En su escrito de intervención, resaltó que Francia es uno de los principales inversionistas extranjeros a nivel mundial en atención al acumulado de IED, y que ocupó el quinto lugar en 2017, de acuerdo con el Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 (WIR18), preparado por la UNCTAD. Además, que Francia es uno de los países que más IED ha exportado a Colombia en los últimos años, con un acumulado de inversión desde el año 1994 hasta el tercer trimestre del año 2018 que supera los USD\$ 3.000 millones.

Rafael Rincón resaltó que este tratado (i) tiene naturaleza bilateral, y, por tanto, también protege la inversión colombiana en Francia, (ii) contiene excepciones que permiten que el Estado tenga un poder de regulación para salvaguardar sus intereses fundamentales y (iii) no contiene variaciones esenciales frente a otros tratados suscritos por Colombia[285].

José Manuel Álvarez manifestó su desacuerdo con "la justificación de la celebración de estos tratados y de los beneficios económicos que dicen que existen"[286] y "con la afirmación de que esto promueve inversión"[287]. Señaló que el Gobierno Nacional "ha promovido la idea ante el Congreso y la Corte Constitucional, respecto a que la firma de TBIs atrae inversión, cuando hoy en día ya se ha probado que ello no es así". Adicionalmente, resaltó que el Gobierno "exalta los potenciales beneficios del IED, pero lamentablemente omite al Congreso y a la Corte Constitucional en las exposiciones de motivos y defensa de constitucionalidad, que la firma de estos tratados también puede tener altos costos y riesgos para el país"[288]. En este mismo sentido, René Urueña resaltó que "un volumen importante de literatura especializada pone en duda que los TBI atraigan inversión extranjera, otros expertos difieren de esta opinión. [Por lo tanto], no es posible simplemente asumir el efecto de incentivo a la inversión de este mecanismo. Es necesario que el Gobierno vaya más allá y explique la necesidad de este mecanismo".

La UExternado destacó que "es claro que los efectos de esta política nacional de apertura a la inversión extranjera son primordialmente negativos. (...) Consecuencias que podrían haber sido evitadas al momento de hacer el examen de constitucionalidad (...) de haber realizado un análisis técnico, preciso y en el que tuvieran en cuenta experiencias pasadas en la implementación de estos acuerdos en Colombia". En el mismo sentido, resaltó que "(...) en la práctica, la implementación de este tipo de acuerdos termina por llevar a que se promuevan, respalden y refuercen actuares inconstitucionales para efectos de poder garantizar y responder ante los intereses privados de los inversionistas, amenazando con ello no solo la integridad de nuestro ordenamiento jurídico internacional sino la estabilidad misma del Estado".

Magdalena Correa sostuvo que la Corte debe declarar inconstitucional el tratado sub examine[290]. Esto, por cuanto "no está suficiente justificado el enorme trato diferenciado en favor de los inversionistas y, por el contrario, existen serios reparos sobre la constitucionalidad de las consecuencias jurídicas" del tratado[291]. Señaló que "el trato desigual que se configura en favor de los inversionistas vulnera el principio de igualdad formal y material"[292]. Frente a la igualdad formal, "supone una vulneración de la igualdad en el mercado (...) entre los inversores extranjeros y los nacionales (...) y afecta el principio de la libre competencia"[293]. Por ejemplo, con la expropiación indirecta "ya no se protege la propiedad, sino más allá, la expectativa legítima y las meras expectativas"[294], con esto, la "intervención del estado en la economía se convierte per se, en la medida en que afecte los intereses económicos de los inversionistas, en un daño antijurídico (...) que merece indemnizaciones"[295]. Además, "con relación al acceso a la justicia, las opciones de resolución de conflictos plantean un trato diferenciado muy en favor de los inversionistas extranjeros frente a los nacionales, [por ejemplo] el pago de indemnizaciones no está sometido al criterio de sostenibilidad fiscal".

En su concepto, este tratado también viola el principio de igualdad material. Al respecto, señaló que el tratado convierte "al inversionista en una suerte de sujeto de especial protección", con lo cual se desconoce el artículo 13 de la Constitución Política. Por tanto, "las acciones afirmativas que se configuran en favor de los inversionistas mutan el principio de prevalencia del interés general en la prevalencia del interés particular del inversionista"[297]. Al aplicar un test de igualdad, concluyó que "no se aprecia que estos incentivos a la inversión extranjera redunden en beneficio del Estado y de su economía"[298]. Resaltó, por último, que los privilegios otorgados al inversionista son adecuados para la protección de su inversión, pero no para fomentar cooperación económica.

Argumentos relevantes sobre la justificación del APPRI	
Justificaciones	<p>APPRI:</p> <p>Fomenta la IED</p> <p>Preserva la potestad reguladora de las Partes Contratantes</p> <p>Estimula la transferencia de capital y tecnología</p> <p>Crea un marco jurídico justo y transparente para la IED de Francia en Colombia</p> <p>Se negoció conforme a la estrategia de política exterior definida por los Conpes y el Consejo Superior de Comercio Exterior</p> <p>Se celebra con Francia, que "es un importante socio estratégico para Colombia", habida cuenta de las siguientes razones:</p> <p>Ocupa el 7° lugar entre 60 países priorizados para tener un APPRI con Colombia</p> <p>Entre 2004 y 2013, la inversión de las empresas francesas en Colombia fue de USD\$ 1.996,5 millones. Y, en 2013, fue de USD\$ 543,3 millones</p> <p>En la actualidad, las empresas francesas son las principales empleadoras extranjeras en el país</p> <p>La presencia económica de empresas francesas tiene margen de crecimiento, en comparación con la de otros países europeos que cuentan con APPRI</p> <p>En la actualidad, Francia ocupa el 5° puesto entre los principales inversionistas extranjeros a nivel mundial en atención al acumulado de IED</p>
Cuestionamientos	<p>Se está acreditado que los APPRI generen IED</p> <p>La celebración de este APPRI carece de justificación</p> <p>Vulnera el principio de la igualdad formal, en tanto otorga un trato privilegiado a los inversionistas franceses en Colombia, en desmedro de los inversionistas nacionales</p> <p>Vulnera el principio de igualdad material, en tanto convierte "al inversionista en una suerte de sujeto de especial protección"</p>

Consideraciones de la Corte

Tal como se señaló en los párr. 38 y 42, corresponde a la Corte analizar la compatibilidad general del tratado sub examine con la Constitución Política. En esta sección, este análisis se llevará a cabo mediante un juicio de razonabilidad (párr. 65) que implica verificar (i) que las finalidades globales del tratado resulten legítimas a la luz de la Constitución Política y (ii) que el tratado en su conjunto sea idóneo, esto es, que existan elementos que permitan concluir que contribuirá a alcanzar sus finalidades. En relación con este último elemento, la Corte analizará las razones y la evidencia empírica aportada al presente asunto para justificar la celebración de este tratado, principalmente por el Gobierno Nacional.

Legitimidad de las finalidades del APPRI. La Corte advierte que las finalidades del tratado internacional sub examine son compatibles con la Constitución Política, en tanto contribuyen a la materialización de los principios constitucionales (i) del Estado de derecho (art. 1), (ii) de la internacionalización de las relaciones económicas (art. 226 y 227 de la CP), y (iii) del desarrollo,

el bienestar y la prosperidad económica y social (arts. 1, 2, 333 y 334 de la CP).

Primero, la Corte advierte que las finalidades del tratado sub examine son compatibles con el principio de Estado de derecho. Este principio integra, entre otros, (i) el principio de legalidad o sometimiento del Estado al derecho, esto es, que la actividad del Estado "está regida por las normas jurídicas (...) que se ciñe al derecho"[299], (ii) la garantía de los derechos del individuo frente al Estado, (iii) la seguridad jurídica, es decir, la disposición de un sistema de normas claras que regulen las relaciones y las controversias entre los inversionistas de estos estados y las Partes Contratantes[300], (iv) la separación de los poderes y el respeto de sus competencias, y (v) la resolución pacífica de las controversias por jueces y las demás autoridades.

Al respecto, es relevante lo que ha reconocido la Corte frente a otros APPRI. Tratados como el objeto de revisión buscan "establecer un marco jurídico"[301] o "fijar unas reglas de juego claras"[302] que "promuevan la inversión mutua"[303], "protejan al inversionista, su inversión y los flujos relacionados"[304] y que "que generen confianza en el inversor respecto de posibles controversias surgidas con el Estado"[305], para lo cual prevé mecanismos de resolución de las controversias. Además, según se señala de manera expresa en su preámbulo, el tratado sub examine tiene por objetivo preservar "la potestad regulatoria de cada Parte Contratante", lo que implica, necesariamente, respetar el ejercicio de las competencias de los distintos órganos estatales. En estos términos, las finalidades del instrumento sub examine son compatibles con el Estado de derecho, máxime si se tiene en cuenta que, antes del surgimiento de la normativa internacional de inversión, las controversias surgidas entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión se resolvían mediante el uso de la fuerza o, en el mejor de los casos, mediante gestiones diplomáticas.

Segundo, la Corte advierte que las finalidades del tratado sub examine son conformes con la internacionalización de las relaciones económicas. El artículo 226 de la Constitución Política prevé que "el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas [y] económicas (...)" y el artículo 227 *ibídem* dispone que "el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones". Al respecto, la Corte reitera que, "en la actualidad, el proteccionismo económico, que incita a los países a replegarse sobre sí mismos, ignorando los flujos y reflujos del comercio internacional, sólo puede conducir a que los países que lo llevan a cabo se sometan a sí mismos al ostracismo y se conviertan en una especie de parias de la sociedad internacional. En este orden de ideas, la internacionalización de las relaciones económicas se convierte en un hecho necesario para la supervivencia y el desarrollo de los Estados que trasciende las ideologías y los programas políticos"[307].

En tales términos, la Corte considera que las finalidades del tratado bajo estudio también son conformes con los principios constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas y de integración económica con las demás naciones. La Corte advierte que este tratado tiene por finalidad "la promoción de ingreso de capital extranjero al país"[308], esto por medio de la "transferencia de capital", como expresamente lo prevé el preámbulo, así como (ii) la "cooperación económica en beneficio de los pueblos"[309], mediante la creación "de condiciones favorables para las inversiones francesas en Colombia y las inversiones colombianas en Francia", según dispone el mismo preámbulo. Así, la Corte constata que mediante este tratado se pretende (iv) "la integración económica del país que se impone como consecuencia de la globalización de la economía global"[310], (v) abrir "campos de acción en mercados de mayor dinamismo"[311], así como (vi) "liberalizar [el mercado] y generar un clima propicio para las inversiones recíprocas".

Tercero, la Corte constata que las finalidades del tratado sub examine son compatibles con los principios de desarrollo, bienestar y prosperidad económica y social. El artículo 1 de la Constitución Política dispone que "Colombia es un Estado social de derecho", el artículo 2 prescribe que "son fines esenciales del Estado: promover la prosperidad general (...) [y que] las autoridades están instituidas (...) para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado", el artículo 333 prevé que "la empresa tiene una función social (...)" y el artículo 334 instituye que el Estado intervendrá en la economía "para conseguir (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes (...) y los beneficios del desarrollo".

Pues bien, en tales términos, los fines del tratado sub examine resultan compatibles con los principios del Estado social de derecho descritos. En efecto, su preámbulo resalta que este tratado busca "proteger los objetivos legítimos de políticas públicas", que son, entre otros, los cometidos sociales previstos por la Constitución y "estimular la transferencia de (...) tecnología". Además, como lo ha considerado la Corte frente a otros APPRI, estos instrumentos buscan "impulsar la economía local y, por esa vía, brindar mejores condiciones de vida a la población"[313], "generación de empleo"[314], "recepción de conocimiento especializado y de personal capacitado"[315] y, en consecuencia, propender por "la promoción del bienestar general"[316], así como "alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico".

En tales términos, la Corte concluye que las finalidades globales del tratado sub examine son conformes con la Constitución Política.

Idoneidad del tratado y razones que justifican la celebración del APPRI. La Corte advierte que, aunque con variaciones en su contenido y alcance (las cuales se detallarán en relación con cada artículo), este tratado contiene las "cláusulas tipo sobre protección de la inversión"[318]. Este APPRI incorpora disposiciones relativas a las definiciones necesarias para la ejecución del mismo (art. 1), a su alcance (art. 2), al fomento y a la protección de las inversiones (art. 3), al EMT (art. 4), al TN y NMF (art. 5), a la expropiación, directa e indirecta (art. 6), a la compensación (art. 7), a la libre transferencia de la inversión y la reinversión (art. 8), a la potestad de las Partes Contratantes para adoptar medidas de preservación y fomento de la diversidad étnica y cultural (art. 9), así como del medio ambiente, la salud y los derechos laborales (art. 10) y el orden público (art. 14); a la incorporación de estándares sobre responsabilidad social corporativa (art. 11), a la publicidad de la regulación (art. 12), a las garantías y subrogación (art. 13), al arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante (art. 15) y entre las dos Partes Contratantes (art. 17), al principio de favorabilidad en la interpretación de las normas (art. 16) y, por último, a la entrada en vigor del acuerdo (art. 18). Así las cosas, la Corte constata que este tratado corresponde "a modelos preestablecidos de Convenio internacional, de estructura estándar"[319], que las tres ramas del poder público han considerado en las últimas décadas como una "herramienta legítima"[320] para alcanzar los fines antes descritos.

Ahora bien, contrario a los cuestionamientos formulados por algunos intervinientes, la Corte encuentra que, en el asunto sub judice, el Gobierno Nacional y los demás actores que participaron en el proceso de constitucionalidad sí justificaron la celebración de este tratado internacional. Esto es así, en tanto demostraron que (i) la decisión de negociar este APPRI es compatible con la política pública exterior de Colombia y (ii) la importancia estratégica de este tratado con Francia.

En relación con lo primero, desde la exposición de motivos del proyecto de ley aprobatoria de este APPRI, y con los documentos aportados a este proceso de constitucionalidad, el Gobierno

Nacional explicó la compatibilidad de este instrumento con (i) los planes nacionales de desarrollo (desde el periodo 2002-2006 hasta el periodo 2014-2018), (ii) los documentos de Política Económica y Social Conpes No. 3135 de 2001, sobre lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera[321]; 3197 de 2002, sobre manejo de flujos de endeudamiento en los acuerdos internacionales de inversión extranjera[322]; 3684 de 2010, sobre el fortalecimiento de la estrategia del Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión[323], y 3771 de 2013, sobre la estrategia de promoción de la inversión directa colombiana en el exterior[324]. Asimismo, el Gobierno documentó la compatibilidad de este tratado con (iii) los documentos del Consejo Superior de Comercio Exterior correspondientes a las sesiones 81 de 27 de marzo de 2007[325] y 86 de 27 de octubre de 2009.

Además, el Gobierno explicó por qué Francia es "un socio comercial de alta importancia para Colombia" y, por tanto, cuáles razones justifican la celebración de este APPRI. Primero, señaló que Francia es el 7° país en la lista de priorización entre más de 59 países con los que Colombia celebraría AII, según la agenda negociadora, "y que los anteriores ya se habían agotado en el momento en que empiezan las negociaciones en el 2008"[327]. Segundo, sostuvo que "entre el 2004 y el 2013, Francia se posicionó como el cuarto mayor inversionista europeo en Colombia invirtiendo US\$ 1.776 millones, capitales que han llegado a través de 120 empresas de ese país. Solamente en el 2013, Colombia recibió US\$ 543.3 millones por concepto de inversión proveniente de Francia".

Tercero, resaltó que, desde el año 2007, "el flujo acumulado de IED de Francia en Colombia es de USD\$2.196 millones (...). Lo anterior significa que Francia es el sexto país de la Unión Europea que más ha invertido en Colombia". Cuarto, destacó que, para el periodo 2004-2014, "en el orden de países de la Unión Europea que cuentan con mayores montos acumulados de IED en Colombia, Francia se ubica en el tercer lugar, contando con un acumulado de inversión en el territorio nacional de US\$ 1.996,5 millones" [329]. Por último, sostuvo que, para el año 2017, "Francia es uno de los principales inversionistas extranjeros a nivel mundial medido por acumulado de IED, ocupando el quinto lugar en 2017 de acuerdo con el Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 (WIR18) preparado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)".

A su vez, el Embajador señaló que "Francia es el primer empleador extranjero en el país"[331] y que, "en promedio, desde 2010, Francia ha invertido 240 millones de dólares por año en Colombia, comparado con 1.300 millones desde España, 1.100 desde Reino Unido", lo que explica, en su criterio, que "si bien la presencia económica de Francia es importante y creciente, tiene todavía un margen de aumento importante"[332]. Por su parte, Alexander Toulemonde confirmó que los inversionistas franceses "son los que más empleo generan en el país (...) más de 100.000 empleados trabajan en empresas francesas"[333] y que "en este momento las inversiones colombianas en Francia están muy por debajo de lo que deberían ser en un futuro".

En tales términos, la Corte concluye que el Gobierno Nacional y otros actores que participaron en el proceso de constitucionalidad aportaron razones y evidencia empírica que justifican la celebración de este tratado y permiten concluir que es un instrumento idóneo para alcanzar las finalidades señaladas. Sin embargo, la Corte advierte que algunos intervinientes cuestionaron las justificaciones para la celebración de este tratado.

De un lado, varios intervinientes sostuvieron que no está acreditado que este instrumento contribuya a generar más IED[335]. Al respecto, la Corte constata que, en el expediente, no

existe evidencia empírica que demuestre que la suscripción de este tratado contribuya, de manera indefectible, a alcanzar dicha finalidad; pero tampoco existe evidencia empírica de lo contrario, esto es, que este APPRI no tiene la potencialidad de generar IED. En efecto, si bien algunos intervinientes cuestionaron la idoneidad de este instrumento para alcanzar dicha finalidad, ninguno aportó evidencia que justificara tal cuestionamiento. Por el contrario, el Gobierno sí allegó información técnica que da cuenta de la relevancia de los inversionistas e inversiones francesas en los flujos de IED global (ocupa el 5to lugar, según la UNCTAD), así como de su presencia y relevancia en la economía colombiana, habida cuenta de la magnitud de sus inversiones (ocupó el 3er lugar entre los inversionistas europeos en el país, entre 2004 y 2014). Para la Corte, tales justificaciones, el lugar que ocupa Francia entre los países priorizados para la celebración de APPRI (7mo lugar entre 60) y, en últimas, la legitimidad política de las ramas ejecutiva y legislativa de cara a la negociación de estos instrumentos, suplen, de manera razonable, la falta de evidencia empírica concreta que demuestre que este instrumento incrementará la IED en el país.

De otro lado, una de las intervinientes solicitó la inexequibilidad del tratado en su integridad, porque, en su criterio, vulnera el principio de igualdad. Primero, sostuvo que es incompatible con el principio de igualdad formal, en tanto otorga tratos privilegiados e injustificados en materia de protección a la propiedad y acceso a la justicia a los inversionistas franceses en Colombia, entre otros, en desmedro de los inversionistas nacionales (párr. 90). Segundo, indicó que desconoce el principio de igualdad material, por cuanto, como consecuencia de lo anterior, este APPRI convierte "al inversionista en una suerte de sujeto de especial protección", al prever una diferencia de trato que "no beneficia a grupos vulnerables como los señalados en la Constitución, sino a actores económicos generalmente poderosos respecto de los cuales la especial protección no se encuentra constitucionalmente justificada"[336] (párr. 91). Por lo tanto, corresponde a la Corte pronunciarse al respecto.

El artículo 13 de la Constitución Política prevé que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de (...) origen nacional". El artículo 100 ibídem dispone que "los extranjeros disfrutará en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos". Al respecto, la Corte advierte que de estos artículos se derivan, entre otros, dos mandatos constitucionales relevantes para el presente asunto. De un lado, un mandato a las autoridades públicas de dar un trato igualitario a los inversionistas y a "las inversiones que provengan de la otra parte" [337] y de no discriminación a favor del nacional y en contra del extranjero, sin perjuicio de las excepciones previstas por el artículo 100 ídem. De otro lado, la Corte resalta que de dichos artículos se deriva otro mandato constitucional dirigido a las autoridades públicas que consiste en tratar en condiciones de igualdad a todos los inversionistas y a todas las inversiones nacionales en Colombia respecto de los extranjeros y de no discriminación en contra de los inversionistas y las inversiones nacionales.

Pues bien, la Corte constata que buena parte de las disposiciones sustanciales del APPRI sub examine tienen por objeto la protección del primero de los referidos mandatos constitucionales, esto es, el trato igualitario a los inversionistas y a "las inversiones que provengan de la otra parte" [338] y de no discriminación a favor del nacional y en contra del extranjero. Como se expone al detalle en las secciones correspondientes, las cláusulas de TN, expropiación y compensación por pérdidas, entre otras, tienen por objetivo la materialización de dicho mandato derivado del principio de igualdad. Así, estas disposiciones buscan garantizar que la Parte Contratante

"aplique" al inversionista extranjero "un trato no menos favorable" que el concedido al inversionista nacional.

Sin embargo, ninguna disposición del tratado en cuestión tiene por objeto la protección del segundo de tales mandatos derivados del principio de igualdad. Ninguna de sus cláusulas protege al inversionista nacional en el sentido de que las autoridades públicas, en el marco de la regulación y el tratamiento de la inversión, le otorguen un trato no menos favorable que el concedido al inversionista extranjero. Bien podría pensarse que la efectiva garantía de este mandato constitucional es ajena al tratado en cuestión por dos razones. La primera, normativa, esto es, que la igualdad de trato al inversionista nacional está garantizada directamente por la Constitución Política y, por tanto, no es necesario que esté prevista en este tipo de tratados. La segunda, histórica, es decir, que las disposiciones sustanciales de los AII y, en general, el derecho internacional de inversiones, surgen para proteger al inversionista extranjero frente a tratos discriminatorios a favor del inversionista nacional, y no al revés[339].

Frente a lo primero, la Corte advierte que justamente el control de constitucionalidad en este caso busca constatar si lo dispuesto por el tratado internacional es compatible con la Constitución Política, en particular, con el principio de igualdad previsto por su artículo 13. Es decir, en el marco de este control abstracto de constitucionalidad, la Corte debe examinar, entre otros, si los contenidos normativos del tratado garantizan la igualdad de trato al inversionista nacional y a sus inversiones en Colombia frente a los inversionistas y a las inversiones extranjeras en este país; o si, por el contrario, el tratado da lugar a que se concedan a los inversionistas y a las inversiones extranjeras tratos más favorables injustificados en desmedro de los inversionistas y las inversiones nacionales. Por lo demás, es claro que una vez ratificado, los tribunales encargados de su aplicación solo tendrán como referentes normativos al tratado, a sus protocolos y a sus declaraciones interpretativas, así como las demás fuentes del derecho internacional, que no el contenido del artículo 13 de la Constitución Política, lo que explica la necesidad de garantizar la igualdad de trato al inversionista nacional directamente en tales instrumentos de derecho internacional.

Frente a lo segundo, la Corte resalta que los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones consideran necesario que los AII también protejan al inversionista nacional en el sentido de que las autoridades públicas, en el marco de la regulación y el tratamiento de la inversión, otorguen un trato no menos favorable que el concedido al inversionista extranjero. En este sentido, estos desarrollos buscan garantizar el referido segundo mandato derivado del principio de igualdad, en aras de proteger la igualdad de trato al inversionista local en su propio país y, así, garantizar, entre otros, los principios de no discriminación y de la libre competencia. Dos ejemplos ilustran lo anterior.

Primero, el Congreso de los Estados Unidos, desde la expedición del Trade Act (2002), previó expresamente que uno de los objetivos principales de la inversión extranjera es que los AII no otorguen mayores derechos sustantivos a los inversionistas extranjeros que aquellos reconocidos a los inversionistas locales en Estados Unidos[340]. Este mandato, en idénticos términos, fue reiterado en el Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act of 2015 (TPA-2015).

Segundo, recientemente, tras el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros[342] (en adelante, CETA, por su sigla en inglés), el 10 de octubre de 2016, las Partes Contratantes estimaron necesario suscribir una declaración interpretativa conjunta en la que, de manera explícita, aclararon que "el acuerdo no dará lugar a

tratos más favorables hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los inversionistas nacionales"[343]. La Corte advierte que, en su escrito de intervención, la Cancillería aludió a esta declaración interpretativa y la consideró de "especial interés".

Al estudiar la constitucionalidad del CETA, el Consejo Constitucional Francés, en la decisión No. 2017-749 de 31 de julio de 2017, sostuvo que "los artículos del Capítulo 8 del Acuerdo incluyen, a favor de los inversionistas que no son nacionales del Estado receptor de la inversión, las disposiciones relacionadas con ciertos derechos sustantivos. Estos, que se relacionan en particular con el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo y la protección contra la expropiación directa o indirecta, están destinados únicamente a garantizar a los inversionistas foráneos los derechos de los que son titulares los inversionistas nacionales."[345]. Sin embargo, a renglón seguido, el Consejo advirtió que el párrafo 6 de la declaración interpretativa conjunta "estipula que el acuerdo no dará lugar a un trato más favorable para los inversionistas extranjeros que para los inversionistas nacionales"[346], por lo que concluyó que, por esta vía, no se creaba ninguna diferencia de tratamiento, y, en este sentido, esta regulación resultaba acorde con el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Por esta, entre otras razones, declaró ajustado el CETA al ordenamiento constitucional francés.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el tratado sub examine garantiza, en términos generales, el mandato constitucional de igual trato al inversionista y a las inversiones extranjeras (en este caso, francesas) en Colombia y la prohibición de discriminación en su contra y a favor de los nacionales. Esto mediante las cláusulas sustantivas de TN, expropiación y compensación por pérdidas, entre otras. Sin embargo, también concluye que ninguna disposición del tratado en cuestión garantiza el mandato de igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales en Colombia respecto del extranjero, así como la prohibición de discriminación en su contra, que, como se explicó, además de derivarse del artículo 13 de la Constitución Política, se han considerado necesarios en los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones e, incluso, por el Consejo Constitucional Francés (Corte Constitucional de la Parte Contratante en el tratado sub examine).

La Corte aclara que, en los casos referidos, el mandato de trato igualitario a los inversionistas y a las inversiones locales en su propio país y la prohibición de discriminación en su contra se refiere únicamente a cláusulas sustantivas previstas en los AII. Esto, por cuanto, como se desarrollará en el análisis de constitucionalidad del artículo 15 del APPRI objeto del presente asunto, (i) el sistema de resolución de controversias exige un análisis de igualdad entre ambos inversionistas extranjeros en los países receptores de la inversión[347], (ii) se funda en el principio de reciprocidad[348] y, en todo caso, (iii) se encuentra justificado en las finalidades globales de estos instrumentos.

Al margen de la anterior aclaración, la Corte estima indispensable, para ajustar el tratado sub examine en su integridad a la Constitución Política y, en particular, a su artículo 13, declarar su exequibilidad condicionada, en aras de evitar interpretaciones inconstitucionales de sus cláusulas, habida cuenta del anotado vacío de protección de la igualdad de los inversionistas y las inversiones nacionales en Colombia. Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de este tratado y de su ley aprobatoria, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.

Este condicionamiento resulta indispensable. Esto, para efectos de garantizar la igualdad de trato

del inversionista y de las inversiones locales en relación con los inversionistas y las inversiones francesas en Colombia. En particular, este condicionamiento busca impedir que las cláusulas de este tratado se interpreten de manera tal que se otorguen tratos más favorables injustificados al inversionista y a las inversiones francesas frente a los nacionales en Colombia, por ejemplo, en relación con el alcance y la protección de sus expectativas legítimas (art. 4 y 6 del tratado sub examine), el contenido, el alcance y los límites de la indemnización (art. 15 ibidem) o a las condiciones de pago de la misma (art. 6 y 15 ídem). En otros términos, este condicionamiento busca garantizar que todos los inversionistas, locales y extranjeros, en Colombia estén sometidos a la misma protección de sus inversiones, derechos y expectativas legítimas, y, por tanto, que no se derive responsabilidad internacional alguna para el Estado colombiano como consecuencia de actuaciones que garanticen este mandato del principio de igualdad.

En suma, tras un análisis general del tratado y de sus fines, la Corte no lo encuentra incompatible con la Constitución Política, por cuanto (i) sus finalidades son legítimas y (ii) es un instrumento idóneo para tales efectos, habida cuenta de las razones y evidencia empírica que justifican su celebración. Esto, sin perjuicio del condicionamiento referido en los anteriores párrafos, el cual resulta necesario para ajustar el tratado, en su conjunto, a lo previsto por el artículo 13 de la Constitución Política. Al respecto, conforme con lo señalado en los párr. 68 y ss, la Corte advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto del referido condicionamiento.

Por último, la Corte advierte que la conclusión de este análisis global no compromete el análisis de constitucionalidad de cada uno de los artículos de la Ley 1840 de 2017 ni de las cláusulas que integran el APPRI sub examine, el cual se llevará a cabo en las siguientes secciones.

Control de constitucionalidad del articulado de la Ley 1840 de 2017

La Ley 1840 de 12 de Julio de 2017, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones", suscrito en la ciudad de Bogotá, a los 10 días del mes de julio de 2014, contiene tres artículos. El primero estipula que se aprueba el referido tratado internacional; el segundo, que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 7 de 1944, este instrumento "obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo"; y, por último, el tercero, que esta ley rige a partir de la fecha de su publicación.

La Corte advierte que tales artículos son compatibles con la Constitución Política. El primero es conforme con la competencia prevista por el artículo 150.16 de la Constitución Política, según el cual, corresponde al Congreso "aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional". El segundo y el tercero son también conformes con la consolidada jurisprudencia constitucional, según la cual, "la ley rige desde el momento en que se perfeccione el vínculo internacional respectivo, precisión que responde a lo dispuesto en general por el derecho internacional y la Constitución en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales"[350].

En tales términos, la Corte considera exequibles los tres artículos que integran la Ley 1840 de 2017.

Control de constitucionalidad del articulado del tratado sub examine

A continuación, la Corte revisará la constitucionalidad de cada artículo del tratado sub examine, para lo cual, seguirá el siguiente orden: primero, transcribirá su contenido; luego sintetizará los argumentos del Procurador y de los intervinientes[351]; y, por último, se pronunciará sobre la constitucionalidad de cada texto normativo.

Definiciones (art. 1)

El texto del artículo 1 es el siguiente:

"Artículo 1. Definiciones.

A efectos del presente Acuerdo:

1. El término "inversión" se refiere a todos los activos, comprendidos los bienes o derechos de toda naturaleza, incluidos en particular aunque no exclusivamente:

a) Bienes muebles e inmuebles así como cualquier otro derecho real, tales como hipotecas, usufructos, prendas y derechos similares;

b) Acciones, primas de acciones y otra clase de participaciones incluyendo formas minoritarias o indirectas, en sociedades constituidas en el territorio de una Parte Contratante;

c) Obligaciones, créditos y derechos sobre prestaciones que tengan un valor económico;

d) Derechos de propiedad intelectual, comercial e industrial tales como: derechos de autor, patentes, licencias, marcas registradas, modelos y maquetas industriales, procesos técnicos, know how, nombres comerciales y goodwill.

e) Concesiones conferidas por la ley o en virtud de contratos, incluyendo las concesiones para prospectar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

Se entiende que los activos referidos anteriormente cubiertos por el presente Acuerdo deben haber sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realice la inversión.

Cualquier alteración en la forma en que se invirtieron los activos no afectará su calidad de inversiones, a condición de que dicha alteración no se oponga a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectúe la inversión.

Para la aplicación del presente Acuerdo el término inversión no incluye las operaciones de deuda pública, las transacciones comerciales referidas a la importación y exportación de bienes y servicios, ni los créditos destinados a su financiación ni sus intereses.

En concordancia con el numeral 1 del presente artículo, una Inversión se caracteriza como mínimo por la existencia de:

a) Un aporte de capital u otros recursos; y

b) Un riesgo que sea por lo menos, parcialmente asumido, por el inversionista.

2. Por "Inversionista" se entiende:

- a) Personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes;
- b) Cualquier persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes de conformidad con la legislación de dicha Parte y que tenga su domicilio social en el territorio de dicha Parte;
- c) Cualquier persona jurídica efectivamente controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes de conformidad con la legislación de dicha Parte y donde tiene su domicilio social.

Para mayor certeza, las personas jurídicas mencionadas en los párrafos b) y c) del presente artículo deben ejercer efectivamente actividades económicas en el territorio de la Parte Contratante donde su domicilio social esté localizado.

3. Por "rendimientos" se entiende todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, regalías e intereses, durante determinado período.

Los rendimientos de las inversiones y, en caso de reinversiones, los rendimientos de las reinversiones, gozarán de la misma protección que la inversión.

4. El presente Acuerdo se aplica en el territorio de cada una de las Partes Contratantes, definido como sigue:

El término "Francia" designa los departamentos europeos y de ultramar de la República Francesa, incluido el mar territorial, y cualquier otra área fuera del mar territorial en el que, de conformidad con el Derecho internacional, la República Francesa tiene derechos de soberanía para los fines de exploración y de explotación de recursos naturales del lecho y subsuelo marinos y aguas supra yacentes;

El término "Colombia" designa a la República de Colombia y, utilizado en sentido geográfico, comprende su territorio terrestre, tanto continental como insular, su espacio aéreo, las áreas marítimas y submarinas, y otros elementos sobre los que ejerce su soberanía, derechos soberanos o su jurisdicción, con arreglo a la constitución colombiana de 1991 ya su legislación, y de conformidad con el derecho internacional, incluidos los tratados internacionales aplicables".

A la firma del Acuerdo, las Partes Contratantes suscribieron un Protocolo, mediante el cual acordaron que:

"En relación con el artículo 1, se acordó que las operaciones de deuda pública están excluidas de la definición de inversión y por ende del ámbito de aplicación del Acuerdo y de sus disposiciones sobre arreglo de diferencias. Los contratos de deuda pública suscritos por los Gobiernos de las Partes Contratantes suponen un riesgo comercial e incluyen ciertos procedimientos particulares para la resolución de diferencias disponible en caso de diferencias entre la entidad deudora y sus acreedores".

Concepto del Procurador

El Procurador resaltó que este artículo contiene "definiciones para darle cabal aplicación al Acuerdo, tales como inversión (...), inversionista, rendimientos de la inversión, y territorio de

cada una de las partes donde se aplica el instrumento"[352]. Sin embargo, no presentó ningún análisis de compatibilidad de este artículo con la Constitución Política. Sobre el Protocolo, advirtió que "se ajusta al orden constitucional en materia de internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, así como en lo correspondiente al endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales y el consecuente servicio de la deuda, teniendo en cuenta que el endeudamiento público de los estados es un asunto soberano y no de derecho privado".

Intervenciones

Cinco intervinientes se pronunciaron sobre este artículo. Dos solicitaron su exequibilidad[354]; uno explicó la justificación de este artículo, sin formular solicitud alguna[355]; por último, dos cuestionaron la constitucionalidad de algunos de sus apartes.

La UNAB solicitó la exequibilidad de este artículo y señaló que, "al expresar definiciones técnicas con el fin de determinar los aspectos conceptuales sobre los cuales los lectores de la norma deben analizar su contenido, no vulnera la Constitución Política, sino que da claridad sobre cómo entender técnicamente su finalidad"[357]. La Cancillería se limitó a describir el contenido del artículo y solicitó su exequibilidad.

En su escrito, Adriana Vargas señaló que "la justificación para establecer las definiciones es porque ambos países tienen interés en proteger cierto tipo de inversiones y no otras, pues su política pública prioriza esas y no otras. Por ejemplo, Colombia excluye de la definición de inversión el concepto de deuda pública porque considera que no es procedente darle la protección de un BIT, [con base en] el CONPES 3197 de 2002"[359]. En su intervención en la audiencia pública, sobre la "inclusión del espacio aéreo", aclaró que se respeta la definición de territorio de cada Parte y "no hay intervención ni es un tema objeto de negociación el alcance y los elementos que se incluyen en la definición de territorio".

La URosario advirtió que la definición de inversión, contenida en la sección (e), incluye las "concesiones en cultivo de recursos y derechos futuros sobre los mismos", lo cual representa "una ampliación del ámbito de protección de las inversiones a los recursos que podrían producirse a mediano y largo plazo (...) generando grandes incertidumbres para ambas Partes Contratantes (...) y (...) un alto riesgo de detrimento patrimonial, en caso de una futura demanda"[361]. Asimismo, resaltó que en el numeral 3 del párrafo 2 se amplían los rendimientos en inversión, "al incluir aquellos producidos por la reinversión [lo que permite] que mayores sumas de dinero se vean sujetas al régimen especial de la protección de la inversión, y que, como consecuencia, se reduzcan los gravámenes tributarios". Esto explica, en su concepto, que esta protección resulte excesiva[362]. Sin embargo, no formuló solicitud alguna en relación con sobre estos apartes normativos.

La UExternado solicitó declarar la inexecutable de las expresiones (i) "de toda naturaleza" y (ii) "su espacio aéreo", así como declarar la exequibilidad condicionada de la expresión (iii) "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes", para que se restrinja su aplicación respecto de los inversionistas con doble nacionalidad[363]. Estas solicitudes se fundaron, respectivamente, en tres razones. Primera, "al incluir dentro de la definición de inversión la expresión derechos de toda naturaleza, esto supone que puede entenderse como parte de una inversión cualquier tipo de derecho, sea este real, personal o fundamental (...) Esto implicaría no solo contar con una doble protección jurídica mayor que la de los nacionales colombianos, sino que además supondría reificar los derechos fundamentales

de las personas hasta el punto de atentar contra la dignidad humana"[364]. Segunda, "al comparar la definición de los elementos que integran cada uno de los Estados, se aprecia que mientras en el caso de Colombia se incluye expresamente el espacio aéreo, en el caso de Francia se guarda silencio (...) esta omisión (...) no solo supone una clara contradicción a los principios de equidad y reciprocidad de las relaciones internacionales (...), sino que podría significar, a su vez, una nueva limitación a los ciudadanos colombianos, con relación a sus inversiones para el aprovechamiento del espacio aéreo francés"[365]. Tercera, "se trata de una disposición que permite considerar la posibilidad de ciudadanos colombo-franceses que puedan beneficiarse a su elección de los beneficios derivados del tratado internacional, sea en Colombia o en Francia (...) por lo que se convertiría en un claro trato inconstitucional"[366]. Sobre esto último, solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada "del artículo 1° (numeral 2, literal a), aclarando que, cuando se trate de inversionistas colombianos, deberá aplicarse exclusivamente el criterio de nacionalidad predominante y efectiva".

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 1	
Exequibilidad	<p>Incluye definiciones técnicas necesarias para el APPRI.</p> <p>Busca delimitar las inversiones que se protegen con el APPRI.</p> <p>Excluye la deuda pública del alcance del APPRI.</p> <p>Respeto la definición de los elementos del territorio de cada una de las Partes Contratantes, según sus ordenamientos jurídicos.</p>
Inexequibilidad	<p>La expresión "concesiones en cultivo de recursos y derechos futuros sobre los mismos" genera incertidumbre para las Partes Contratantes.</p> <p>El numeral 3 del párrafo 2 contiene una protección excesiva, al incluir los rendimientos de la reinversión.</p> <p>La expresión "de toda naturaleza" incluiría los derechos fundamentales, lo que afecta la dignidad humana.</p> <p>La expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" permite que ciudadanos colombo-franceses se beneficien de los privilegios del APPRI.</p> <p>La expresión "su espacio aéreo" se incluye en la definición de Colombia, pero no de Francia, lo que vulnera los principios de equidad y reciprocidad.</p>

Consideraciones de la Corte

Corresponde a esta Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 1 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política? Dados los cuestionamientos formulados por los intervinientes en el presente asunto, la Corte también responderá los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" (núm. 2 – a) permite que los ciudadanos colombo-franceses se beneficien de este APPRI y, por tanto, vulnera el principio de igualdad previsto por el artículo 13 de la Constitución Política en relación con los colombianos que no tienen esa doble nacionalidad? y (ii) ¿la inclusión de la expresión "su espacio aéreo" dentro de la definición del territorio de Colombia y la omisión de este elemento en la definición del territorio de Francia (núm. 4) vulnera los principios de equidad y reciprocidad previstos por el artículo 226 de la Constitución

Política?

Como lo sugieren la mayoría de los intervinientes, este artículo es, en términos generales, compatible con la Constitución Política. Esto, por cuanto prevé las definiciones técnicas necesarias para la aplicación de este APPRI, sin amenazar o vulnerar contenido alguno de la Constitución Política. Este artículo define los conceptos de (i) inversión, (ii) inversionista, (iii) rendimientos y (iv) territorio. El numeral 1 define el término "inversión" como todos los activos, "comprendidos los bienes o derechos de toda naturaleza", entre otros los bienes muebles o inmuebles, las acciones, primas de acciones y otra clase de participaciones, las obligaciones, créditos y derechos sobre prestaciones económicas, los derechos de propiedad intelectual, comercial e industrial y las concesiones conferidas por la ley o por los contratos. A su vez, prevé que (i) los activos "cubiertos por el presente Acuerdo" deben haber sido invertidos por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con el ordenamiento jurídico de esta última, (ii) la alteración en la forma en que se invierten los activos no afectará su calidad de inversiones, siempre que se lleve a cabo conforme a derecho y (iii) el término inversión "no incluye las operaciones de deuda pública, las transacciones comerciales referidas a la importación y exportación de bienes y servicios, ni los créditos destinados a su financiación ni sus intereses". Al respecto, el Protocolo suscrito entre las Partes Contratantes reitera que las operaciones de deuda pública están excluidas de la definición de inversión y, por ende, del ámbito de aplicación del Acuerdo y de sus disposiciones sobre arreglo de diferencias. Por último, el numeral 1 estipula, además, que las características mínimas de una inversión son: (i) aporte de capital u otros recursos y (ii) riesgo asumido por el inversionista, aunque sea de manera parcial.

El numeral 2 estipula que el término "inversionista" hace alusión a tres clases de sujetos (i) "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las partes", (ii) personas jurídicas constituidas en el territorio de una Parte Contratante y que allí tenga su domicilio y (iii) personas jurídicas controladas "directa o indirectamente" por nacionales de las Partes Contratantes o por personas jurídicas constituidas en el territorio de una Parte Contratante y allí domiciliadas. Exige que, tratándose de las personas jurídicas, esto es, las categorías (ii) y (iii), "deben ejercer efectivamente actividades económicas en el territorio de la Parte Contratante donde su domicilio social esté localizado".

El numeral 3 instituye que (i) el término "rendimiento" se entiende como todas las sumas producidas por la inversión, como utilidades, regalías e intereses y que (ii) los rendimientos de las inversiones y de las reinversiones gozarán de la misma protección que la inversión. Por último, el numeral 4 define los territorios de las Partes Contratantes en los que se aplica el Acuerdo. "Francia" está integrada por (i) los departamentos europeos y de ultramar de la República Francesa, incluido el mar territorial, y por (ii) cualquier otra área fuera del mar territorial en el que esta República "tiene derechos de soberanía para los fines de exploración y de explotación de recursos naturales del lecho y subsuelo marinos y aguas supra yacentes". Por su parte, "Colombia" está compuesta por (i) su territorio terrestre, territorial e insular, (ii) su espacio aéreo, (iii) sus áreas marítimas y submarinas y (iv) otros elementos sobre los que ejerce su soberanía, derechos soberanos o su jurisdicción.

Como en ocasiones anteriores se ha decidido frente a la cláusula de definiciones de los APPRI[368], la Corte declarará su exequibilidad en términos generales. Esto, por cuanto advierte que el artículo 1 delimita el ámbito de aplicación, los sujetos, la clase de inversiones y el territorio a los que se refiere este tratado[369] y "otorga significados específicos a los términos

empleados por el instrumento internacional"[370], que resultan necesarias para la correcta aplicación del mismo, generan seguridad jurídica[371] y contribuyen a conseguir los objetivos que se propone el APPRI[372]. La Corte ha señalado que los alcances de tales definiciones "se sujetan a los mandatos superiores sobre soberanía, autodeterminación de los pueblos y reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (C.P., art. 9)"[373]. Por último, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la exclusión de la deuda pública de la definición de inversión. Esto, por cuanto, por esta vía, "los flujos que se deriven de contratos internacionales de préstamo permanecerán sometidos a la regulación sobre endeudamiento externo que expida la autoridad cambiaria, esto es, la Junta Directiva del Banco de la República"[374], lo cual resulta conforme con los artículos 371 y 372 de la Constitución Política.

Lejos de lo sostenido por algunos intervinientes sobre la definición de inversión, la Corte no advierte irrazonable que la sección (e) del numeral 1 incluya dentro del concepto de inversión las concesiones, ni que el numeral 3 de este artículo prescriba que los rendimientos de las inversiones y de las reinversiones gozarán de la misma protección que la inversión. No resulta irrazonable, por cuanto, de un lado, las concesiones precisamente son una de las formas mediante las cuales se canaliza la IED en el país y, del otro, no es contrario a la naturaleza de los APPRI, ni a los objetivos que persiguen, cobijar los rendimientos de la inversión y las reinversiones. En el caso de los rendimientos, la Corte no advierte razón alguna para cuestionar su protección por parte del APPRI. En el caso de las reinversiones, estas son, de suyo, inversiones que llevan a cabo los inversionistas y, por tanto, su protección es por completo compatible con este instrumento internacional. Por lo demás, la Corte constata que tales contenidos normativos no generan incertidumbre ni inseguridad jurídica, ni mucho menos comprometen, en manera alguna, los contenidos de la Constitución Política.

Por el contrario, lo que a juicio de la Corte sí resulta irrazonable es suponer, como lo sugiere uno de los intervinientes, que la expresión "o derechos de toda naturaleza" incluye los derechos fundamentales y que ello afecta la dignidad humana. Esta lectura, en criterio de la Corte, es por completo descontextualizada de la definición de "inversión" prevista por el APPRI y pierde de vista la naturaleza y la finalidad de este instrumento. La Corte resalta que este tratado busca la protección de las inversiones y los derechos patrimoniales a estos asociados –de lo cual da cuenta el listado previsto por el numeral 1–. No tiene por objeto la regulación de los derechos fundamentales y, mucho menos, incluir a estos últimos dentro de la definición de IED.

La Corte tampoco considera que la expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" (núm. 2 – a) vulnere el principio de igualdad, al permitir que los ciudadanos colombo-franceses se beneficien de este APPRI en desmedro de los colombianos que no tienen esa doble nacionalidad. Al respecto, la Corte resalta que, en múltiples sentencias, ha considerado compatible con la Constitución Política la disposición según la cual "en caso de una persona de doble nacionalidad, esta se considerará nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva" incluida en varios APPRI[375]. Por su parte, frente a aquellos APPRI que limitan la definición de "persona física o natural" a toda aquella "tenga la nacionalidad de una de las Partes Contratantes de conformidad con su legislación"[376], la Corte ha señalado que esta busca impedir "que el inversionista con doble nacionalidad aproveche las normas del acuerdo para beneficiarse de sus prerrogativas, aduciendo la otra nacionalidad"[377] y, en consecuencia, la ha estimado "necesaria para no desnaturalizar la finalidad de las normas que hacen parte del Acuerdo".

Pese a que, el artículo 1 no excluye expresamente a las personas con la doble nacionalidad (francesa y colombiana) de la definición de inversionista, esto no implica vulneración alguna del principio de igualdad. Esto es así por dos razones. Primera, porque tal como se señaló en los párr. 109 a 122, frente a sus cláusulas sustanciales, el APPRI no dará lugar a un trato más favorable para los inversionistas extranjeros que para los inversionistas nacionales. Por lo tanto, en relación con las cláusulas sustanciales, el inversionista con la doble nacionalidad (colombo-francesa) en Colombia no sería titular ni beneficiario, en manera alguna, de un trato más favorable frente al inversionista que solo tiene la nacionalidad colombiana y también lleva a cabo sus inversiones en Colombia. Segunda, porque, en relación con el mecanismo de arreglo de diferencias entre inversionista y Estado, el artículo 15.5 expresamente prevé que "si el inversionista implicado en la diferencia es una persona física que posee la doble nacionalidad francesa y colombiana, únicamente una corte nacional según lo definido en el párrafo 4 a) podrá conocer la diferencia". En otros términos, el inversionista colombo-francés en Colombia, al igual que el inversionista que solo cuenta con la nacionalidad colombiana y lleva a cabo sus inversiones en Colombia, únicamente puede someter su diferencia ante las cortes locales. Así las cosas, la expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" (núm. 2 – a) no vulnera el principio de igualdad previsto por el artículo 13 de la Constitución Política ni desnaturaliza la finalidad del APPRI.

Por último, la Corte considera que la inclusión de la expresión "su espacio aéreo" dentro de la definición del territorio de Colombia y la omisión de este elemento en la definición del territorio de Francia (núm. 4) no es contraria a la Constitución Política. Esto, por cuanto, (i) en los términos de la jurisprudencia constitucional, dicha expresión no vulnera el principio de reciprocidad y (ii) la definición del territorio es consecuencia del ejercicio de la soberanía de ambas Partes Contratantes, sin que con ello se comprometa componente alguno de la Constitución Política.

Primero, la Corte ha resaltado que, en relación con el principio de reciprocidad, no "se puede adelantar un control aislado de las cláusulas convencionales. Se debe examinar cada disposición en el conjunto del tratado internacional, a efectos de determinar si es equitativo y recíproco; y, solo podrán ser declaradas inexecutable cláusulas del mismo únicamente en casos donde, de manera manifiesta y grosera vulneren la Constitución"[379]. A su vez, ha señalado que "es natural que existan diferencias en temas concretos entre los países a la hora de negociar, [sin que esto pueda] significar, no obstante, ausencia de reciprocidad, porque ella surge del equilibrio en las cláusulas convencionales, vistas en su conjunto"[380]. De esto se sigue que, bajo ninguna perspectiva, el principio de reciprocidad implica necesariamente que las Partes Contratantes deban pactar definiciones de territorio análogas o idénticas. De tal principio se deriva, en los términos de la jurisprudencia constitucional, que las Partes Contratantes deban propender por alcanzar equilibrio con las cláusulas previstas por el acuerdo internacional en su conjunto. Así, en el caso concreto, la inclusión del espacio aéreo en la definición de Colombia y su ausencia en la definición de Francia no implica per se, como lo sugirió un interviniente, violación del principio de reciprocidad, máxime cuando no está demostrado que la diferencia entre tales definiciones genere un desequilibrio en el tratado en su conjunto.

Segundo, la Corte ha reiterado que, en virtud del principio de soberanía, los estados "gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos, y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua"[381]. Por lo tanto, para la Corte es claro que la definición del

territorio dentro de los APPRI es consecuencia del ejercicio de la soberanía de ambas Partes Contratantes, las cuales tienen autonomía e independencia para la regulación de los elementos que integran el Estado, sin que con ello se comprometa componente alguno de la Constitución Política. Por lo tanto, cada Parte Contratante es soberana para definir su territorio, de conformidad con su propio ordenamiento jurídico, sin que resulte admisible que una de las Partes Contratantes imponga a la otra una determinada definición de territorio o de los elementos que lo integran.

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 1 del tratado sub examine.

El siguiente cuadro sintetiza las anteriores consideraciones:

Cuestionamiento	Decisión
La expresión "concesiones en cultivo de recursos y derechos futuros sobre los mismos" genera incertidumbre para las Partes Contratantes.	Esta expresión no resulta irrazonable y no genera inseguridad jurídica (párr. 141).
El numeral 3 del párrafo 2 contiene una protección excesiva, al incluir los rendimientos de la reinversión.	No es irrazonable en atención a la naturaleza y finalidad de este APPRI (párr. 141).
La expresión "de toda naturaleza" incluiría los derechos fundamentales, lo que afecta la dignidad humana.	Esta expresión no vulnera los derechos fundamentales ni la dignidad humana; se refiere a los derechos patrimoniales asociados a la inversión (párr. 141).
La expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" permite que ciudadanos colombo-franceses se beneficien de los privilegios del APPRI.	Esta expresión es exequible, en atención a la declaración interpretativa conjunta frente a todo el tratado (párr.120) y a lo previsto por el artículo 15.5 de este APPRI (párr. 144)
La expresión "su espacio aéreo" se incluye en la definición de Colombia, pero no de Francia, lo que vulnera los principios de equidad y reciprocidad.	Esta expresión es exequible.

Ámbito de aplicación del Acuerdo (art. 2)

El texto del artículo 2 es el siguiente:

"Artículo 2. Ámbito de aplicación del Acuerdo.

1. El presente Acuerdo se aplica a las inversiones ya realizadas o que se realicen después de su entrada en vigor de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizare la inversión.
2. Este Acuerdo no se aplicará a diferencias originadas o reclamaciones que hayan tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo o se refieren a eventos que tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.
3. Las inversiones realizadas con capitales o activos vinculados a actividades de origen ilícito no

estarán cubiertas por este Acuerdo. -

4. Las disposiciones de este Acuerdo no se aplican a cuestiones tributarias.

5. Nada en ese Acuerdo se interpretará como impedimento para que una Parte Contratante adopte o mantenga medidas no-discriminatorias por motivos prudenciales, incluidas las medidas destinadas a proteger a los inversionistas, depositantes, tomadores de seguros o fideicomitentes, o para asegurar la seguridad, solvencia, integridad o estabilidad del sistema financiero. Cuando tales medidas no estén en conformidad con las disposiciones de este Acuerdo, no deberán ser usadas como medio de evadir las obligaciones y compromisos de la Parte Contratante en esas disposiciones, en particular las obligaciones de los artículos 6 (Expropiación e Indemnización) y 8 (Libre Transferencia).

Para mayor certeza, las medidas que se tomen por motivos prudenciales que afecten la libre transferencia deberán ser temporales".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare la exequibilidad de este artículo. Esto, por cuanto consideró que "no es contrario al orden superior en estricto sentido, máxime al quedar en claro que cualquiera de las Partes Contratantes sí puede tomar medidas regulatorias financieras por motivos prudenciales que afecten la transferencia de capitales relacionados con las inversiones y sus dividendos"[382].

Intervenciones

Cuatro intervinientes se pronunciaron sobre este artículo. Tres solicitaron su exequibilidad[383] y uno cuestionó el párrafo 5, sin formular solicitud alguna al respecto.

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron que se declare la exequibilidad de este artículo. El MinCIT resaltó que este artículo es compatible con (i) el artículo 13 de la Constitución Política, en tanto "establece que los estándares de tratamiento se aplicarán a las inversiones realizadas en cualquier momento, antes y después de la entrada en vigor del Acuerdo"[385], y (ii) el principio de irretroactividad, dado que prevé que este tratado "no cubre reclamaciones originadas o que hayan tenido lugar antes de la fecha de [su] entrada en vigor"[386]. Estas consideraciones se fundaron en la sentencia C-377 de 2010. La Cancillería y la UNAB se limitaron a describir el contenido de este artículo.

La URosario cuestionó que el párrafo 5 de este artículo "establece una limitación temporal a la hora de imponer medidas referentes a la seguridad y solvencia del sistema financiero, es decir, que, en caso de emergencia económica, donde el Estado intervendría para restablecer el equilibrio financiero, este tendría un máximo de tiempo en procura de las inversiones francesas en suelo nacional"[388]. Sin embargo, no formuló solicitud alguna al respecto.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a esta Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 2 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

Este artículo, en sus cinco numerales, regula el ámbito de aplicación del Acuerdo. Los dos primeros fijan el ámbito temporal de aplicación, mientras que el tercero y el cuarto, el ámbito material de aplicación. El primer numeral prevé que el Acuerdo se aplica tanto a las inversiones

"ya realizadas o que se realicen después de su entrada en vigor". El segundo dispone que el Acuerdo no se aplicará a las diferencias o reclamaciones "que hayan tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor (...) o se refieran a eventos que hubieran tenido lugar antes de la fecha de entrada en vigor". El tercero prescribe que este Acuerdo "no cubre" las inversiones "realizadas con capitales o activos vinculados a actividades de origen ilícito". El cuarto instituye que este Acuerdo no se aplica a "cuestiones tributarias".

El quinto numeral prescribe que este Acuerdo no se interpretará como impedimento para que las Partes Contratantes "adopten medidas no discriminatorias por motivos prudenciales", tales como (i) las relacionadas con la protección de los inversionistas, depositantes, tomadores de seguros, o fideicomientes o (ii) las relativas a asegurar la seguridad, solvencia, integridad o estabilidad del sistema financiero. A su vez, dispone que estas medidas no "deberán ser usadas como medio para evadir las obligaciones y compromisos de la Parte Contratante (...) en particular" las relacionadas con los artículos 6 y 8. Prevé, además, que las "medidas (...) que afecten la libre transferencia deberán ser temporales".

Este artículo es compatible con la Constitución Política. Tal como se ha reiterado en múltiples sentencias[389], en términos generales, la determinación del ámbito de aplicación, material y temporal, del APPRI a las inversiones es una manifestación directa del principio de soberanía nacional de ambas Partes Contratantes, así como del "ánimo de integración económica que desarrolla el artículo 226 superior [y] que promueve la integración económica sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional".

Frente al contenido del primer numeral, esto es, la inclusión de las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigencia del APPRI, la Corte ha señalado que "realiza el principio de igualdad, en cuanto se trata de garantías otorgadas por los Estados a los inversionistas tanto para iniciar como para mantener la inversión y, además, en términos de seguridad, a idéntico riesgo está sometido el empresario antiguo como el nuevo, de donde resulta que la igualdad real consagrada en el artículo 13 de la Carta se realiza mejor con los términos acordados en la cláusula examinada que con una referencia tajante a las inversiones futuras"[391]. Por su parte, frente al segundo numeral, en virtud del cual se excluyen las diferencias o reclamaciones que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigencia del APPRI, la Corte ha resaltado que esta exclusión "respeta el principio de irretroactividad"[392], a la luz del cual el tratado solo se debe aplicar a las diferencias o reclamaciones que surjan con posterioridad a su entrada en vigor.

La Corte también considera compatibles con la Constitución Política los numerales tercero y cuarto, según los cuales, el tratado no cubre (i) inversiones con activos o capitales de origen ilícito ni (ii) cuestiones tributarias. Esto por cuanto, como lo ha señalado en decisiones anteriores, "resulta exequible que el Acuerdo omita cubrir con la protección ofrecida a capitales de origen ilícito, (...) también es constitucional que las medidas adviertan sobre su incidencia neutra en materia tributaria"[393]. Sobre esto último, la exclusión de la materia tributaria del alcance y de los efectos del APPRI no desconoce componente alguno de la Constitución Política.

En relación con el numeral 5, la Corte concluye que esta cláusula interpretativa, en virtud de la cual el tratado no se interpretará como impedimento para que las Partes Contratantes "adopten medidas no discriminatorias por motivos prudenciales" en materia de seguros y del sistema financiero, resulta no solo ajustada a la Constitución Política, sino (i) necesaria para preservar las competencias constitucionales y la autonomía regulatoria de las autoridades nacionales sobre esta materia (arts. 150, 189, 371 y ss. de la CP, entre otros) y (ii) compatible, en particular, con el artículo 100 de la CP. Lo primero, por cuanto la Constitución Política prevé que las autoridades

nacionales tienen facultades de intervención y competencias para regular tales materias[394] y, para ello, conforme a la jurisprudencia constitucional, se les ha reconocido amplia libertad de configuración en materias económicas, como las relativas al sistema financiero y de seguros[395]. Al respecto, la Corte ha concluido que esta cláusula "armoniza con los mandatos de regulación, inspección, vigilancia y control de las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (arts. 150.19 y 189.24 de la CP)"[396]. Lo segundo, por cuanto, la Corte ha sostenido, de manera uniforme, que las salvedades previstas en los APPRI para que las Partes Contratantes adopten medidas fundadas en razones de orden público y de estabilidad del sistema financiero son compatibles con "el artículo 100 de la Carta que permite por tales razones, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros".

Por último, la Corte considera que la expresión "las medidas que se tomen por motivos prudenciales que afecten la libre transferencia deberán ser temporales" es compatible con los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, relativos a las competencias del Banco de la República. El artículo 371 prevé que "serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general". El artículo 372 prescribe que "la Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco (...)".

La compatibilidad de la referida expresión con los artículos 371 y 372 de la Constitución Política se explica por dos razones. Primera, desde la sentencia C-008 de 1997, la Corte ha señalado que esta cláusula "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"[398]. En este sentido, en la sentencia C-184 de 2016, la Corte concluyó 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 posibles contenidos materiales que sustenten la decisión".

Segunda, la referida expresión normativa no compromete las competencias del Banco de la República en "términos específicos de vigencia, pues éstos sólo pueden ser establecidos por la autoridad competente de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se enfrente en el ejercicio de sus funciones constitucionales"[399]. En otros términos, dicha disposición no circunscribe las competencias del Banco de la República "a límites temporales cerrados que impidan el ejercicio de la labor que le fue encomendada, lo cual no es admisible por la Constitución"[400]. En suma, esta disposición es compatible con los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha reiterado, de manera uniforme, que "es plausible la restricción temporal de las atribuciones del Banco de la República"[401], siempre que no fijen límites temporales cerrados o definitivos.

Con base en lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 2 del tratado sub examine.

Fomento y admisión de inversiones (art. 3)

El texto del artículo 3 es el siguiente:

"Artículo 3. Fomento y admisión de inversiones.

1. Cada parte Contratante fomentará y admitirá en su territorio, de acuerdo con su legislación, así como las disposiciones del presente Acuerdo, las inversiones realizadas por los inversionistas de la otra Parte Contratante.

2. Las Partes Contratantes, dentro del marco de su legislación interna, examinarán de buena voluntad las solicitudes de ingreso y autorización de residir, trabajar o viajar hechas por los nacionales de una Parte Contratante en relación con una inversión efectuada en el territorio de la otra Parte Contratante".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare la exequibilidad de este artículo, en tanto prevé que "la política migratoria, (...) se rige por la soberanía de cada Estado, lo cual se ajusta al orden normativo superior colombiano"[402].

Intervenciones

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron que se declare la exequibilidad de este artículo. La UNAB señaló que "este artículo reafirma el interés de promover las inversiones por parte de cada Estado (...) así como facilitar las solicitudes de ingreso y autorizar residencia, trabajo y viajes a los nacionales [del otro Estado], [con la respectiva] evaluación interna de las solicitudes, bajo la normatividad vigente"[403]. El MinCIT y la Cancillería se limitaron a describir el contenido de este artículo.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a esta Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 3 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

Este artículo contiene dos numerales. El primero prevé el deber de las Partes Contratantes de fomentar y admitir, "de acuerdo con su legislación" y este Acuerdo, las inversiones llevadas a cabo por los inversionistas de manera recíproca. El segundo dispone que "en el marco de su legislación interna", las Partes Contratantes examinarán de buena voluntad las solicitudes de ingreso y autorización de "residir, trabajar o viajar" de los nacionales de "una Parte Contratante en relación con una inversión efectuada en el territorio de la otra Parte Contratante".

La Corte advierte que, en tales términos, este artículo es compatible con la Constitución Política. De un lado, la Corte ha resaltado que el compromiso de fomentar y admitir las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante se ajusta a la Constitución, por cuanto "contribuye a la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y responde a claros motivos de conveniencia nacional (C.P., artículo 226)"[405], así como al "cumplimiento de los objetivos del Acuerdo"[406] y a la integración económica[407]. De otro lado, también contribuye a alcanzar los fines del Acuerdo el compromiso de una Parte Contratante de evaluar, de buena voluntad, las solicitudes migratorias de los nacionales de la otra Parte en relación con la "inversión efectuada";

esto, sin afectar en manera alguna las competencias migratorias de las autoridades nacionales ni el artículo 100 de la CP. Por lo demás, nada en este artículo amenaza o vulnera contenido alguno de la Constitución Política.

Con base en lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 3 del tratado sub examine.

Estándar mínimo de trato (art. 4)

El texto del artículo 4 es el siguiente:

"Artículo 4. Estándar mínimo de trato.

1. Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, **ínter alia**:

a) La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso.

b) La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones.

Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas.

La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar.

Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este parágrafo.

2. Las inversiones realizadas por los inversionistas de una Parte Contratante gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Para mayor certeza la obligación de otorgar protección y seguridad plenas bajo este artículo exige que cada Parte Contratante otorgue a los Inversionistas y a sus inversiones protección frente a daños físicos y materiales".

Concepto del Procurador

El Procurador señaló que, en términos generales, este artículo "se ajusta al orden constitucional en materia de garantía de acceso a la administración de justicia bajo el debido proceso, así como en lo referente a la confianza legítima derivada del principio de buena fe"[408]. Sin embargo, en relación con el parágrafo 2, destacó que "(...) resulta contrario al principio de conveniencia nacional [que Colombia se obligue] a garantizar la protección y seguridad plenas a los inversionistas franceses y a sus inversiones por los daños físicos y materiales que le fueren causados o llegaren a sufrir, lo cual compromete seriamente nuestros recursos presupuestales en forma preventiva e indemnizatoria, porque (sic) Colombia es un país muy inseguro en asuntos delincuenciales y de previsión de desastres naturales, además del riesgo moral o subjetivo que esto pueda conllevar"[409]. Además, resaltó que "tal obligación resulta todavía más gravosa si se tiene en cuenta que se trata de la asunción de responsabilidad objetiva por cualquier riesgo en

materia de protección y seguridad (...) que podría hacerse extensiva a otros estados con base en la cláusula de nación más favorecida".

Por lo anterior, solicitó a la Corte que declare "ajustado al orden superior el Acuerdo que se revisa bajo el entendido que el concepto de protección y seguridad plenas no requiere un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato a extranjeros de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y no crea derechos sustantivos adicionales en el entendido de que la obligación de otorgar protección y seguridad plenas exige a cada parte proveer el nivel de protección policial requerido por el derecho internacional consuetudinario; para mayor certeza, el estándar de protección y seguridad plenas no implica que el Estado receptor de la inversión está obligado a garantizar un nivel de protección policial a los inversionistas más favorable que aquel que se otorga a los nacionales de la parte en donde se haya realizado la inversión"[411]. En su concepto, este condicionamiento se "materializaría con la correspondiente declaración interpretativa hecha por el Presidente de la República".

Por último, señaló que la expresión "o de otro acuerdo internacional" implicaría que "todo lo favorable en materia de inversionistas o inversiones que haya en todos los instrumentos internacionales que todos los países hayan celebrado y que contengan disposiciones más favorables a las establecidas en el Acuerdo, automáticamente se les debe aplicar a los inversionistas franceses y a sus inversiones, lo cual no llena las expectativas de claridad negocial que se requiere en este tipo de acuerdos". Sin embargo, no formuló solicitud alguna respecto de este aparte normativo.

Intervenciones

Seis intervinientes se pronunciaron sobre esta cláusula. Tres solicitaron que se declare su exequibilidad[413]; dos explicaron su contenido, sin formular solicitud alguna[414] y, por último, uno solicitó que se declare la inexecuibilidad de su primer inciso.

El MinCIT señaló que este artículo es compatible con la Constitución Política, en tanto "protege las inversiones en el ámbito de la seguridad jurídica ante tratos manifiestamente arbitrarios y discriminatorios y en el acceso de los inversionistas a la administración de justicia junto con la garantía de su debido proceso"[416]. La Cancillería y la UNAB se limitaron a describir el contenido de este artículo y solicitaron su exequibilidad.

En su escrito y en su participación en la audiencia, José Antonio Rivas explicó que dentro del nivel mínimo de trato se encuentran "el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas"[418]. El TJE "no es una obligación única, sino compuesta por varias sub obligaciones que incluyen la obligación de debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas, la prohibición de trato arbitrario o discriminatorio y la prohibición de denegar justicia (...) la obligación de no afectar las expectativas legítimas y razonables del inversionista también es parte de este estándar, pero su desarrollo es jurisprudencial a partir del caso *Waste Management v México*".

Advirtió que, cuando los tratados no definen el contenido del TJE, algunos tribunales han extendido su alcance, "incluyendo, además, las siguientes obligaciones: mantener la seguridad jurídica para el inversionista extranjero, mantener estable el entorno regulatorio existente en el momento en que se realizó la inversión y tratar al inversionista extranjero aplicando el principio de proporcionalidad"[420]. En su concepto, por esta razón se incluyó la siguiente aclaración en el artículo 4 (1) (b): "se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no incluye

una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una parte contratante adoptar su legislación".

Dado lo anterior, el interviniente aclaró que "por sí sola la obligación de trato justo y equitativo no genera una obligación de mantener el entorno regulatorio existente al momento de realizar la inversión"[422]. Esto, porque ningún inversionista puede esperar razonablemente que el Legislativo congele sus facultades regulatorias. No obstante, en su opinión, el inversionista francés "sí podría esperar razonablemente que Colombia no modifique aquellas regulaciones que el Gobierno le hubiera prometido no modificar"[423]. Esto con fundamento en dos principios: *pacta sunt servanda* y buena fe. Esta premisa, a su juicio, resulta compatible con el principio de confianza legítima (sentencia C-155 de 2007) siempre que el Estado "prometió algo específicamente (...) en un contrato".

Finalmente, sostuvo que la obligación de PSP incluye "la obligación del Estado de brindar protección física a las inversiones de la otra parte"[425]. Esta obligación implica la debida diligencia del Estado receptor, incluida "la vigilancia y la implementación de medidas para proteger las inversiones; [pero] únicamente implica una obligación de medios y no de resultados"[426]. Además, resaltó que el artículo 4.2 del APPRI "no puede ser interpretado por tribunales internacionales expandiendo la obligación de protección y seguridad plenas a seguridad jurídica"[427]. Esta última interpretación fue la acogida en el caso Siemens v Argentina[428]. Por último, frente a la expresión "inter alia", concluyó que "el nivel mínimo de trato que comprende trato justo y equitativo y seguridad y protección plenas surge del derecho internacional consuetudinario compuesto por la práctica general y la *opinio iuris*, las cuales son evolutivas y dinámicas".

Rafael Rincón señaló que el EMT "no es una cláusula reciente (...) [y que] esta discusión tiene casi un siglo"[430], en tanto el derecho internacional de inversiones tiene su origen en el derecho de protección a los extranjeros[431]. En su opinión, "con el caso Neer comienza a hablarse de nivel mínimo de trato"[432]. Allí se señala que para que "el tratamiento constituya un ilícito internacional debe ser equivalente a un abuso, a mala fe"[433]. Paralelamente al nivel mínimo de trato, surge el estándar de TJE. Al respecto, señaló que "mientras que el nivel mínimo de trato surge de [manera] consuetudinaria (...), los orígenes del trato justo y equitativo son convencionales".

Resaltó que "el trato justo y equitativo es un estándar distinto, más amplio, pero su germen es el nivel mínimo de trato"[435]. El artículo 4 prevé que el "estándar del nivel mínimo de trato no solo incluye el estándar del caso Neer, sino que también incluye otros componentes del trato justo y equitativo (...) como transparencia, legítimas expectativas (...) y previsibilidad de la acción gubernamental"[436]. Al respecto, sostuvo que en la C-150 de 2009, la Corte señaló que la obligación de trato justo y equitativo "se equiparaba al principio de confianza legítima y buena fe que debe inspirar la actuación administrativa"[437]. En su escrito, señaló que "diferentes tribunales han entendido que el concepto de legítimas expectativas cubre manifestaciones, declaraciones o representaciones que el Estado receptor realiza y que el inversionista tuvo como justificación para realizar su inversión".

Por último, este interviniente aclaró que "este acuerdo incluye una serie de cláusulas que intentan preservar el poder regulador del Estado, [por ejemplo] en los artículos 4, 5, 10 y 14"[439]. A la luz de tales cláusulas, el Acuerdo "está reconociendo la capacidad que el Estado tiene de regular"[440]. En relación con la expresión "inter alia", contenida en el inciso 1 del artículo 4, señaló que "es una redacción bastante común en este tipo de cláusulas [para limitar el TJE, pero] no se busca dotarlo de un contenido indeterminado"[441]. Finalmente, en su escrito, advirtió al

respecto que la "inclusión de la expresión *inter alia* en el Acuerdo permitiría interpretaciones extensivas de las condiciones contempladas en el estándar de trato justo y equitativo"[442], por lo que es "posible sostener que el EMT contenido en el presente Acuerdo parece ser más amplio que la obligación de nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario contenida en otros tratados".

En su escrito, José Manuel Álvarez solicitó la inconstitucionalidad del artículo 4.1. Esta solicitud se fundó en que "Colombia se ha comprometido a asumir obligaciones internacionales a favor de ese país y sus inversionistas, contenidos en todo tipo de instrumentos internacionales en los que no ha sido parte. O peor aún, asumir obligaciones internacionales de las que disfruta el inversionista francés en cualquier país donde el inversionista tenga sede o realice negocios, así Colombia no tenga APPRI con esos países"[444]. Resaltó que este artículo atenta contra la independencia nacional (art 2 de la CP) y la soberanía nacional (art 9 de la CP), dado que "obligan a Colombia frente a todo el derecho internacional pasado y futuro, lo cual deja sin margen de acción para defender la autonomía e independencia nacional y violan el principio de soberanía nacional, al despojar del poder de consentir o no al derecho internacional que voluntariamente podría aceptar que se le aplique mediante negociaciones internacionales"[445]. Asimismo, resaltó la incertidumbre de la expresión "expectativa legítima". Esta tesis fue reiterada en su intervención durante la audiencia.

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 4	
Exequibilidad	<p>compatible con el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la confianza legítima.</p> <p>Garantiza la seguridad jurídica y protege frente a tratos manifiestamente arbitrarios y discriminatorios.</p> <p>No genera una obligación de mantener el entorno regulatorio existente al momento de llevar a cabo la inversión.</p> <p>Es compatible con la obligación del Estado de brindar protección física a las inversiones de la otra parte.</p> <p>Preserva la capacidad regulatoria del Estado.</p> <p>La expresión "inter alia" es común en este tipo de cláusulas y reconoce que el derecho internacional consuetudinario es dinámico.</p>
Inexequibilidad	<p>primer inciso vulnera la independencia nacional (art. 2) y la soberanía nacional (art. 9), dado que "obliga a Colombia frente a todo el derecho internacional pasado y futuro", así como a aquel respecto del cual Colombia no ha expresado su consentimiento.</p> <p>Las expresiones "inter alia" y "expectativa legítima" en el Acuerdo permitiría interpretaciones extensivas e indeterminables del estándar de trato justo y equitativo.</p> <p>La obligación de PSP afecta la sostenibilidad fiscal y resulta contraria al principio de conveniencia nacional.</p>
Exequibilidad condicionada	<p>parágrafo 2 es exequible, bajo el entendido de que la obligación de PSP no exige un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato a extranjeros, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, y no crea derechos sustantivos adicionales ni implica protección policial más</p>

favorable.

Consideraciones de la Corte

Este artículo se titula estándar mínimo de trato y contiene dos cláusulas, a saber: TJE (núm. 1) y PSP (núm. 2). Por esta razón, y habida cuenta de las intervenciones antes reseñadas, la Corte se formulará problemas jurídicos independientes para cada cláusula:

¿La cláusula de TJE es compatible con la Constitución Política? Además, la Corte también responderá los siguientes problemas: ¿la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" vulneran los principios de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y de soberanía nacional (art. 9 de la CP)? ¿las expresiones "inter alia" y "expectativas legítimas" vulneran el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y amenazan el ejercicio de las competencias constitucionales de las autoridades nacionales?

¿La obligación de PSP es conforme con la Constitución Política? En razón del cuestionamiento formulado por el Procurador, la Corte también resolverá el siguiente problema: ¿la obligación de PSP amenaza al principio de sostenibilidad fiscal estipulado por el artículo 334 de la Constitución Política, en tanto prevé un régimen de "responsabilidad objetiva" contrario a al régimen de responsabilidad estipulado en el artículo 90 *ibídem*?

La Corte advierte que el numeral 1 de este artículo prevé la cláusula de TJE, según la cual (i) las Partes Contratantes deben otorgar un TJE "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" y (ii) la obligación de TJE "incluye, inter alia: a) la obligación de no denegar justicia (...) de conformidad con el principio del debido proceso y b) la obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante". Además, prescribe que el TJE (i) "es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas", (ii) no se vulnera "con la determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo o de otro Acuerdo internacional" y (iii) "no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación". El segundo numeral dispone que "las inversiones realizadas por los inversionistas de una Parte Contratante gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario". A su vez, aclara que, "para mayor certeza", esta obligación exige que cada Parte Contratante otorgue protección a los inversionistas y a sus inversiones "frente a daños físicos y materiales".

La Corte evidencia que no existe una definición unívoca de trato justo y equitativo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones[447]. Es más, los propios tribunales de arbitraje han señalado que "un juicio de lo que es justo y equitativo no puede ser formulado en abstracto; depende de los hechos en un caso concreto"[448] y que "este criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias del caso"[449]. Dada la falta de definición de "justo y equitativo", los AII han optado por definir su contenido a partir de las obligaciones a cargo del Estado receptor en relación con los inversionistas. Tras analizar tales obligaciones, la doctrina resalta que la cláusula de TJE busca, en términos generales, la protección del inversionista y de su inversión frente a medidas "arbitrarias, discriminatorias o abusivas" por parte del Estado receptor de la inversión.

Buena parte de la discusión global actual sobre el derecho internacional de inversiones está relacionada con el alcance de la cláusula de TJE[451]. En los informes titulados Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) de 2018, 2017 y 2016, la UNCTAD resaltó que "en las decisiones en las que se declara la responsabilidad del Estado, los tribunales muy frecuentemente lo hacen con base en la violación de las cláusulas de trato justo y equitativo y expropiación indirecta"[452]. Por esta, entre otras razones, ha concluido que "la amplia aplicación de la obligación TJE ha revelado su valor protector para los inversionistas extranjeros, pero también ha expuesto una serie de incertidumbres y riesgos"[453]. A su vez, cierto sector de la doctrina sostiene que "la lectura demasiado amplia de las cláusulas TJE por parte de los tribunales es una de las razones principales que alimentan la actual reacción en contra del arbitraje de inversiones"[454]. Según la información aportada por los intervinientes, en 10 de los 11 arbitrajes de inversión en curso en contra del Estado colombiano se alega la violación de esta cláusula (párr. 62).

Actualmente se discute si el alcance de la cláusula de TJE está limitado al clásico estándar de no denegar justicia, o, si admite interpretaciones más flexibles relacionadas con (i) el trato arbitrario o discriminatorio, (ii) la violación del debido proceso y la falta de transparencia, (iii) la protección de las expectativas legítimas y (iv) la obligación de garantizar la estabilidad jurídica de las inversiones. Esta última es irrelevante en el presente asunto, por cuanto, de manera explícita, el numeral 1 del artículo 4 señala que "se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una Parte Contratante adaptar su legislación (...)". Por lo tanto, esta obligación no se evaluará en el presente análisis.

Trato arbitrario o discriminatorio. Los casos CMS Gas Transmission Co v Argentina y LG&E Energy Corp., and others v Argentina reflejan la tendencia actual de los tribunales de inversión sobre este aspecto. Ambas empresas alegaron, en términos generales, la violación del estándar de TJE, por cuanto, según el régimen jurídico previo a la adquisición de las licencias de operación y de las acciones en tales empresas, sus tarifas se calcularían en dólares y, tras la declaratoria de una emergencia económica en 2002 por la depreciación que sufrió el peso, el Gobierno ordenó calcular tales tarifas en pesos en razón de 1 peso por 1 dólar. En el primer caso, el Tribunal concluyó que "cualquier medida que pueda implicar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo"[455]. En el segundo, el Tribunal decidió que "concluir que las medidas no fueron arbitrarias, no significa que fueron justas y equitativas o que no afectaron la estabilidad del marco jurídico del transporte del gas en Argentina. [Esto, por cuanto,] aunque las medidas implementadas por Argentina no resultasen las mejores, no fueron tomadas a la ligera, sin consideración suficiente, (...) fueron el resultado de juicios razonados y no de simples descatos al derecho".

Violación del debido proceso y falta de transparencia. Los casos más relevantes sobre esta materia son Waste Management, Inc. v México y Metalclad Corp. v México. En el primero, la compañía Waste Management, concesionaria de depósitos de basura, alegó que México había violado su derecho al debido proceso, por cuanto cesó los pagos relativos a la concesión, y el banco garante de tal obligación no hizo efectiva la garantía. Al respecto, el Tribunal señaló que "el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado contrario a la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia en los

procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable"[457].

En el segundo, la compañía Metalclad alegó que las autoridades mexicanas violaron su deber de transparencia, por cuanto le negaron la licencia para operar un vertedero de residuos, pese a que, según lo afirmaron, todos los permisos necesarios habían sido obtenidos. Al respecto, el Tribunal concluyó que, "en la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la "transparencia" es de importancia mayor (...) El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efectos de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (...) de que pudiera haber lugar a un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y la exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes"[458].

Protección de las expectativas legítimas. Para la Corte es claro que, según la doctrina especializada, la extensión de esta protección es "uno de los desarrollos más controversiales del trato justo y equitativo"[459]. En el caso *International Thunderbird Gaming Corporation v México*, el Tribunal resaltó que a "la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto de expectativas legítimas guarda relación (...) con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte (...) no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión). El umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada (...) y de las circunstancias del caso"[460]. Por su parte, en el caso *Saluka v Czech Republic*, el Tribunal sostuvo que "la República Checa (...) ha asumido la obligación de tratar la inversión de un inversionista extranjero de manera que no frustre las expectativas legítimas y razonables subyacentes del inversionista. Un inversionista extranjero cuyos intereses están protegidos en virtud del Tratado tiene derecho a esperar que la República Checa no actuará de manera manifiestamente incoherente, no transparente, irrazonable (es decir, no relacionada con alguna política racional), o discriminatoria (es decir, basada en injustificables distinciones)".

Por su parte, en el caso *Tecmed v México*, el Tribunal resaltó que la protección de las expectativas legítimas "exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión actuará de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de forma anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes"[462].

Ante tal escenario, la Corte resalta que los desarrollos actuales del derecho internacional de las inversiones buscan limitar el alcance de la cláusula de TJE mediante listados cerrados de

supuestos concretos que dan lugar a su violación o, incluso, mediante la omisión de la expresión "justo y equitativo". De esto último da cuenta, por ejemplo, el artículo 3 (1) del APPRI modelo de India[463]. Ahora bien, en relación con la limitación del alcance de la cláusula de TJE, el artículo 8.10 del capítulo de inversiones del CETA (i) definió, de manera cerrada, el listado de obligaciones inherentes a esta cláusula (2)[464] y (ii) delimitó el concepto de expectativas legítimas a la actuación específica de una Parte para inducir al inversionista a realizar o mantener una inversión (4)[465]. Por último, el artículo 9.6 del capítulo de inversiones del TPP explícitamente previó sobre la cláusula de TJE que (i) esta "no crea derechos sustantivos adicionales", (ii) "el mero hecho de que una Parte tome o no tome una acción que pueda ser inconsistente con las expectativas de un inversionista no constituye un incumplimiento de este estándar" y (iii) "el mero hecho de que una subvención o permiso no haya sido emitido, renovado o mantenido, o haya sido modificado o reducido, por una Parte, no constituye una violación de este Artículo".

En relación con la obligación de PSP, al margen de las discusiones teóricas al respecto[467], la Corte advierte que los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones son pacíficos en señalar que este estándar implica mantener las condiciones normales de seguridad y de orden público. Por ejemplo, en el caso *Channel Tunnel Group and other v UK*, el Tribunal sostuvo que la cláusula de PSP implicaba "la de mantener las condiciones normales de seguridad y orden público"[468]. A su vez, en el caso *Tecmed v Mexico*, el Tribunal resaltó que "la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni le impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva"[469]. Por último, en el caso *Asian Agricultural Products v Sri Lanka*, el Tribunal concluyó que "no tiene conocimiento de ningún caso en el que la obligación asumida por el Estado anfitrión de proporcionar a los nacionales del otro Estado Contratante plena protección y seguridad se hubiere interpretado como una obligación absoluta que garantiza que no se sufrirán daños, ni que cualquier violación de la misma crea automáticamente una responsabilidad objetiva a cargo del Estado (...) [en otros términos, esta cláusula] no puede interpretarse como una garantía de que la propiedad nunca será afectada".

Así las cosas, la Corte advierte que, como lo ha sostenido en decisiones previas[471], las cláusulas de TJE y PSP son, en términos generales, compatibles con la Constitución Política. Esto es así, pues buscan garantizar "el principio de seguridad jurídica, el debido proceso en todas las actuaciones judiciales, y la seguridad y protección de los inversionistas, conforme a los principios constitucionales y los fines estatales (Preámbulo, Art. 2 y 29 C.P.)"[472], son "desarrollos de la igualdad y la reciprocidad, principios que orientan las relaciones internacionales del país"[473] y dan lugar a que el Estado responda por los daños antijurídicos que le sean imputables (art. 90 de la CP). Del mismo modo, la Corte reitera que la cláusula de TJE responde a la "necesidad de propiciar condiciones de seguridad jurídica para mejorar las relaciones comerciales entre las Partes Contratantes, en el sentido de que la gestión, el mantenimiento, el uso y la venta de tales inversiones no se vean obstaculizadas mediante medidas arbitrarias o discriminatorias"[474]. Además, conforme con la sentencia C-123 de 2012, la Corte reitera que, en todo caso, la cláusula de TJE "no implica más que otorgar el mismo trato dado a los nacionales de cada Parte".

La Corte encuentra que la expresión normativa "la obligación de otorgar un trato justo y equitativo incluye (...) a) la obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales, o administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso" (art. 4.1-a), como ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje, es compatible con las garantías de debido proceso y acceso a la justicia previstas por los artículos 28[476], 29[477], 228[478] y 229[479], de la

Constitución Política, e incluso con las garantías judiciales previstas por el artículo 8 de la CADH.

A su vez, la expresión normativa "la obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus inversiones", como ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje, es compatible con el principio de igualdad (art. 13 de la CP) e interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado de derecho (arts. 1 y 2 de la CP). Del mismo modo, la Corte advierte que es compatible con el artículo 100 de la Constitución Política, en la medida en que esta cláusula no podría impedir al legislador colombiano ejercer la competencia prevista en dicho artículo, esto es, "por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros"[481].

Sin embargo, tres contenidos cuestionados por los intervinientes ameritan especiales consideraciones. Primero, la Corte considera que la expresión normativa "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" no satisface el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y ciertas lecturas de la misma atentan contra el principio de soberanía nacional (art. 9 de la CP). Frente a lo primero, la Corte advierte que la seguridad jurídica implica "una garantía de certeza"[482] para efectos de que en el tráfico jurídico los sujetos y las autoridades puedan "prever las reglas que les serán aplicadas e identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite"[483]. Pues bien, la expresión normativa referida no permite identificar, siquiera prima facie, cuál es el parámetro o los parámetros que, dentro del derecho internacional, resultarán aplicables para dotar de contenido a la obligación de TJE. No es posible determinar si "el derecho internacional aplicable" a los inversionistas es el consuetudinario o el convencional, y, si es este último, tampoco es posible esclarecer con precisión si los tratados y demás instrumentos aplicables son los ratificados por el Estado receptor de la inversión, el Estado de los inversionistas, o, incluso si se alude a otro grupo de instrumentos internacionales. Ante esta incertidumbre, al Estado le resulta imposible determinar o prever qué le está ordenado, prohibido o permitido, así como las obligaciones específicas cuyo incumplimiento pueda dar lugar a su responsabilidad internacional.

Respecto a lo segundo, la Corte reitera que la soberanía nacional implica, entre otros[484], que el Estado colombiano pueda asumir libre y voluntariamente las obligaciones internacionales; en otros términos, "la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado"[485] salvaguardada por el artículo 9 de la Constitución Política y que, por tanto, debe ser objeto de protección por medio del control de constitucionalidad. Pues bien, para la Corte es claro que –además de ser singularmente amplia en comparación con otras expresiones similares de la cláusula de TJE previstas por los otros APPRI suscritos por Colombia[486]–, de la expresión normativa sub examine podrían derivarse, como lo advierte un interviniente, alcances normativos a la luz de los cuales el Estado colombiano podría resultar sujeto a normas de derecho internacional frente a las cuales no se ha sometido de manera voluntaria y, en consecuencia, le podrían resultar exigibles obligaciones internacionales que no ha asumido libremente, con lo cual se violaría el principio de soberanía nacional (art. 9 de la CP).

La Corte resalta que idéntica lectura se derivaba de la expresión "las obligaciones emanadas del derecho internacional", contenida en el artículo 16 del tratado sub examine. Ante lo cual, tal como se desarrollará en la sección correspondiente, los gobiernos colombiano y francés

decidieron, en aras de aclarar y delimitar su contenido, suscribir la declaración interpretativa conjunta del 23 de octubre de 2017. Al respecto, el Gobierno colombiano reconoció que dicha expresión, sin la declaración interpretativa, "tenía una interpretación peligrosa o riesgosa en términos de demandas para el Estado colombiano"[487], mientras que, tras la declaración, el Embajador sostuvo que las obligaciones a las que hace alusión "son ahora aún más claramente definidas para cerrar la posibilidad a cualquier uso abusivo de dicha disposición".

Por lo anterior, y dada la textura abierta de la cláusula de TJE, así como de sus "incertidumbres y riesgos"[488], la Corte estima necesario que el contenido de la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" sea acotado y determinado, de tal manera que satisfaga las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y se aclare su contenido (párr. 203). Esto es indispensable para que las obligaciones derivadas de la misma sean previsibles y determinables por las autoridades nacionales y, por lo tanto, estas puedan ajustar sus actuaciones a dichos estándares de conducta. Por tal razón, la Corte declarará la exequibilidad de dicha cláusula, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

Segundo, la Corte advierte que la expresión normativa "inter alia", en los términos previstos por el artículo 4 del tratado, tampoco satisface el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP). Esto, por cuanto, de interpretarse de manera amplia, (i) torna indeterminable el contenido de la cláusula de TJE y de las obligaciones que el Estado asume y podría, eventualmente, incumplir, con lo cual se comprometería en forma ilimitada su responsabilidad internacional y (ii) no contiene siquiera parámetros básicos para hacer previsible su alcance y, por tanto, serán los tribunales de arbitraje los que fijen por completo su contenido de manera ex post. La inclusión de dicha expresión en la cláusula de TJE genera una incertidumbre invencible para las autoridades nacionales, a las que, en el ejercicio de sus competencias, les resultaría imposible determinar si una decisión o medida legislativa, judicial, administrativa o de control, representará un ilícito internacional que eventualmente dé lugar a la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado colombiano en el marco de un arbitraje internacional de inversiones.

La única interpretación de la expresión "inter alia" compatible con el principio de seguridad jurídica es la restrictiva, a la luz de la cual su único alcance es analógico, y bajo ningún entendido puede dar lugar a la inclusión de obligaciones adicionales a las previstas expresamente por el listado del artículo 4. Solo bajo esta interpretación, la expresión "inter alia" se ajusta al principio de seguridad jurídica, en tanto las Partes Contratantes tendrían certeza acerca de cuáles obligaciones contiene la cláusula de TJE y, por lo tanto, cuáles son los estándares normativos que deben observar, so pena de no incurrir en ilícito internacional alguno. Por esta razón, la Corte declarará exequible la expresión "inter alia" prevista por el primer inciso del artículo 4 del tratado, bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo.

Por último, la Corte evidencia que la protección a las "expectativas legítimas", prevista por el numeral 1, no es ajena al ordenamiento jurídico nacional ni contraria a la Constitución Política. Por el contrario, la protección de las expectativas legítimas se justifica en los principios de confianza legítima y buena fe (art. 83 de la CP). Al respecto, la Corte ha sostenido que su tutela jurídica "encuentra su fundamento constitucional en el principio de la confianza legítima. En tal sentido cabe señalar que, como corolario del principio de buena fe, la doctrina y la jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesenta, han venido elaborando una teoría sobre la

confianza legítima, la cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte"[489]. En particular, en la sentencia C-169 de 2012, la Corte señaló que, de conformidad con el principio de confianza legítima, "las autoridades públicas están obligadas a preservar un comportamiento consecuente respecto de actos u actuaciones anteriores (...) salvo que exista un interés público imperioso contrario"[490]. En las sentencias C-031 de 2009, C-608 de 2010 y C-169 de 2012, la Corte señaló que la protección de las expectativas legítimas implica la tutela del inversionista y sus derechos "frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas (...) de allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación"[491]. Finalmente, la Corte reitera que la protección de las expectativas legítimas supone "un daño que resulte indemnizable"[492]. En suma, a la luz de la jurisprudencia constitucional, las expectativas legítimas de los inversionistas son objeto de protección siempre que (i) se generen de buena fe como consecuencia de actos o comportamientos consecuentes y reiterados de las autoridades públicas y (ii) sean desconocidas por cambios abruptos e intempestivos atribuibles a las mismas.

Sin embargo, tras la revisión de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje, la Corte no puede pasar por alto que esta expresión representa "uno de los desarrollos más controversiales del trato justo y equitativo"[493] y que no ha sido definida de manera uniforme por los tribunales de arbitraje. Es más, la Corte resalta que los propios tribunales reconocen que el "umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada (...) y de las circunstancias del caso"[494]. Esto, además de la incertidumbre y el carácter "flexible"[495] de esta cláusula, explica que para la Corte resulte indispensable que se concrete su alcance, de tal manera que sus efectos y consecuencias sean previsibles, se garantice la seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y resulte compatible con el estándar de protección de las expectativas legítimas de la jurisprudencia constitucional, señalado en el párrafo anterior. La Corte destaca que esto además resulta necesario a efectos de garantizar la igualdad (art. 13 de la CP) entre el inversionista foráneo y el inversionista nacional frente a la protección de sus expectativas legítimas relacionadas con sus inversiones (párr. 109 y ss). A su vez, la delimitación del alcance normativo de este concepto es por completo consecuente con los desarrollos recientes en el derecho internacional de inversiones al respecto, en particular los incluidos en el CETA y el TPP (párr. 199).

En tales términos, la Corte declarará exequible la expresión "expectativas legítimas" prevista por el artículo 4, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.

Por último, la Corte advierte que el cuestionamiento del Procurador en contra de la cláusula de PSP es infundado, habida cuenta del alcance que los tribunales internacionales de inversión le han dado a su contenido. En efecto, el Procurador sostiene que esta cláusula implica "la asunción de responsabilidad objetiva por cualquier riesgo", lo cual implicaría graves afectaciones a la sostenibilidad fiscal (art. 334 de la CP) y, por tanto, resultaría inconveniente (art. 226 de la CP). Al respecto, la Corte evidencia que los tribunales han sostenido de manera uniforme que esta cláusula implica "mantener las condiciones normales de seguridad y orden público", así como que no prevé un régimen de responsabilidad objetivo. En consecuencia, la Corte no accederá a la solicitud de condicionamiento de esta cláusula formulada por el Procurador. Por lo demás, la

Corte advierte que, en los términos de la jurisprudencia internacional de inversiones, el estándar de protección de la cláusula de PSP del tratado sub examine es análogo al previsto por la Constitución Política (art. 2 y 90 de la CP), en la medida en que busca la protección y la seguridad de los inversionistas, así como el deber a cargo del Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 4 del tratado sub examine, a la luz de los condicionamientos dispuestos en los párrafos anteriores. A su vez, conforme con lo señalado en los párr. 68 y ss, la Corte advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en relación con las expresiones (i) "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio", prevista por el numeral 1, (ii) "inter alia", prescrita por el numeral 1, y (iii) "expectativas legítimas", incluida en el segundo inciso del mismo numeral, en los términos dispuestos en los párrafos anteriores.

El siguiente cuadro sintetiza las anteriores consideraciones:

Decisión	
Artículo 4	Exequible
La expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio"	Exequible, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.
La expresión "inter alia"	Exequible, bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo.
La expresión "expectativas legítimas"	Exequible, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.

Trato nacional y nación más favorecida (art. 5)

El texto del artículo 5 es el siguiente:

"Artículo 5. Trato nacional y nación más favorecida.

1. Cada Parte Contratante le aplicará en su territorio a los Inversionistas de la otra Parte

Contratante, respecto de sus Inversiones y actividades relacionadas con sus Inversiones un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus Inversionistas o el trato concedido a los inversionistas de la nación más favorecida si este último es más favorable.

2. Este trato no incluirá los privilegios concedidos por una Parte Contratante a los Inversionistas de un tercer Estado en virtud de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o cualquier otra forma de organización económica regional o cualquier acuerdo similar, existente o que exista en el futuro.

3. La obligación de una Parte Contratante de otorgar a Inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel otorgado a sus propios Inversionistas, no impedirá que la Parte Contratante adopte o mantenga medidas destinadas a garantizar el orden público en caso de amenazas serlas contra los Intereses fundamentales del Estado. Estas medidas no podrán ser arbitrarias y deberán ser justificadas, necesarias y proporcionales al objetivo buscado.

4. Para mayor claridad, el trato de nación más favorecida, que ha de otorgarse en situaciones similares, y referido en este Acuerdo no se extiende al artículo 1 ni a los mecanismos de arreglo de diferencias, tales como los contenidos en los artículos 15 y 17 del presente Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos Internacionales de inversión". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Señaló que los principios de TN y de NMF "están basados en la no discriminación comercial y financiera"[496]. El TN busca que no se dé "a los inversionistas de la otra parte contratante, un trato menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus propios inversionistas"[497]. Por su parte, el principio de NMF garantiza que se dé "al inversionista de la otra parte contratante, un trato por lo menos tan favorable a aquel dado a los inversionistas de un tercer Estado"[498]. En tales términos, el Procurador concluyó que este artículo es compatible con "los artículos 2 y 13 de la Constitución Política en lo referente a la vigencia de un orden justo y sin tratos discriminatorio, en concordancia en lo establecido en el artículo 100 ibídem".

Intervenciones

Siete intervinientes se pronunciaron sobre esta cláusula. Tres solicitaron su exequibilidad[500]; tres explicaron su contenido, con argumentos a favor[501] y críticas en contra de la misma[502], y uno advirtió sobre la inconstitucionalidad parcial de esta disposición.

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron que se declare la exequibilidad de esta disposición. El MinCIT advirtió que "no se encuentra incompatibilidad alguna entre el texto analizado y la Constitución"[504]. Esto, por cuanto, como lo reconoció la Corte en las sentencias C-608 y C-377, ambas de 2010, esta cláusula busca asegurar que los inversionistas no sean discriminados. La UNAB consideró que esta disposición es "armónica con nuestra Constitución Política, por su contenido similar a otros acuerdos antes suscritos y concordantes con la legislación nacional"[505]; esta conclusión se fundó en citas in extenso de las sentencias C-750 de 2008, C-031 de 2009, C-169 y C-199, ambas de 2012, y C-184 de 2016. La Cancillería se limitó a describir el contenido de este artículo y solicitó su exequibilidad.

José Antonio Rivas sostuvo que el TN y la NMF son "obligaciones típicas de los tratados de inversión"[507] y provienen de los principios de igualdad y no discriminación[508]. El TN exige que los inversionistas franceses sean tratados "de manera no menos favorable que los

inversionistas nacionales y sus inversiones en situaciones similares"[509]. Explicó que los tribunales internacionales utilizan "un test de tres partes para evaluar si hubo violación de trato nacional. Primero, si el inversionista nacional es un comparador apropiado con el inversionista contendiente. Segundo, si al inversionista contendiente se le otorgó un trato menos favorable. Tercero, si el tratamiento diferencial puede ser justificado por razones legítimas de política pública".

Por su parte, el mismo interviniente señaló que la cláusula de NMF "requiere que los inversionistas franceses y sus inversiones sean tratados de manera no menos favorables que los inversionistas e inversiones de terceros estados en situaciones similares"[511]. No hay trato diferenciado "a favor del inversionista extranjero (...) el estándar es de no dar un trato menos favorable (es decir) no se puede dar un trato peor (...) no se exige un trato mejor"[512]. Los tribunales internacionales utilizan "un test de tres partes para evaluar si hubo violación de NMF. Primero, si el inversionista extranjero de un tercer país es un comparador apropiado con el inversionista contendiente. Segundo, si al inversionista contendiente se le otorgó un trato menos favorable. Tercero, si el tratamiento diferencial puede ser justificado por razones legítimas de política pública".

Aclaró que la posibilidad de incorporar cláusulas más favorables provenientes de otros tratados internacionales aprobados por Colombia, en virtud de la NMF, "existe únicamente respecto a obligaciones sustanciales, porque no hay razón alguna para dar un peor trato a inversionistas franceses que a inversionistas de otros estados"[514]. En contraste, el artículo 5 excluye de manera absoluta el uso de la cláusula de NMF para importar cláusulas de resolución de controversias. Finalmente, resaltó que "no hay nada en este tratado que afecte la capacidad negociadora soberana del Presidente de la República en futuras negociaciones internacionales".

Rafael Rincón sostuvo que "la justificación de las cláusulas de TN y NMF en el Acuerdo parece derivarse de nociones como igualdad y no discriminación"[516]. En su opinión, el TN implica que los inversionistas extranjeros tienen derecho a ser tratados como si estuvieran domiciliados (o fueran ciudadanos) del Estado receptor. Por su parte, la cláusula de NMF "contempla que los inversionistas extranjeros tienen derecho a un tratamiento no menos favorable que el disponible para inversionistas extranjeros de un tercer Estado"[517]. Además, sostuvo que "la justificación de las protecciones de TN y NMF en este tipo de tratados se encuentra en el centro de los esfuerzos para construir un régimen liberalizado de inversiones transnacionales"[518]. A su vez, que la cláusula de TN y NMF prevista en el Acuerdo contiene la aclaración de que las protecciones otorgadas se aplicarán "respecto de sus inversiones y actividades relacionadas con sus inversiones", lo cual, en su opinión, denota una intención de restringir el ámbito de aplicación de la cláusula. De la misma manera, resaltó que el Estado colombiano tiene discrecionalidad para tomar las medidas necesarias para proteger sus "intereses fundamentales", las cuales podrán ser revisadas por tribunales internacionales de inversión en el contexto de estas controversias[519]. Aclaró que, por vía de la cláusula de NMF, un inversionista puede buscar "importar" disposiciones de otros acuerdos que resulten más favorables y que sean distintas de las incluidas en el acuerdo respectivo que celebró con otro Estado contratante.

En su escrito, José Manuel Álvarez sostuvo que el TN y la cláusula de NMF garantizan que no se discrimine a los extranjeros frente a los nacionales ni personas de terceros estados[521]. En este sentido, cualquier trato o beneficio que se otorgue a uno u otro y no se extienda al extranjero-inversionista amparado por el APPRI constituye una violación del estándar[522]. En particular sobre la cláusula de NMF, resaltó que su efecto directo es que cualquier beneficio o ventaja

otorgada por Colombia a un inversionista de cualquier parte del mundo que no tenga el inversionista francés, debe extenderse, so pena de violar este estándar. De esta manera, en su concepto, el Gobierno comulga con la importación de cláusulas de otros tratados, lo cual podría generar potenciales demandas ante tribunales de arbitraje de inversión en contra de Colombia[523]. Destacó, además, que, frente a la importación de cláusulas sustanciales, la posición de los tribunales es flexible. En ese sentido, los árbitros han concedido su aplicación para ampliar los derechos contenidos en el tratado, como en el caso CME v República Checa, en el cual se permitió reemplazar la disposición del tratado referente a la compensación, pues bajo este tratado se hacía referencia solo a una justa compensación, mientras que el tratado con el tercer Estado prescribía el valor justo de mercado.

En su intervención durante la audiencia, el mismo interviniente sostuvo que la cláusula de NMF prevista en el tratado es "plus extendida"[524], en tanto "le va a dar el mejor trato a las obligaciones emanadas del derecho internacional existente y posterior al presente acuerdo"[525]. Esto trae "una consecuencia en cascada de obligaciones que el Estado colombiano no podría contener (...) [a la luz de la cual] cualquier inversionista, podría reclamar ese derecho"[526]. Sobre los efectos acumulativos de la NMF, resaltó que "es un efecto de cascada, [que incorpora] cientos de derechos que se acumulan y que tienen la posibilidad de ser demandados por el inversionista invocando las cláusulas de los tratados"[527]. Aclaró que esta cláusula "tiene una dimensión local y otra internacional, [y que] en esta última serían aplicables cláusulas procesales y otras sustanciales"[528]. Por último, advirtió que la cláusula de NMF hace que "lo negociado pierda importancia; los beneficios y el esfuerzo negociador pierde importancia"[529] por el efecto cascada, en relación con lo cual citó los casos Maffezini v Reino de España y Siemens v Argentina.

Por último, la URosario señaló que el artículo 5 prevé una "limitación temporal para que el Estado intervenga en casos de emergencia económica, lo cual claramente contraría la conveniencia nacional. En caso de llegar a tener una situación de emergencia económica, el Estado colombiano, bajo el artículo 5, tiene la obligación de esperar para tomar medidas de emergencia, las cuales pueden tener un impacto directo sobre la población"[530].

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 5	
Exequibilidad	TN y la NMF garantizan los principios de igualdad y no discriminación. Esta cláusula no compromete la discrecionalidad del Estado para tomar medidas necesarias para proteger sus "intereses fundamentales".
Inexequibilidad	cláusula de NMF propicia la importación de cláusulas de otros tratados. La cláusula de NMF cobija "las obligaciones emanadas del derecho internacional existente y posterior al presente acuerdo". Por lo anterior, la cláusula de NMF genera un efecto cascada de obligaciones a cargo del Estado frente a un inversionista. La cláusula de NMF hace que "lo negociado pierde importancia; los beneficios y el esfuerzo negociador pierde importancia". La limitación para que el Estado adopte medidas para garantizar el

orden público es contraria a la conveniencia nacional.

Consideraciones de la Corte

Este artículo contiene dos cláusulas, a saber: TN y NMF. Por esta razón, y habida cuenta de las intervenciones antes reseñadas, la Corte se formulará problemas jurídicos independientes para cada cláusula:

¿La cláusula de TN es compatible con la Constitución Política? ¿La expresión "situaciones similares" vulnera el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP)? y ¿la expresión "necesarias y proporcionales al objetivo buscado" amenazan las competencias constitucionales de las autoridades nacionales, su libertad de configuración y sus potestades regulatorias?

¿La cláusula de NMF es conforme con la Constitución Política? y ¿esta cláusula amenaza la competencia del Presidente de la República relativa a dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política?

El numeral 1 de este artículo prevé que cada Parte Contratante "aplicará en su territorio a los inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus inversiones y actividades relacionadas con sus inversiones, un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares" (i) a sus inversionistas (TN) o (ii) a los inversionistas de la nación más favorecida (NMF), si este último fuere más favorable. Los numerales 2 y 4 incluyen dos excepciones a la cláusula de NMF, a saber: (a) "los privilegios concedidos por una Parte Contratante a los inversionistas de un tercer Estado en virtud de (...) una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o cualquier otra forma de organización económica regional o cualquier acuerdo similar, existente o que exista en el futuro" (núm. 2) y (b) las definiciones del artículo 1 y los mecanismos de arreglo de diferencias entre inversionista y Parte Contratante y entre Partes Contratantes, "que están previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión" (núm. 4). Por su parte, el numeral 3 prevé una excepción al TN, según el cual esta obligación no impedirá que el Estado adopte o mantenga medidas destinadas a garantizar el orden público en caso de "amenazas serias contra los intereses fundamentales del Estado", siempre que sean (i) no arbitrarias, (ii) justificadas, (iii) necesarias y (iv) proporcionales.

Trato nacional. La cláusula de TN exige "aplicar a los extranjeros el mismo tratamiento legal que a los nacionales"[531]. La Corte advierte que, para aplicar esta cláusula, los tribunales internacionales de inversión utilizan generalmente el test formulado en el caso *Saluka v Czeck Republic*[532], a la luz del cual la medida adoptada por el Estado se considera discriminatoria, si se demuestra que "(i) casos similares, (ii) son tratados de manera diferente y (iii) sin una justificación razonable"[533]. En relación con el primero de tales elementos, la Corte constata que no existe una definición uniforme en la jurisprudencia reciente de tales tribunales[534] y es posible identificar, al menos, dos tendencias por completo opuestas. En el caso *Occidental v Ecuador*[535], un inversionista petrolero alegó que Ecuador había violado la cláusula de TN, por cuanto no le concedió el reembolso del impuesto al valor agregado, mientras que sí lo hizo con empresas de los sectores de la exportación de flores, minería y productos de mar. Por su parte, Ecuador sostuvo que la expresión "situaciones similares" de la cláusula de TN solo abarcaba a las empresas de un mismo sector y que, en efecto, a todas las compañías petroleras se les había excluido del reembolso de este impuesto. En este caso, el Tribunal acogió la tesis del demandante y concluyó que la expresión "situaciones similares" no puede ser interpretada "de manera estricta, dado que el propósito de esta cláusula es la protección de los inversionistas en comparación con los locales, lo cual no puede conseguirse abordando exclusivamente el sector

en el que se realiza esa actividad en particular".

Por su parte, en el caso *Methanex Corp v US*[537], la demandante (una empresa canadiense productora de metanol) alegó que se encontraba en "situaciones similares" a las empresas americanas productoras de etanol, habida cuenta de la relación de competencia directa entre los productos de etanol y de metanol, y, por lo tanto, un trato diferente entre ambos vulneraba la cláusula de TN. Por su parte, Estados Unidos alegó que había dado el mismo trato a todas las empresas, foráneas y nacionales, productoras de metanol, por lo que no había violado tal cláusula. Al respecto, el Tribunal concluyó que "dado el objeto y la flexibilidad de [la cláusula de TN] y de la expresión circunstancias similares, sería perverso, de existir, ignorar los idénticos comparadores, y, en su lugar, utilizar comparadores menos probables".

Habida cuenta de la incertidumbre de la definición de la expresión "situaciones similares", prevista en la cláusula de TN, la Corte evidencia que recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones han optado por acotarla y definirla con precisión. Así, tras la aprobación del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), las partes decidieron adoptar una nota interpretativa sobre dicha expresión en el sentido de que "para mayor certeza, si el trato se otorga en circunstancias similares depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el tratamiento distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público"[539]. En este mismo sentido, en el artículo 14.5 del capítulo 14 sobre inversiones del nuevo Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA)[540], las partes acordaron explícitamente que el alcance de la expresión "situaciones similares" depende de "la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el tratamiento relevante distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público".

En relación con la definición del segundo de los elementos del test Saluka, esto es, "la existencia de un tratamiento diferencial", la Corte constata que los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje son uniformes en al menos dos sentidos. Primero, la obligación de TN proscribela discriminación de iure y de facto[541]. Segundo, para efectos de probar la violación a la cláusula de TN no es ni necesario ni suficiente acreditar la intención discriminatoria.

Por último, en relación con el tercer elemento del test Saluka, es decir, la justificación razonable del trato diferenciado, la Corte constata que existe cierta tendencia en los tribunales de arbitraje a aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar este elemento. En este sentido, en el citado caso *Occidental v Ecuador*, el Tribunal reconoció que "existe un ordenamiento creciente de normas arbitrales, especialmente en el marco de los arbitrajes ante el CIADI, que establece que el principio de proporcionalidad es aplicable a los posibles incumplimientos de las obligaciones que surgen de los tratados bilaterales de inversión"[543]. Al respecto, la Corte advierte que la aplicación de este principio depende de los estándares fijados en los AII frente a las obligaciones sustanciales (principalmente de TJE y EI) y, en todo caso, no es uniforme.

En los tratados en los que no se incluye ningún estándar para las medidas estatales destinadas a la garantía del orden público, entre otros, la Corte constata que los tribunales aplican un test de mera razonabilidad. Así, por ejemplo, en el caso *Pope and Talbot v Canadá*[544], el Tribunal sostuvo que, dado que el artículo 1102 del NAFTA no prescribía la "justificación" como elemento a valorar en relación con el TN, "las diferencias de trato presuntamente habrán violado [esta cláusula] salvo que se demuestre un nexo razonable con una política pública"[545]. Por su parte, en el caso *William Ralph Clayton and Others v Canadá*[546], el Tribunal concluyó que la cláusula de TN garantiza que los estados receptores de la inversión persigan "objetivos de

política nacional razonables y no discriminatorios por medio de medidas apropiadas, incluso cuando existe una carga incidental y razonablemente inevitable sobre las empresas extranjeras (...) sin embargo, la carga de la prueba recae sobre el Estado, que está en posición de identificar y fundamentar que, en términos de sus propias leyes, políticas y circunstancias, una medida aparentemente discriminatoria cumple con las exigencias de la cláusula del trato nacional".

En aquellos tratados en los que se incluye el estándar de necesidad para las medidas destinadas a la preservación del orden público, como es el caso de la cláusula sub examine, la Corte advierte que los tribunales recurren al artículo XX del GATT[548] y a la jurisprudencia de la OMC sobre el mismo. Así, en el caso *Continental v Argentina*, el Tribunal concluyó que "es más apropiado referirse a la jurisprudencia del GATT y la OMC, que ha tratado ampliamente el concepto y los requisitos de necesidad en el contexto de las medidas económicas que no contemplan las obligaciones contenidas en el GATT, en lugar de referirse al requisito de la necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario"[549]. En particular, se remitió al concepto del caso *Korea Beef*, en el cual el cuerpo de apelaciones decidió que "el alcance de la palabra 'necesario' no se limita a lo que es "indispensable" o "de absoluta necesidad" o "inevitable". Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para asegurar el cumplimiento ciertamente cumplen los requisitos del artículo XX. Pero otras medidas, también, pueden caer dentro del ámbito de esta excepción. Tal como se utiliza en el Artículo XX (d), el término "necesario" se refiere en nuestra opinión a un rango de grados de necesidad. En un extremo se encuentra "necesario", entendido como "indispensable"; en el otro, se entiende por "necesario" "hacer una contribución a". Consideramos que una medida "necesaria" está, en este sentido, ubicada significativamente más cerca del polo de "indispensable" que al polo opuesto de simplemente "hacer una contribución a"".

A su vez, en el caso *Continental v Argentina*, el Tribunal también resaltó que, para determinar si una medida que no es indispensable satisface el requisito de necesidad, es preciso aplicar la "ponderación y el balanceo de factores que generalmente incluye la evaluación de los siguientes tres factores: la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por las medidas impugnadas, la contribución de la medida a la realización de los fines que persigue y el impacto restrictivo de la medida en el comercio internacional"[551]. En el mismo sentido, destacó que "una medida no es necesaria si se dispone de otra medida alternativa coherente, o menos inconsistente, que el Estado miembro en cuestión podría razonablemente emplear: [...] sin embargo, se puede advertir que una medida alternativa no es "razonablemente disponible" cuando es meramente de naturaleza teórica, por ejemplo, cuando el Miembro no está en capacidad de implementarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas sustanciales. Además, una medida alternativa "razonablemente disponible" debe ser una medida que preservaría para el Miembro su derecho a alcanzar el nivel deseado de protección con respecto al objetivo perseguido en virtud del párrafo (a) del Artículo XIV".

Por su parte, frente al requisito de "proporcionalidad" para las medidas destinadas a la preservación del orden público, entre otros fines, los tribunales han resaltado que este implica verificar que la medida no hubiere impuesto una carga excesiva en contra del inversionista. En este sentido, en el caso *Azurix Corp v Argentina*[553], el Tribunal resaltó que "esta proporcionalidad no existirá si la persona de que se trate soportará 'una carga personal y excesiva' (...) la "medida [de que se trate] debe ser adecuada para lograr su objetivo y no debe ser desproporcionada al efecto". Del mismo modo, en el caso *Tecmed v México*, el Tribunal concluyó que la proporcionalidad implicaba verificar que "el acto o medida no debe imponer una

carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto".

Nación más favorecida. La cláusula de NMF es también relacional, en tanto se aplica tras la comparación entre dos o más sujetos, y tiene una "estructura similar" a la de TN, dado que busca garantizar al inversionista el trato "no menos favorable" concedido a los inversionistas de terceros estados[555]. La doctrina destaca que esta cláusula tiene un efecto relevante en el arbitraje de inversión "como puerta de entrada de normas más favorables previstas en otros tratados"[556]. Justamente este aspecto se ha convertido, según la Comisión de Derecho Internacional, en "la cuestión interpretativa central con respecto a las cláusulas de NMF, [esto es] el alcance de la cláusula (...) y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse en su virtud"[557]. Existe una amplia discusión en el derecho internacional sobre si la cláusula de NMF también aplica para los mecanismos de arreglos de diferencias[558]. Sin embargo, esta última cuestión resulta irrelevante para el asunto sub judice, por cuanto el numeral 4 del artículo 5 explícitamente excluye del alcance de la cláusula de NMF "los mecanismos de arreglo de diferencias". Por el contrario, la Corte estima necesario revisar el alcance de esta cláusula frente a contenidos sustanciales previstos en otros acuerdos internacionales.

Al respecto, la interpretación generalizada del alcance de esta cláusula se encuentra en los casos MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile[559] y EDF International SA and Others v Argentina[560]. En el primero, el Tribunal sostuvo que la cláusula de NMF "atrae, de manera incondicional, cualquier trato más favorable concedido a un inversionista de un tercer Estado"[561]. En el segundo, ante una solicitud de nulidad de la República de Argentina por la indebida aplicación de la cláusula de NMF, el Tribunal concluyó que esta "es lo suficientemente amplia como para abarcar el uso de una cláusula paraguas de otro TBI. La cláusula se refiere al "tratamiento" acordado a los inversionistas de la nación más favorecida. Si los inversionistas alemanes en Argentina gozan del beneficio de una disposición del tratado que exige que el Estado receptor cumpla los compromisos asumidos (o celebrados) en relación con su inversión, entonces se les está acordando un tratamiento que no se otorga expresamente a los inversionistas franceses conforme al TBI Argentina-Francia. Esa situación se subsume claramente dentro de los términos de la cláusula NMF. Aun si Argentina acierta al argumentar que las cláusulas de NMF deberían sujetarse a una limitación ejusdem generis (...), la cláusula paraguas es parte del mismo genus de disposiciones sobre la protección sustantiva de las inversiones, así como la cláusula de tratamiento justo y equitativo y otras disposiciones similares contempladas en el TBI Argentina-Francia (...) Por ello, el Comité rechaza el argumento de que hubo una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal aplicó la disposición de la NMF para permitir que las demandantes invocaran las cláusulas paraguas de otros TBI de los que Argentina es parte".

Por último, los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones limitan el alcance de la cláusula de NMF. A título ilustrativo, tanto en el USMCA como en el CETA se incluyen limitaciones sustanciales respecto de esta cláusula. El anexo 14 E del capítulo de inversiones del USMCA prevé explícitamente que la expresión "trato excluye las disposiciones de otros tratados de comercio o de inversión relativas a la resolución de controversias o que imponen obligaciones sustanciales"[563]. En este mismo sentido, el artículo 8.7 del capítulo de inversiones del CETA prevé que esta cláusula "no incluye procedimientos para la resolución de controversias sobre inversiones entre inversionistas y estados previstos en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales. Las obligaciones sustantivas en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismos un "trato", y por lo tanto no pueden dar lugar a una violación de este Artículo (...)".

Habida cuenta de lo anterior, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que, en términos generales, la cláusula de TN prevista por el artículo 5 sub examine es compatible con el principio de igualdad estipulado por el artículo 13 de la CP. Tal como se ha señalado desde las sentencias C-358 y C-379, ambas de 1996, la Corte considera que el TN "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 las 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"[565].

La cláusula de NMF también resulta conforme con el principio de igualdad. Así, con fundamento en la decisión de la Corte Internacional de Justicia (1952)[566], la Corte resalta que esta cláusula tiene "por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados"[567] y hacer "desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato"[568]. Al respecto, la Corte ha sostenido que "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".

A su vez, la Corte resalta que las referidas cláusulas de TN y NMF son compatibles con el principio de reciprocidad previsto por el artículo 226 de la Constitución Política, dado que comprometen a las partes "a dar un tratamiento de reciprocidad a las inversiones que provengan de la otra parte, así como a otorgarle un trato no menos favorable que aquél que reciben los nacionales de la Parte receptora de la inversión o de un tercer Estado"[570]. Asimismo, la Corte advierte que dicha compatibilidad se explica en tanto esta cláusula dispone la misma obligación de trato para ambas Partes Contratantes en relación con los inversionistas[571]. Del mismo modo, la Corte destaca que, tal como se ha señalado en otros casos, las cláusulas de TN y NMF "quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros"[572]. Esto, por cuanto este artículo dispone que, si bien los extranjeros han de disfrutar de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, "la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros". Por esta razón, la Corte advierte que un tratado internacional "no puede impedir al legislador colombiano hacer uso de esta atribución cuando se configuren las circunstancias que la norma constitucional contempla".

En el mismo sentido, la Corte ha declarado exequibles excepciones a la cláusula de NMF[574]. En particular, frente a la excepción prevista en el numeral 2 del artículo 5 sub examine en relación con los acuerdos con terceros Estados "tendientes a crear uniones aduaneras o ventajas similares con el fin de estimular el comercio intra-regional"[575], la Corte ha resaltado que "tienen como propósito evitar que la celebración del presente convenio se convierta en obstáculo para otros procesos de integración y en tal sentido encuentran claro apoyo constitucional"[576], por lo que las ha declarado exequibles.

Al margen de lo anterior, los contenidos cuestionados por los intervinientes y los pronunciamientos arbitrales referidos ameritan especiales consideraciones. Primero, la Corte constata que, tal como se explicó, la expresión "situaciones similares" no ha sido aplicada de manera uniforme por los tribunales de arbitraje. En algunos casos, la expresión "situaciones

similares" abarca solamente comparadores idénticos (Methanex Corp), mientras que en otros (Occidental), pese a la existencia de comparadores idénticos, recurre a comparadores cercanos. Así las cosas, el "patrón de comparación" de las "situaciones similares" para la aplicación de las cláusulas de TN y NMF es incierto, lo cual amenaza la seguridad jurídica (art. 1 de la CP) (ver párr. 204). Esto, en la medida en que las autoridades nacionales afrontan, en el ejercicio de sus competencias, una incertidumbre invencible acerca de si las medidas que adoptan o las decisiones que profieren y que implican un trato diferencial configurarían hechos ilícitos internacionales que den lugar a la responsabilidad internacional del Estado[577]. Por esta razón, además de los recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones sobre esta materia (párr. 232), la Corte declarará exequible la expresión "situaciones similares", a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

Segundo, la Corte considera que la expresión "necesarias y proporcionales" admite, en el marco de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones, al menos una lectura contraria a la Constitución Política. El numeral 3 del artículo 5 prevé que la cláusula de TN no impedirá que el Estado adopte medidas para garantizar el orden público, siempre que no sean arbitrarias y, por el contrario, sean justificadas, lo cual se ajusta al principio de interdicción de la arbitrariedad propio del Estado de derecho (art. 1 de la CP). Sin embargo, prevé, además, que tales medidas deberán ser "necesarias y proporcionales" al objetivo buscado. Una de las interpretaciones que podría seguirse de esta expresión es que el Estado solo puede implementar aquellas medidas que busquen garantizar el orden público siempre que sean necesarias, esto es, que sean indispensables, que no exista otro medio alternativo para alcanzar tal fin con la misma intensidad y que a la vez sea más benigno con los derechos de los inversionistas; y proporcionales, es decir, que la satisfacción del orden público resulte imperiosa y sea por lo menos equivalente al grado de afectación de otros principios constitucionales (Continental y Korea Beef). Otra interpretación que podría derivarse de dicho enunciado es que el Estado puede implementar aquellas medidas que busquen garantizar el orden público siempre que sean necesarias, esto es, aquellas que se consideren razonables y apropiadas frente a las alternativas disponibles para alcanzar dicho fin, y proporcionales, es decir, que la satisfacción del orden público resulte razonable y, por tanto, justifique el grado de afectación de otros principios constitucionales (Pope and Talbot y Azurix Corp).

La primera de tales interpretaciones no es compatible con la Constitución Política. En efecto, esta interpretación supone que la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades públicas para efectos de garantizar el orden público es en extremo restringida, en la medida en que para tal fin el Estado solo podrá adoptar las medidas que sean indispensables. El estándar de indispensabilidad, si bien es plausible para efectos de evaluar las restricciones a derechos fundamentales, resulta incompatible con el margen de configuración en materias económicas (incluido el orden público económico). En este sentido, la Corte de manera uniforme ha considerado que, en abstracto, la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades es restringida siempre que se trate de medidas que, por ejemplo, afecten derechos fundamentales; por el contrario, en asuntos económicos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido históricamente que tales libertades de configuración y autonomías regulatorias son amplias. En suma, el estándar de indispensabilidad para evaluar la regulación y las actuaciones estatales en materia económica y de orden público es incompatible con la Constitución, en la medida en que desconoce la libertad y el amplio margen de acción de las autoridades nacionales en estas materias.

Por el contrario, la segunda interpretación de tal enunciado sí es compatible con la Constitución Política. El sistema constitucional colombiano reconoce que las autoridades públicas y, en particular, el Congreso (arts. 100 y 150 de la CP) y el Presidente de la República (art. 189 de la CP) tienen amplia libertad de configuración y margen de autonomía regulatoria para efectos de garantizar el orden público y en materias económicas, para escoger los fines específicos y los medios apropiados para tal efecto[578], por lo que la Corte está en el deber de preservarlas mediante el control de constitucionalidad de las normas que las restrinjan de manera injustificada. Esto, por cuanto, como se señaló en el párr. 63, es deber de la Corte, en el control de constitucionalidad de este tipo de asuntos, salvaguardar "(...) la distribución cabal de las competencias y de los poderes dentro de nuestro Estado de derecho".

En tales términos, para garantizar el margen de configuración y la autonomía regulatoria del Estado, la Corte estima necesario salvaguardar la competencia de las autoridades públicas para adoptar las medidas que consideren razonables y apropiadas que contribuyan a garantizar el orden público. Esto, en la medida en que las autoridades públicas nacionales, a la luz de la Constitución Política, tienen libertad para determinar el grado de satisfacción del orden público con independencia de la afectación de los inversionistas siempre y cuando no resulte irrazonable el grado de favorecimiento del orden público en comparación con el grado de afectación de los inversionistas. Esta opción hermenéutica es, por lo demás, la acogida por el Gobierno colombiano en el nuevo AII modelo 2017, en el cual se preservan las competencias de las autoridades regulatorias sin someterlas a los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Por esta razón, la Corte declarará exequible la expresión "necesarias y proporcionales", bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI (el cual reconoce la potestad regulatoria de cada Parte Contratante), de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público.

Tercero, la cláusula de NMF, en los términos previstos por el artículo 5 del tratado sub examine, es incompatible con el libre ejercicio de la competencia del Presidente de la República relativa a dirigir las relaciones internacionales y negociar los tratados (art. 189.2 de la CP). Esto, por cuanto, dados sus efectos acumulativos o "cascada", compromete de manera intensa dicha competencia y la hace inocua en futuras negociaciones. En efecto, tras la revisión de los casos *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile*[580] y *EDF International SA and Others v Argentina*, la Corte constata que la cláusula de NMF en el marco del tratado sub examine da lugar a que, en la práctica de los tribunales de arbitraje, se "importen" cláusulas de otros tratados celebrados por el Estado receptor de la inversión. Así, como lo resaltan algunos intervinientes, pese a las limitaciones incluidas en los numerales 2 y 3 de este artículo, la cláusula de NMF pactada en el tratado en cuestión surte un inevitable efecto cascada respecto de todas las obligaciones sustanciales previstas en cualquier otro tratado suscrito por el Estado receptor de la inversión o, incluso, da lugar a que se reemplacen las cláusulas del tratado por las previstas en otros instrumentos si éstas últimas resultan más favorables[581], entre otras[582]. Con este efecto, pierde su razón de ser el ejercicio de la competencia del Presidente de la República al negociar contenidos disímiles con diferentes Estados, según las condiciones y oportunidades que tenga, dado que, finalmente, todas las obligaciones sustanciales resultan aplicables al inversionista francés sin importar si estos contenidos fueron o no pactados en el APPRI suscrito con su país de procedencia.

En virtud del referido efecto cascada, la cláusula de NMF, en los términos previstos en el tratado en cuestión, es además incompatible con el carácter bilateral del tratado sub examine. Esto es así, por cuanto cualquier ventaja o condición beneficiosa que Colombia conceda a los inversionistas

de un tercer Estado, en razón de las ventajas comparativas que puedan ofrecer y de la conveniencia nacional de cada negociación, les serán extensibles y aplicables a los inversionistas franceses. De esta manera, en los términos previstos en el tratado, la cláusula de NMF trae como consecuencia que el Presidente renuncie a la posibilidad de conceder beneficios o ventajas particulares a los inversionistas de otros Estados y, por tanto, a obtener ventajas comparativas en dichas negociaciones, con lo cual se afecta intensamente el libre ejercicio de la competencia prevista por el artículo 189.2 de la CP y se desconoce el carácter inter partes de este APPRI. Por lo tanto, le corresponde a la Corte, en el marco de este control de constitucionalidad, condicionar esta cláusula de manera que la referida competencia del Presidente de la República se mantenga materialmente y se pueda ejercer de manera libre en futuras negociaciones.

Justamente por las anotadas consecuencias de esta cláusula, los desarrollos recientes del derecho internacional de inversiones excluyen del alcance de la NMF las obligaciones sustanciales previstas en otros tratados, tal como se señaló en relación con el CETA y el USMCA (párr. 241). A su vez, la Corte advierte que esta práctica incluso ya fue incorporada por el Estado colombiano en su AII modelo 2017, en virtud del cual "el trato (...) no involucra: definiciones, estándares de trato sustanciales, obligaciones sustanciales o procesales o mecanismos de solución de controversias".

Por tales razones, en aras de preservar la cláusula de NMF como mecanismo para garantizar la igualdad de trato (párr. 242) y, a la vez, de salvaguardar la competencia del Presidente de la República prevista por el artículo 189.2 de la CP, la Corte considera necesario condicionar la exequibilidad de la expresión "trato" prevista por el numeral primero respecto de la cláusula de NMF. Esto, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 5 del tratado sub examine, bajo los condicionamientos señalados en los párrafos anteriores. A su vez, la Corte advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos dispuestos en los párrafos anteriores sobre las expresiones "situaciones similares", "necesarias y proporcionales" y "trato".

El siguiente cuadro sintetiza las anteriores consideraciones:

Decisión	
Artículo 5	Exequible
La expresión "situaciones similares"	Exequible, a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.
La expresión "trato"	Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.
La expresión "necesarias y proporcionales"	Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público.

Expropiación e indemnización (art. 6)

El texto del artículo 6 es el siguiente:

"Artículo 6. Expropiación e indemnización.

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará contra las Inversiones realizadas por Inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, excepto por utilidad pública o Interés social, el cual tendrá un significado compatible con aquel de Interés público, en particular en el caso de establecimiento de monopolios, y a condición de que estas medidas no sean discriminatorias, cualquier medida de:

- a) Expropiación;
- b) Nacionalización;
- c) O cualquier otra medida cuyos efectos sean similares a la expropiación o nacionalización (en adelante "expropiación Indirecta").

2. La expropiación Indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Para determinar si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituyen una expropiación Indirecta, se debe realizar un análisis caso a caso, considerando entre otros factores:

- a) el grado de interferencia en el derecho de propiedad de la medida o serie de medidas
- b) el impacto económico de la medida o serie de medidas
- c) las consecuencias de la medida o serie de medidas en las expectativas legítimas del Inversionista.

Las medidas adoptadas por una Parte Contratante que son diseñadas para proteger objetivos

legítimos de política pública, tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta, cuando sean necesarias y proporcionales a la luz de estos objetivos y se apliquen de tal de forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas.

3. Todas las medidas de los numerales 1 y 2 del presente artículo, denominadas en adelante "expropiación", darán lugar al pago de una indemnización pronta, efectiva y adecuada cuyo monto será igual al valor real de las inversiones en cuestión y será fijada de acuerdo con la situación económica normal existente con anterioridad a cualquier amenaza de expropiación. En el caso de retraso en el pago de la indemnización, este deberá incluir intereses hasta el día del pago de la indemnización, a la tasa de interés vigente.

Dicha indemnización, los montos y condiciones de pago serán fijados a más tardar en la fecha de la expropiación. Esta indemnización será libremente transferible.

4. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Resaltó que se "excluye del Acuerdo el cuestionamiento de lo correspondiente a la expedición de licencias obligatorias por las Partes Contratantes en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio [lo cual] se ajusta a lo establecido en los artículos 58 y 365 de la Carta Política sobre expropiación por motivos de utilidad pública e interés social con la correspondiente indemnización"[583].

Intervenciones

Ocho intervinientes se pronunciaron sobre este artículo. Cinco solicitan su exequibilidad[584] y tres su inexecuibilidad.

El MinCIT advirtió que este artículo prevé dos tipos de expropiación: directa e indirecta[586]. La primera "está en armonía con el texto constitucional, como lo determinó la Corte"[587] en la sentencia C-608 de 2010. La segunda "no se excluye de lo contenido en la Constitución sobre expropiación (...) [y] se fundamenta en el principio de confianza legítima"[588], según las sentencias C-031 de 2009, C-178 de 1995, C-309 de 2007 y C-961 de 2003. Por último, resaltó que "las salvedades necesarias para preservar la autonomía regulatoria del Estado en áreas sensibles como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, se mantienen en concordancia con la Constitución"[589]. La Cancillería se limitó a describir el contenido de este artículo[590] y la UNAB a citar in extenso las consideraciones de las sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, sobre este aspecto.

En su intervención en la audiencia, Nicolás Palau, en su calidad de Director de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del MinCIT, solicitó declarar exequible este artículo y señaló que la cláusula de expropiación es "es el estándar cardinal de los acuerdos internacionales de inversión"[592]. Afirmó que esta cláusula no compromete las competencias regulatorias, de política pública y de control de las autoridades nacionales[593] y que "se ciñe a

los principios y estándares de negociación establecidos para los anteriores tratados"[594]. En su criterio, este estándar es necesario "para dar un margen de seguridad adicional a los inversionistas (...) [en tanto] los estados se obligan a que no habrá expropiación sin debida indemnización posterior"[595]. Resaltó la "diferencia entre expropiación directa, en la cual hay traslado de dominio, e indirecta, en la que no hay traslado de dominio, pero los efectos de la expropiación se asemejan a una expropiación directa"[596]. En su opinión, varias cláusulas del tratado acotan esta disposición, por ejemplo "la excepción general sobre seguridad, en la cual el Estado se reserva el derecho a tomar cualquier medida sin compensación o incumpliendo los estándares de no discriminación cuando se trata de asuntos de seguridad nacional (...) otra que le permiten tomar medidas importantes en la declaratoria de interés público de medicamentos, otras relativas a la protección de los derechos culturales del país receptor".

En su escrito, Nicolás Palau también señaló que la disposición contenida en el numeral 4 se circunscribe al tema de licencias obligatorias. A la luz de esta regulación, los efectos de la expropiación prevista por el artículo 6 no abarcan lo regulado en el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, a la luz del cual, bajo ciertas condiciones, es posible disponer otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos. Por lo tanto, resaltó que un inversionista no podría siquiera alegar que la expedición de una licencia obligatoria constituye una expropiación indirecta y, en consecuencia, no podría acudir al sistema de solución de controversias inversionista – Estado para tal fin.

En su intervención en la audiencia, Diana Correa sostuvo que esta cláusula debe ser declarada exequible, porque "el artículo 58 constitucional no habla de qué tipo de expropiación, ni limita el tipo de medida (...) [y, por tanto, si] la ley no ha hecho ninguna diferencia, el intérprete no puede hacerla"[598]. Al respecto, advirtió que es necesario determinar "hasta qué punto estos tratados y particularmente esta cláusula limita el poder normativo del Estado"[599]. Con este propósito se preguntó: "¿Qué se entiende por poder normativo del Estado? [Ante lo cual respondió:] Todo realmente, esto porque el artículo sobre la atribución de responsabilidad de los estados por hecho internacionalmente ilícito [prevé] que los estados son responsables internacionalmente por el hecho de sus órganos, ya sean legislativo, ejecutivo o judicial"[600]. Si bien reconoció que "no existe una jurisprudencia en materia de inversiones"[601], resaltó que "sí existe a día de hoy un estándar sobre la expropiación (...) "[602], el cual, en su opinión, es el previsto por el artículo 811 del TLC Colombia – Canadá[603]. Este artículo exige que la medida tenga "efecto permanente, cubra (...) toda la inversión o solo una parte [para lo cual se debe determinar] qué intensidad tiene la medida, cuál es el efecto económico, [si] estamos ocasionando una pérdida al inversionista, la pérdida del control de la inversión o le estamos ocasionando la destrucción de su inversión"[604]. En su criterio, tales elementos serán determinados por los tribunales. Finalmente, señaló que el tratado en su contexto "protege mucho el poder regulatorio de los estados, basta con ver el preámbulo (...) y los artículos 9, 10, 14, 15 (...)".

En su escrito, Diana Correa aclaró que, en aplicación de la cláusula de expropiación indirecta, los tribunales arbitrales escrutan y juzgan si la medida (i) obedece a un fin legítimo, (ii) es necesaria, (iii) es proporcional y (iv) no es discriminatoria[606]. En particular, sobre la redacción del artículo 6, advirtió que, a primera vista, el estándar es aún menor que el previsto por el derecho internacional, dado que solo dispone que una medida no se considera expropiatoria si (i) persigue fines de utilidad pública o interés social y (ii) no es discriminatoria[607]. Sin embargo, el numeral 2 de este artículo hace más exigente el estándar al excluir de la expropiación indirecta medidas (i) que persigan objetivos legítimos de utilidad pública, y que sean (ii) necesarias y (iii) proporcionales[608]. En tales términos, concluyó que el estándar de la expropiación indirecta

previsto en este tratado es "relativamente alto", en tanto los funcionarios públicos deben ajustarse a todos esos requisitos para evitar que sus actuaciones den lugar a litigios en contra del Estado.

En su intervención en la audiencia, Enrique Prieto señaló que "la expropiación regulatoria es ajena a nuestro ordenamiento jurídico" [610] y que, al preverla, el artículo 6 del APPRI "puede llegar a vulnerar los principios de reciprocidad y conveniencia nacional reconocidos en el artículo 226 de la Constitución Política. De igual forma, derivado de un enfriamiento regulatorio, se puede llegar a afectar el deber que tiene el Estado de garantizar los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 2 constitucional (...) así como el artículo 58, en tanto esta disposición solo hace referencia a la expropiación directa".

Como fundamento de lo anterior, en su intervención en la audiencia y en su escrito, explicó que "el enfriamiento regulatorio es la decisión voluntaria de las autoridades públicas de un Estado de no regular ciertos temas, específicamente de interés común, esto por el temor de ser demandados con base en un APPRI"[612]. En este sentido, la expropiación indirecta "puede generar enfriamiento regulatorio en temas de interés público, por ejemplo, medio ambiente"[613]. En su opinión, esto se da por dos razones. Primera, "la encriptación de la cláusula"[614], que se genera "por la falta de claridad de los elementos y requisitos que se deben cumplir para que una medida sea considerada como equivalente a una expropiación indirecta"[615]. Al respecto, señaló que "los principales puntos de divergencia en la interpretación de este tipo de cláusulas se han centrado en tres: (i) elemento de análisis, (ii) el nivel de intervención del Estado, y (iii) temporalidad"[616]. Segunda, "los altos costos asociados a este tipo de litigio"[617], ya que el costo promedio de un tribunal de arbitramento "puede oscilar entre 1.5 y 2.5 millones de dólares, sin contar con la obligación de indemnizar".

En su escrito, Magdalena Correa señaló que este artículo viola el principio de igualdad en relación con el artículo 58 de la Constitución Política, pues, en caso de expropiación, protege las expectativas del inversor como si fueran propiedad, por lo que su disminución se torna indemnizable. A su vez, vulnera el principio de igualdad en relación con el artículo 90 ibídem. Esto, por cuanto, en su concepto, las reglas de indemnización, en caso de incumplimiento, no son claras. Al respecto, señaló que los tribunales de arbitraje han optado por tasar el valor de la inversión bajo el método de flujo de caja descontado, es decir, con la proyección de la inversión durante todo el período futuro. Este cálculo se determina a partir de elementos altamente especulativos como tasas de descuento, fluctuaciones en el tipo de cambio, inflación, precios de insumos, tasas de interés y riesgos comerciales.

Por último, la UROSario resaltó que el párrafo 4 del Artículo 6 "limita la capacidad del Estado para otorgar licencias obligatorias en el marco de la propiedad intelectual, evento controversial, especialmente en el contexto actual de la discusión entre la farmacéutica Suiza Novartis y el Estado, el cual está considerando en retirarle la patente exclusiva con la que cuenta Novartis sobre el Imatinib, medicamento para la Leucemia. Esto tendría como consecuencia que cualquier laboratorio nacional pueda producir el mismo producto, pero a menor precio. Al respecto, es importante destacar que el artículo 226 de nuestra Constitución promueve la internacionalización de relaciones de tipo económico siempre y cuando estas se encuentren sobre bases, entre otras, de conveniencia nacional, lo cual es problemático, teniendo en cuenta la serie de limitaciones que el Estado colombiano está contrayendo"[619].

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 6	
Exequibilidad	<p>expropiación directa es compatible con el artículo 58 de la Constitución Política y la indirecta, con el principio de confianza legítima.</p> <p>El APPRI prevé las salvedades necesarias para preservar la autonomía regulatoria del Estado en áreas sensibles como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.</p> <p>Esta cláusula es idónea y necesaria para garantizar seguridad a la inversión.</p> <p>Esta cláusula se ciñe a los principios y estándares de negociación previstos en los anteriores tratados.</p> <p>El numeral 4 del artículo 6 es compatible con el artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC.</p>
Inexequibilidad	<p>do que la expropiación indirecta genera "efecto de enfriamiento regulatorio", es contraria a la Constitución Política.</p> <p>Vulnera el principio de igualdad en relación con el artículo 58 de la Constitución Política, en tanto a los inversores franceses se les protegen sus expectativas como si se tratara de propiedad privada.</p> <p>El numeral 4 limita la capacidad del Estado para otorgar licencias obligatorias en el marco de la propiedad intelectual, lo cual vulnera el principio de conveniencia nacional.</p>

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico ¿El artículo 6 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política? Habida cuenta de los cuestionamientos formulados por los intervinientes, la Corte también se pronunciará sobre los siguientes problemas: ¿la regulación de la expropiación directa es compatible con el artículo 58 de la CP? ¿la regulación incluida en el numeral 3 relativa a las condiciones de la indemnización es contraria a lo previsto por el artículo 59 de la CP? ¿la protección de las "expectativas legítimas" de los inversionistas franceses per se vulnera el principio de igualdad frente a los inversionistas nacionales? ¿la expropiación indirecta afecta la libertad de configuración y las competencias regulatorias de las autoridades nacionales y, por tanto, es contraria a la Constitución Política? y ¿el numeral 4 vulnera la competencia del Estado para otorgar licencias obligatorias en el marco de la propiedad intelectual y, por tanto, vulnera la Constitución Política?

Este artículo prevé, en sus 4 numerales, la regulación de la expropiación y la indemnización. El primero dispone que las Partes Contratantes no llevarán a cabo medidas de (i) expropiación, (ii) nacionalización o (iii) "cualquier otra medida cuyos efectos sean similares a los de la expropiación o nacionalización (en adelante, "expropiación indirecta")", excepto (a) por motivos de interés público y (b) siempre que se trate de una medida no discriminatoria. El segundo numeral define la expropiación indirecta como aquella que "resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal del título o del derecho de dominio". A su vez, prevé que, para determinar si una medida constituye o no expropiación indirecta, se debe llevar a cabo un análisis caso a caso con base en los siguientes factores: (i) el grado de interferencia en el derecho de propiedad, (ii) el impacto económico y (iii) las consecuencias de la medida en "las expectativas legítimas del inversionista". Por último, estipula que no constituyen expropiación

indirecta las medidas (i) adoptadas para proteger objetivos legítimos de política pública, cuando sean (ii) necesarias y (iii) proporcionales.

El numeral tercero instituye que (i) la expropiación, directa o indirecta, dará lugar "al pago de una indemnización pronta, efectiva y adecuada cuyo monto será igual al valor real de las inversiones en cuestión y será fijada de acuerdo con la situación económica normal existente con anterioridad a cualquier amenaza de expropiación"; (ii) en caso de retraso en este pago, deberá cubrir los intereses hasta el día de pago de la indemnización; (iii) los montos y las condiciones de pago serán fijados a más tardar en la fecha de la expropiación y, por último, (iv) que la indemnización será libremente transferible. El cuarto numeral dispone que las Partes Contratantes acuerdan que las reglas de expropiación no operan frente a la expedición de las licencias obligatorias en desarrollo del ADPIC de la OMC.

En relación con la cláusula de expropiación, la Corte advierte que es posible identificar dos fases en la jurisprudencia constitucional: antes y después del Acto Legislativo 1 de 1999[620]. El artículo 58 de la Constitución Política prescribía, en su versión original, que "(...) el legislador, por razones de equidad, pod[ía] determinar los casos en que no ha[bía] lugar al pago de indemnización". El Acto Legislativo 1 de 1999 reformó dicho artículo y dispuso que, "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa". Es decir, antes del Acto Legislativo, el legislador podía determinar casos en los que procedía la expropiación sin indemnización, mientras que, con posterioridad a esta reforma constitucional, el legislador no tiene esa potestad. Por tal razón, las sentencias C-358 y C-379, ambas de 1996, C-008 de 1997 y C-494 de 1998, declararon inexecutable las cláusulas de expropiación incluidas en los APPRI que analizaron, que, entre otras cosas, prohibían la expropiación sin indemnización, esto es, "prohib[ían] a las partes, de modo terminante, una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autoriza[ba]"[621]. Con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1999, la Corte ha declarado executable de manera uniforme la regulación de la expropiación contenida en los APPRI.

En el presente caso, la Corte también declarará executable esta cláusula. Esto, por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Corte advierte que (i) es "compatible con la protección de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos"[622] y, en consecuencia, es conforme con el artículo 58 de la Constitución Política; (ii) prescribe que "las razones de utilidad pública e interés social de nuestra Constitución Política son razones válidas para efectuar las expropiaciones bajo el amparo de esta disposición"[623]; (iii) busca "salvaguardar la inversión extranjera [y] generar confianza en el inversionista respecto del tratamiento seguro de su capital"[624] y, por tanto, es compatible con las finalidades globales de este Acuerdo; (iv) "prevé soluciones para eventos que en la práctica implican un perjuicio sensible para los intereses de quien hace la inversión"[625] y (v) determina que para que la expropiación resulte procedente es necesario "que las medidas no sean discriminatorias y que vayan acompañadas del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva"[626]. Por estas razones, la Corte constata que los contenidos normativos de los numerales 1 (a) y (b), así como 3 del artículo sub examine, se ajustan a la Constitución y, en particular, a su artículo 58. A su vez, la Corte considera que la regulación prevista en el numeral 3 de este artículo, relativa a las condiciones del pago de la indemnización, no impide que, en caso de guerra y para atender sus exigencias, el Gobierno decrete la necesidad de la expropiación sin previa indemnización, tal como lo prevé el artículo 59 de la CP.

La Corte además constata que el límite previsto para el monto de la indemnización es compatible con el artículo 13 de la Constitución Política. Esto es así, por cuanto prevé que "el monto de la indemnización será igual al valor real de las inversiones en cuestión", con lo cual se otorga una protección análoga a la del inversionista nacional que invierte en Colombia y resulta expuesto a las mismas hipótesis de expropiación previstas por el artículo 6 del Acuerdo. Con dicha expresión se garantiza, además, que el monto de la indemnización no será superior al valor de los perjuicios sufridos en relación con la inversión, lo cual excluye por completo la inclusión de daños punitivos al cuantificar la indemnización.

La Corte también reitera que, en términos generales, la expropiación indirecta es compatible con la Constitución. Al respecto, en las sentencias C-031 y C-150, ambas de 2009, la Corte advirtió que la expropiación indirecta es conforme con la Constitución Política, por cuanto está fundada, particularmente, en los principios de confianza legítima y buena fe (art. 83 de la CP). Al respecto, sostuvo que "la expropiación indirecta encuentra su fundamento constitucional en el principio de la confianza legítima. En tal sentido cabe señalar que, como corolario del principio de buena fe, la doctrina y la jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas, han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, la cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte"[627].

Por su parte, en las sentencias C-031 de 2009, C-608 de 2010 y C-169 de 2012, la Corte señaló que, por medio de la expropiación indirecta, se reconoce que "el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal 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"[628]; en otros términos, se ampara una "expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación".

En la sentencia C-608 de 2010, la Corte resaltó que los tribunales arbitrales internacionales han calificado como expropiaciones indirectas actos gubernamentales tales como: (i) la declaración de una zona protegida para la conservación de una especie vegetal desértica, aunada a la denegación de un permiso de construcción en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión[630]; (ii) la interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental (Consejo de Medios), a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato que se reputaba importante para que el inversionista extranjero realizara su inversión[631]; (iii) la revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos[632]; (iv) la imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrear la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión[633]; (v) la revocatoria del certificado de zona de libre comercio y la consecuente prohibición de importar[634] y (vi) la imposición de administradores designados por el Estado receptor de la inversión[635]. En esa misma sentencia, la Corte reconoció que, en "materia de expropiaciones indirectas, no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular, como sucede en materia de expropiación directa, sino además el ejercicio de las facultades regulatorias estatales, encaminadas a la protección de intereses legítimos como son la salud pública, la seguridad y el medio ambiente".

En tales términos, la Corte advierte que la definición de expropiación indirecta prevista por el numeral 2, así como los factores incluidos para su determinación, son compatibles con la

Constitución Política. En este sentido, la Corte reitera que no se evidencia incompatibilidad alguna con la Constitución en relación con (i) que se defina la expropiación como una medida o una serie de medidas que, sin implicar la transferencia formal de la propiedad, tengan un efecto equivalente; (ii) que su determinación se lleve a cabo caso a caso y se tenga en cuenta (a) el grado de interferencia en el derecho de propiedad, (b) el impacto económico de la medida y (c) las consecuencias de la medida en las expectativas legítimas del inversionistas[637]. Por el contrario, se reitera, esta regulación es compatible con el principio de confianza legítima y de buena fe (art. 83 de la CP).

Sin embargo, como lo plantearon los intervinientes, la Corte evidencia que la expresión "expectativas legítimas", incluida en la sección (c) del numeral 2, plantea idénticos problemas respecto de su indeterminación y su dispar aplicación por parte de los tribunales de arbitraje internacional que los evidenciados en relación con la misma expresión incluida en la cláusula de TJE (párr. 210 y ss). De la misma manera, como lo sugieren los intervinientes, la Corte constata que la expresión "necesarias y proporcionales", incluida en el numeral 2, implica los mismos problemas y, por tanto, amerita las mismas consideraciones respecto de la afectación de la libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades públicas (párr. 247 y ss). Por esta razón, la Corte declarará exequibles las expresiones "expectativas legítimas" y "necesarias y proporcionales", previstas por el artículo 6, bajo los mismos condicionamientos dispuestos en los párr. 212 y 250, respectivamente.

En tales términos, la Corte declarará exequible la expresión "expectativas legítimas", a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión. A su vez, la Corte declarará exequible la expresión "necesarias y proporcionales", bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública.

Por último, la Corte evidencia que el cuestionamiento de uno de los intervinientes en contra del numeral 4 de este artículo es infundado. Esto, por cuanto esta disposición no compromete la competencia de las autoridades nacionales para la expedición de las licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto por el ADPIC de la OMC. Por el contrario, la Corte evidencia que este artículo garantiza tal competencia de las autoridades nacionales, en tanto la excluye de los efectos de la regulación de la expropiación.

Por lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 6 del tratado sub examine. A su vez, conforme con lo señalado en los párr. 68 y ss, la Corte advertirá al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos dispuestos en los párrafos anteriores frente a las expresiones "expectativas legítimas" y "necesarias y proporcionales".

El siguiente cuadro sintetiza las anteriores consideraciones:

Decisión	
Artículo 6	Exequible
La expresión "expectativas legítimas"	Exequible, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.
La expresión "necesarias y proporcionales"	Exequible, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública.

Compensación por pérdidas (art. 7)

El texto del artículo 7 es el siguiente:

"Artículo 7. Compensación por pérdidas.

1. Los inversionistas de una de las Partes Contratantes cuyas inversiones hubieran sufrido pérdidas debido a guerra, a cualquier conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o revuelta ocurrida en el territorio de la otra Parte Contratante, recibirán de ésta última, un trato no menos favorable que aquel otorgado a sus propios inversionistas o a aquel de la nación más favorecida.

2. Sin perjuicio del párrafo 1, un inversionista de una Parte Contratante que, en las situaciones referidas en dicho párrafo, sufre una pérdida en el territorio de la otra Parte Contratante como resultado de la requisición o destrucción de su propiedad de parte de las fuerzas armadas u otras autoridades de esta última Parte Contratante, que no era requerida por la necesidad de la situación, deberá recibir la restitución de su propiedad o compensación adecuada".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare la exequibilidad de este artículo. Señaló que la compensación por pérdidas de los inversionistas implica que "deben recibir de [la Parte Contratante] un trato no menos favorable que aquel otorgado a sus propios inversionistas o a aquel de la nación más favorecida, lo cual es congruente con los artículos 13 y 100 de la Carta Política en materia de no discriminación en asuntos civiles a extranjeros (...) [y] se ajusta a lo establecido en el artículo 58 constitucional sobre no expropiación sin indemnización, 59 ibídem sobre expropiación y ocupación temporal de inmuebles en caso de guerra y 90 ibídem"[638].

Intervenciones

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron que se declare exequible este artículo. El MinCIT señaló que esta disposición "se encuentra en plena armonía con la Constitución, en la

medida en que desarrolla el principio de igualdad ya analizado en el ámbito del trato nacional y el trato de nación más favorecida"[639], según la sentencia C-309 de 2007. La Cancillería se limitó a describir el contenido del artículo[640] y la UNAB señaló que esta disposición "tampoco tiene tacha de inconstitucionalidad (...) como quiera que la misma Corte Constitucional ha validado este contenido en otros acuerdos similares".

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 7 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

Este artículo regula, en sus dos numerales, lo relacionado con la compensación por pérdidas. El primero prevé una extensión de las cláusulas de TN y NMF en relación con las pérdidas sufridas por los inversionistas de una Parte Contratante por guerra, conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o revuelta ocurrida en el territorio de la otra Parte. Esta cláusula prevé que, en estas hipótesis, tales inversionistas recibirán de la Parte un trato "no menos favorables que" el otorgado a los propios nacionales o a los de la NMF. El segundo inciso dispone que, "sin perjuicio de lo anterior", el inversionista de una de Parte que, en tales situaciones, "sufrir una pérdida (...) como resultado de la [innecesaria] requisición de su propiedad por parte de las fuerzas armadas u otras autoridades" deberá "recibir la restitución de su propiedad o compensación adecuada".

Al margen de las consideraciones expuestas en relación con las cláusulas de TN y NMF, la Corte considera que el artículo 7 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política. Tal como lo ha reiterado frente a la declaratoria de exequibilidad de cláusulas similares o análogas contenidas en otros APPRI[642], la Corte advierte que estas reglas "son una aplicación del principio del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida a las situaciones de perturbación del orden público de las que resulten pérdidas para los inversionistas extranjeros, [por tanto] las razones que sirvieron de fundamento para declarar ajustados a la Carta Política de Colombia los mencionados principios de tratamiento, son también valederas en este caso"[643]. Ahora bien, dado que la expresión "trato" prevista por este artículo se limita a las medidas adoptadas en situaciones de "guerra, conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o revuelta ocurrida en el territorio de la otra Parte Contratante", es decir, a medidas adoptadas mediante instrumentos de derecho interno, y no mediante instrumentos internacionales, resulta innecesaria la suscripción de la declaración interpretativa conjunta ordenada en relación con la misma expresión incluida en el artículo 5, la cual se justifica para salvaguardar la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la negociación de tratados (art. 189.2 de la CP).

A su vez, la Corte constata que las condiciones de restitución o compensación son compatibles con "los postulados que el artículo 90 de la Constitución consagra en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano"[644]. Del mismo modo, la Corte advierte que "las disposiciones (...), relativas a requisición de la propiedad de inversionistas extranjeros por parte de las fuerzas armadas u otras autoridades en casos de perturbación de la paz pública, se sujetan - en su interpretación y aplicación- a lo dispuesto por"[645] el artículo 59 de la Constitución Política, en virtud del cual, para atender las exigencias de la guerra, "la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno sin previa indemnización" [646]. Por último, la regulación de restitución y compensación adecuada también se sujeta a lo previsto por el artículo 100 ibídem, a la luz del cual el legislador podrá, por razones de orden público, subordinar "a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros" .

En efecto, la Corte ha reiterado que, frente al artículo 100 de la Constitución, "en un Tratado Internacional no se podría impedir al legislador colombiano hacer uso de esta atribución cuando se configuren las circunstancias que la norma constitucional contempla. De igual modo, [no podría excluir] la hipótesis del artículo 59 constitucional, que consagra, en caso de guerra, la expropiación con indemnización posterior"[648]. Pues bien, la Corte concluye que nada de lo previsto en el artículo 7 se opone a que (i) en la hipótesis prevista por el artículo 59 ibídem, el Gobierno Nacional decrete la necesidad de expropiación sin indemnización previa y a que (ii) el legislador, por las razones y en los términos previstos en el artículo 100 ídem, pueda limitar el ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros.

Con base en lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 7 del tratado sub examine.

Libre transferencia (art. 8)

El texto del artículo 8 es el siguiente:

"Artículo 8. Libre transferencia.

1. Cada Parte Contratante en cuyo territorio se hubieren realizado inversiones por los inversionistas de la otra Parte Contratante le garantizará a dichos inversionistas la libre transferencia de la inversión y de los rendimientos derivados de la inversión, y en particular, aunque no exclusivamente de:

- a) Intereses, dividendos, utilidades y otros ingresos ordinarios derivados de la inversión.
- b) Regalías derivadas de los derechos incorporales definidos en el artículo 1, párrafo 1 incisos d y e.
- c) Pagos efectuados para el reembolso de préstamos contraídos regularmente.
- d) El valor de la liquidación o enajenación total o parcial de la inversión, que incluye ganancias de capital sobre el capital invertido;
- e) Indemnización por expropiación, nacionalización o pérdidas descritas en el artículo 6, párrafo 3 y en el artículo 7.

Los nacionales autorizados a trabajar en el marco de una inversión realizada en el territorio de la otra Parte Contratante, podrán transferir libremente sus ingresos a su país de origen.

2. Las transferencias mencionadas en los literales anteriores serán efectuadas sin demora en una moneda libremente convertible a la tasa de cambio vigente, de conformidad con la reglamentación en vigor.

3. Sin perjuicio de las disposiciones precedentes de este artículo, una Parte Contratante podrá, de manera justa, no discriminatoria y de buena fe, dando aplicación de su legislación o de sus obligaciones internacionales, someter a condiciones o prohibir la ejecución de una transferencia, en lo que respecta a:

- a) Los procedimientos de quiebra, restructuración de sociedades y de falta de solvencia;
- b) La ejecución de decisiones judiciales, penales o administrativas definitivas;

c) La ejecución de obligaciones fiscales y laborales; y

d) Las sanciones financieras y la lucha contra el lavado de activos.

4. Cuando en circunstancias excepcionales, los movimientos de capital causen o amenacen con causar serios desequilibrios en la balanza de pagos o serias dificultades para la operación de la política monetaria o cambiaria, cualquiera de las Partes Contratantes puede adoptar medidas de salvaguarda con respecto a los movimientos de capital, por un periodo que no exceda un año. Estas medidas de salvaguarda pueden mantenerse más allá de dicho plazo por razones justificadas, cuando ello sea necesario para superar las circunstancias excepcionales que llevaron a su aplicación. En ese caso, la Parte Contratante que adoptó la medida, deberá informar a su debido tiempo a la otra Parte Contratante las razones que justifican su mantenimiento.

Dichas medidas serán las estrictamente necesarias, ejecutadas sobre una base justa, no discriminatoria y de buena fe, y deberán ser consistentes en el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

5. Las disposiciones de los párrafos precedentes de este artículo, no se oponen al ejercicio de buena fe por una Parte Contratante, de sus obligaciones internacionales así como de sus derechos y obligaciones a título de su participación o de su asociación a una zona de libre comercio, a una unión aduanera, un mercado común, una unión económica y monetaria, o cualquier otra forma de cooperación o de integración regional". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Advirtió que "se ajusta a la soberanía de nuestro país en materia cambiaria y monetaria en los términos establecidos en el artículo 371 de la Carta Política, así como de respeto de la soberanía nacional en el tema de relaciones internacionales con organismos de cooperación o integración regional"[649].

Intervenciones

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron que se declare exequible este artículo. El MinCIT concluyó que esta disposición "se encuentra en completa armonía con el texto constitucional, pues establece que se permite la transferencia ágil y sin obstáculos de los montos pertenecientes a los inversionistas"[650], pero, en todo caso, prevé situaciones "dentro de las cuales es posible restringir dicho derecho"[651]. En su criterio, esta regulación resulta compatible con las sentencias C-309 de 2007 y C-377 de 2010. La Cancillería se limitó a describir el contenido del artículo[652]. La UNAB señaló que la Corte analizó la constitucionalidad de una regulación análoga en las sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, y la declaró exequible[653]. En relación con el plazo de 1 año para mantener las medidas necesarias para restringir movimientos de capital, advirtió que "no viola las normas de nuestra Constitución con relación a las funciones del Banco de la República como quiera que pasado ese año se pueden mantener respetándose así las facultades constitucionales al respecto".

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 8 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política, en particular con sus artículos 371 y 372?

El artículo 8 contiene 5 numerales. El primero prevé que cada Parte Contratante garantizará a los

inversionistas de la otra Parte "la libre transferencia de la inversión y de los rendimientos derivados de la inversión", entre otros, de (i) los "intereses, dividendos, utilidades y otros ingresos derivados de la inversión"; (ii) las "regalías derivadas de los derechos incorpóreos definidos en el artículo 1, párrafo 1, incisos d y e"; (iii) los "pagos efectuados para el reembolso de préstamos"; (iv) "el valor de la liquidación o enajenación total o parcial de la inversión, que incluye ganancias de capital sobre capital invertido" y (v) la "indemnización por expropiación, nacionalización o pérdidas", previstas por los artículos 6 (3) y 7. A su vez, dispone que los nacionales con autorización para trabajar "en el marco de una inversión (...) podrán transferir libremente sus ingresos a su país de origen". El segundo prescribe que todas estas transferencias "serán efectuadas sin demora en una moneda libremente convertible a la tasa de cambio vigente", de conformidad con la reglamentación en vigor.

El tercer numeral estipula que, sin perjuicio de lo anterior, una Parte Contratante podrá, "de manera justa, no discriminatoria y de buena fe", en aplicación de su legislación y obligaciones internacionales, "someter a condiciones o prohibir la ejecución de una transferencia", en lo relacionado con: (i) "los procedimientos de quiebra, reestructuración de sociedades y de falta de solvencia"; (ii) "la ejecución de decisiones judiciales, penales o administrativas definitivas"; (iii) "la ejecución de obligaciones fiscales o laborales" y (iv) "las sanciones financieras y la lucha contra el lavado de activos".

El cuarto numeral dispone que las Partes Contratantes "pueden adoptar medidas de salvaguarda con respecto a los movimientos de capital, por un periodo que no exceda un año", cuando "en circunstancias excepcionales", "los movimientos de capital causen o amenacen con causar serios desequilibrios en la balanza de pagos o serias dificultades para la operación de la política monetaria cambiaria". En todo caso, señala que "estas medidas de salvaguarda pueden mantenerse más allá de dicho plazo por razones justificadas, cuando sea necesario", y que, en este supuesto, "la Parte Contratante que adoptó la medida deberá informar a su debido tiempo a la otra Parte Contratante [tales] razones". A su vez, prevé que estas medidas deben ser (i) necesarias para superar las circunstancias excepcionales que llevaron a su aplicación, (ii) no discriminatorias, (iii) de buena fe y (iv) conformes con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

Por último, el quinto numeral instituye que la regulación de este artículo no se opone al "ejercicio de buena fe por una Parte Contratante, de sus obligaciones internacionales, así como de sus derechos y obligaciones" en virtud de su participación o de asociación a una zona de comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica y monetaria o cualquier otra forma de cooperación o de integración regional.

La regulación de las transferencias prevista por el artículo 8 es compatible con la Constitución Política. Frente a los numerales primero y segundo, la Corte reitera que, tal como lo ha sostenido frente a otros APPRI[655], esta cláusula regula "las transferencias requeridas para la inversión, es decir, los pagos necesarios para la realización de la inversión"[656] y, por tanto, tiene por objeto "hacer efectiva la protección que los Estados celebrantes del tratado brindan a la inversión extranjera"[657]. En este sentido, es compatible con las finalidades globales del tratado. En todo caso, la Corte ha advertido que, dado que "la transferencia de capitales al exterior es una operación típica del mercado cambiario, (...) es necesario que [no se desconozcan] las competencias que, por mandato de la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Junta Directiva del Banco de la República".

Frente al numeral tercero, la Corte ha señalado que es compatible con el principio de soberanía

nacional. Resulta constitucional otorgarle a las Partes Contratantes "la posibilidad de condicionar o impedir transferencias mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación relativa a: (i) procedimientos concursales, reestructuración de empresas o insolvencia; (ii) cumplimiento de decisiones y laudos judiciales, arbitrales o administrativos en firme y (iii) cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias"[659]. Este contenido normativo no afecta la Constitución Política y, por el contrario, salvaguarda las competencias de las autoridades ante tales supuestos.

La Corte también considera que el cuarto numeral es compatible con la Constitución Política, en particular con sus artículos 371 y 372 (ver párr. 163). Esto, por cuanto prevé que se podrán restringir los movimientos de capital por un periodo que no exceda de un año, pero que "estas medidas de salvaguarda pueden mantenerse más allá de dicho plazo por razones justificadas". Al respecto, la Corte advierte que las disposiciones que prevén que las transferencias de capital podrán ser restringidas de manera temporal se han considerado ajustadas a la Constitución[660]. Desde la sentencia C-008 de 1997, la Corte ha señalado que esta cláusula "respeto 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"[661]. A su vez, en la sentencia C-184 de 2016, la Corte concluyó 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".

La Corte advierte que si bien, en principio, la disposición sub examine prevé un límite temporal de 1 año para adoptar medidas de salvaguarda respecto de los movimientos de capital, lo cierto es que, seguidamente, dispone que tales medidas "pueden mantenerse más allá de dicho plazo por razones justificadas". En estos términos, la referida expresión normativa no compromete las competencias del Banco de la República en "términos específicos de vigencia, pues éstos sólo pueden ser establecidos por la autoridad competente de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se enfrente en el ejercicio de sus funciones constitucionales"[662]. Así, para la Corte dicha disposición no circunscribe las competencias del Banco de la República "a límites temporales cerrados que impidan el ejercicio de la labor que le fue encomendada, lo cual no es admisible por la Constitución"[663]. En suma, esta disposición es compatible con los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha reiterado, de manera uniforme, que "es plausible la restricción temporal de las atribuciones del Banco de la República"[664], sin fijar límites cerrados y definitivos para el ejercicio de las competencias de este órgano.

Ahora bien, frente al mismo numeral 4, la Corte considera que la expresión "dichas medidas serán las estrictamente necesarias, ejecutadas sobre una base justa, no discriminatoria y de buena fe" también resulta compatible con la Constitución Política. Lo primero, por cuanto, en esta materia, las medidas de restricción de la transferencia de capitales afectan, prima facie, de manera intensa las libertades económicas de los inversionistas, protegidas por el artículo 333 de la CP, por lo que se justifica que solo se adopten aquellas que sean necesarias para conjurar las situaciones macroeconómicas que se presenten. Lo segundo, dado que, en todo caso, dichas medidas deberán ser conformes con el principio de no discriminación (art. 13 de la CP) y de

buena fe (art. 83 de la CP). Asimismo, la Corte reitera que "el hecho de que dichas medidas deban ser compatibles o estar de acuerdo con los acuerdos del FMI no las hace inconstitucionales per se, pues al ser Colombia Estado Parte en el acuerdo constitutivo de dicho fondo -Ley 96 de 1945- y de sus enmiendas, los acuerdos que en desarrollo del mismo se expidan deben estar acordes con los compromisos adquiridos por los Estados Parte del estatuto del FMI. Así que la referencia a los acuerdos que hace la norma estudiada, antes que considerarse contraria a la Carta, es reconocimiento de lo pactado en el tratado del cual Colombia es parte, que la obliga a dar cumplimiento de las estipulaciones pactadas y a respetar las competencias asignadas por dicho acuerdo"[665].

Por último, la Corte advierte que el numeral 5 de este artículo resulta compatible con la Constitución Política, en particular con el principio de soberanía (art. 9 de la CP) y de integración económica (art. 227 de la CP), por cuanto prevé que la regulación sobre transferencias no se opone al cumplimiento de las obligaciones internacionales ni a las prerrogativas del Estado previstos por otros instrumentos, o a su participación o asociación en cualquier forma de cooperación o integración regional. Esto, por lo demás, también resulta conforme con los principios de pacta sunt servanda y buena fe del derecho internacional (Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)[666] y, por lo tanto, con el artículo 9 de la CP, según el cual las relaciones exteriores "se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

Con base en lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 8 del tratado sub examine.

Diversidad cultural y lingüística (art. 9)

El texto del artículo 9 es el siguiente:

"Artículo 9. Diversidad cultural y lingüística.

Sin perjuicio del artículo 6, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada como impedimento para que una de las Partes Contratantes tome cualquier disposición tendiente a regir las inversiones realizadas por los inversionistas extranjeros y las condiciones de las actividades de dichos inversionistas, dentro del marco de las medidas destinadas a preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística."

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Resaltó que respeta "la soberanía de cada una de las Partes Contratantes para regir las inversiones realizadas por los inversionistas extranjeros y las condiciones de las actividades de dichos inversionistas, dentro del marco de las medidas destinadas a preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística, lo cual se ajusta a lo establecido en el artículo 7 de la Carta Política sobre la obligación del Estado colombiano de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"[667].

Intervenciones

El MinCIT[668], la Cancillería[669], y la UNAB[670] se limitaron a describir el contenido de este artículo y solicitaron que se declare exequible.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 9 del tratado sub

examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte advierte que este artículo contiene una cláusula de interpretación del Acuerdo. Según esta cláusula, sin perjuicio de lo previsto en relación con la expropiación, el Acuerdo no podrá interpretarse como impedimento para que las Partes Contratantes regulen las inversiones extranjeras y las condiciones de dichos inversionistas en el marco de las medidas para preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística. Así las cosas, el APPRI sub examine no podrá interpretarse como obstáculo o impedimento para que todas las autoridades nacionales regulen y adopten las medidas que estimen convenientes para preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística.

En tales términos, la Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución Política, en la medida en que no compromete ni afecta las competencias de las autoridades nacionales relacionadas con la preservación y el fomento de la diversidad cultural y lingüística. En particular, este artículo es conforme con los artículos 7 y 70 de la Constitución Política, según los cuales, en su orden, (i) "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" y (ii) "la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de este artículo.

Medidas relacionadas con el medio ambiente, la salud y los derechos laborales (art. 10)

El texto del artículo 10 es el siguiente:

"Artículo 10. Medidas relacionadas con el medio ambiente, la salud y los derechos laborales.

1. Sin perjuicio del Artículo 6, nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará como impedimento para que una Parte Contratante adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que garantice que las actividades de inversión en su territorio se efectúen en cumplimiento de la legislación medio ambiental, de salud y laboral en esa Parte Contratante, siempre y cuando el efecto de la medida sea no discriminatorio y proporcional a los objetivos perseguidos.

2. Las Partes Contratantes reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo sus estándares ambientales, de salud o laborales. Por lo tanto, cada Parte Contratante garantiza que no modificará o derogará, ni ofrecerá la modificación o la derogación de esta legislación para estimular el establecimiento, adquisición, mantenimiento o expansión de una inversión en su territorio, en la medida que dicha modificación o derogatoria implique la disminución de sus estándares ambientales, de salud o laborales".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Resaltó que "responde a los mandatos constitucionales en materia de garantía de los derechos laborales y a la salud, y a la preservación del medio ambiente, en un ámbito convencional de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, amén de garantizar la libertad económica en igualdad de condiciones, evitando la competencia desleal entre los Estados Partes".

Intervenciones

El MinCIT[671], la Cancillería[672] y la UNAB[673] también solicitaron que se declare exequible este artículo[674]. La Cancillería manifestó que "esta disposición busca preservar el espacio regulatorio para adoptar o hacer cumplir medidas para proteger intereses en materia medioambiental, de salud y laboral, con la salvedad de que estas no sean discriminatorias o desproporcionales".

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 10 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte advierte que el primer numeral de este artículo contiene una cláusula de interpretación del Acuerdo que es conforme con la Constitución Política. Según esta cláusula, sin perjuicio de lo previsto en materia de expropiación, el Acuerdo no podrá interpretarse como impedimento para que las Partes Contratantes dispongan, mantengan o ejecuten medidas para garantizar que la inversión cumpla con la regulación de medio ambiente, salud y laboral, siempre que sus efectos no sean discriminatorios y desproporcionados. Tal como lo ha sostenido en relación con cláusulas análogas o similares en otros APPRI[676], el primer numeral de esta cláusula (i) es compatible con la soberanía nacional[677] y (ii) "permite la real protección de los sectores mencionados, los cuales son fines esenciales del Estado y garantías constitucionales de carácter medular"[678]. En suma, el primer numeral de este artículo preserva las competencias y la autonomía regulatoria de las autoridades nacionales para disponer o hacer cumplir a los inversionistas las medidas relacionadas con la regulación de medio ambiente, salud y asuntos laborales.

Particularmente, en relación con las medidas relacionadas con el medio ambiente, en la sentencia C-169 de 2012, la Corte concluyó que "se trata de una norma (...) que se limita a reconocer la soberanía de cada Estado, así como el deber constitucional de proteger la diversidad e integridad del ambiente. La protección al medio ambiente es un principio que irradia todo nuestro ordenamiento jurídico puesto que la Constitución (i) prevé la obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; (ii) consagra el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano; y (iii) contempla un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares para su preservación. En ese orden de ideas, (...) se ajusta a los artículos 9, 79 y 80 de la Constitución"[679].

La Corte advierte que el segundo numeral de este artículo también es conforme con la Constitución Política. Este numeral contiene (i) el reconocimiento de ambas Partes en el sentido de que no es apropiado fomentar la inversión con la disminución de "estándares ambientales, de salud o laborales", así como (ii) la obligación de las Partes de no modificar o derogar la regulación para disminuir los referidos estándares, ni prometer hacerlo, en aras de estimular el establecimiento, la adquisición, el mantenimiento o expansión de la inversión extranjera. Al respecto, la Corte constata que tanto el reconocimiento de ambas Partes como la obligación referidas salvaguardan "el deber del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes previstos en la Constitución" (art. 2 de la CP) y desincentivan la atracción de la IED mediante prácticas que desmejoren los estándares de protección de los derechos medio ambientales, de salud y laborales, con lo cual también resultan compatibles con el principio de progresividad en materia de derechos sociales y la regla de no regresión (art. 4 del PIDESC)[680].

Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 10 del tratado sub

examine.

Responsabilidad social corporativa (art. 11)

El texto del artículo 11 es el siguiente:

"Artículo 11. Responsabilidad social corporativa.

Cada Parte Contratante alentará a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes Contratantes, como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la sociedad civil y la lucha contra la corrupción.

Las Partes Contratantes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare la exequibilidad de este artículo. Destacó que se "acomoda al fin esencial del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo a partir de la solidaridad y la moral pública en los términos de los artículos 2, 95 y 209 de la Carta Política, así como a la función social de la propiedad empresarial establecida en los artículos 58 y 333 ibídem"[681].

Intervenciones

El MinCIT[682], la Cancillería[683] y la UNAB también solicitaron que se declare exequible este artículo. Además, la UNAB resaltó que es compatible con "una empresa que tiene una función social acorde con el artículo 1 y 333 de nuestra Constitución y el Acuerdo de Adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) suscrito el 30 de mayo de 2018".

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 11 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución Política. Esto, por cuanto prevé la obligación de las Partes Contratantes de alentar a todas las empresas a que incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas. El artículo alude a, entre otras, (i) las declaraciones de principios aprobadas o respaldadas por las Partes Contratantes y (ii) las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para empresas multinacionales. A su vez, este artículo declara que las Partes Contratantes "recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas".

En tales términos, este artículo es compatible con el artículo 333 de la Constitución Política, que prevé que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone

responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones"[685]. Esto, por cuanto la obligación de promover entre las empresas la incorporación de estándares de responsabilidad social corporativa permite afianzar "la idea de que la empresa es uno de los principales actores dentro de una comunidad y de que su actividad debe ser un instrumento de mejora social, de protección al medio ambiente y de respeto de los derechos fundamentales, entre otros elementos de construcción social"[686]. Por lo demás, la Corte advierte que dicha obligación también resulta compatible con el Estado social de Derecho y el principio de solidaridad (art. 1 de la CP).

A su vez, frente a la inclusión de obligaciones y declaraciones relativas a la responsabilidad social en AII, en la sentencia C-608 de 2010, la Corte señaló que "considera de la mayor importancia que los postulados de la llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o responsabilidad social empresarial (RSE) sean elevados a derecho positivo internacional convencional, por cuanto sus fuentes normativas suelen encontrarse en disposiciones de 'soft law', tales como declaraciones y resoluciones. En tal sentido, incluir los principios de la RSC en un tratado de libre comercio como el presente, coadyuva al cumplimiento de los valores y principios constitucionales tales como la solidaridad, la dignificación del trabajo, el respeto por el medio, y en general, el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos"[687].

Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 11 del tratado sub examine.

Transparencia (art. 12)

El texto del artículo 12 es el siguiente:

"Artículo 12. Transparencia.

Cada Parte Contratante se asegurará de publicar o de hacer públicamente asequible cualquier regulación que tenga impacto en las inversiones o los inversionistas".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare la exequibilidad de este artículo. Señaló que el deber que se le impone a la Parte Contratante "responde al derecho de toda persona de acceder a los documentos públicos, regulado en el artículo 74 constitucional y a los principios de publicidad y transparencia que rigen la función pública en los términos del artículo 209 ibídem"[688].

Intervenciones

El MinCIT[689], la Cancillería[690] y la UNAB[691] solicitaron que se declare la exequibilidad de este artículo. Además, la UNAB señaló que este artículo prevé una "prolongación del trato no discriminatorio y además justo y conveniente en los cuales se inspira la confianza de facilitar y atraer las inversiones en cada territorio".

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 12 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución política, en tanto prevé la

obligación de las Partes Contratantes de publicar y hacer "públicamente asequible" las regulaciones relacionadas con los inversionistas y sus inversiones, propia del Estado de Derecho (art. 1 de la CP), así como con el derecho de acceso a los documentos públicos (art. 74 de la CP). Como lo ha resaltado en otras oportunidades, la Corte reitera que "el objetivo principal buscado por los Estados al negociar un tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI o BIT, por sus siglas en inglés) es establecer un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes de la otra Parte del tratado. En otras palabras, se busca establecer unas reglas de juego claras para los inversionistas de ambas Partes, que brinden protección y seguridad mutua en el tratamiento de las inversiones con el ánimo de generar incentivos para la atracción de la inversión extranjera"[693].

En tales términos, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 12 del tratado sub examine.

Garantías y subordinación (art. 13)

El texto del artículo 13 es el siguiente:

"Artículo 13. Garantías y subrogación.

1. Si una de las Partes Contratantes o un organismo de garantía particularmente su agencia designada (la primera Parte Contratante) efectúa un pago en virtud de una garantía no comercial concedida por una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante (la segunda Parte Contratante), la segunda Parte Contratante le reconocerá a la primera Parte Contratante plenos derechos de subrogación con respecto a los derechos y reclamos del inversionista beneficiario de dicha garantía.

2. Estos pagos no afectan los derechos del beneficiario de la garantía de acudir a los procedimientos de arreglo de diferencias establecidos en el artículo 15 o de intentar las acciones así introducidas hasta completar el procedimiento por la reparación Integral del perjuicio, sin que estas acciones puedan dar lugar a una doble indemnización".

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Advirtió que esta regulación "pertenece a la libertad de contratar que tienen las partes sin que esto comprometa el orden constitucional colombiano, respondiendo, por el contrario, a la vigencia de un orden justo y a los principios de equidad y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales"[694].

Intervenciones

El MinCIT[695], la Cancillería[696] y la UNAB se limitaron a describir el contenido de este artículo y solicitar su exequibilidad.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 13 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

Este artículo prevé la regulación sobre garantías y subrogación en dos numerales. El primero dispone que, si una de las Partes Contratantes o un organismo de garantía "efectúa un pago en

virtud de una garantía no comercial concedida por una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante", esta última reconocerá a favor de la primera derechos de subrogación sobre "los derechos y reclamos del inversionista beneficiario de dicha garantía". El segundo prescribe que estos pagos no afectan el derecho del beneficiario de la garantía de acudir al mecanismo de arreglo de diferencias previsto por el artículo 15 o a otras acciones en procura de la reparación integral del perjuicio, "sin que estas acciones puedan dar lugar a una doble indemnización".

La Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución Política. Así como lo ha sostenido frente a cláusulas análogas o similares previstas en los otros APPRI[698], la Corte advierte que estos "mecanismos de garantía buscan cubrir los riesgos que implica toda inversión internacional y tienen por objeto la transferencia de estos riesgos del inversionista privado al organismo de garantía"[699]. En este sentido, "plasman sistemas de acuerdo previo sobre responsabilidades de los Estados Partes ante sus inversionistas, con miras a la seguridad y estabilidad de las inversiones"[700]. En particular, frente a los mecanismos de subrogación previstos en los APPRI, la Corte ha señalado que "no modifican las obligaciones que las partes contraen con la suscripción del Convenio"[701] y "no interfiere con ninguna facultad del Gobierno nacional relativa a la ejecución o cumplimiento del Acuerdo, toda vez que esta figura sólo regula las relaciones del inversionista extranjero con su Gobierno o con el organismo de Derecho Internacional que acuda al mecanismo de garantía correspondiente"[702]. En tales términos, la Corte constata que esta cláusula no compromete ni afecta contenido alguno de la Constitución Política.

Con este fundamento, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 13 del tratado sub examine.

Excepción de seguridad (art. 14)

El texto del artículo 14 es el siguiente:

"Artículo 14. Excepción de seguridad.

Nada en este Acuerdo se Interpretará en el sentido de Impedir a una Parte Contratante adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida necesaria para preservar el orden público, cumplir con sus funciones para el mantenimiento o restauración de la paz y la seguridad Internacionales, o la protección de sus Intereses esenciales de seguridad". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible este artículo. Concluyó que "la excepción de seguridad consistente en que el Acuerdo no impide ni interfiere en las decisiones y acciones que adopte cada Parte Contratante para preservar el orden público de su país, la paz y seguridad internacionales y la protección de sus intereses esenciales en seguridad, (...) respeta la soberanía de cada Estado para manejar sus asuntos de seguridad y policía en tiempos de paz y en épocas de alteración del orden interno o internacional en los términos de los artículos 9, 212, 213, 217 y 218 de la Carta Política"[703].

Intervenciones

El MinCIT, la Cancillería y la UNAB solicitaron la exequibilidad de este artículo. La Cancillería señaló que "reserva la facultad del Estado para adoptar medidas por razones de seguridad necesarias para preservar el orden público, cumplir con las funciones para el mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacionales"[704]. La UNAB advirtió que este artículo no

"quita o disminuye a las partes la potestad soberana de expedir, mantener y ejecutar aquellas medidas que estén orientadas a defender la paz interna y externa y en general para defender sus intereses esenciales de seguridad"[705]. El MinCIT se limitó a describir el contenido de este artículo.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 14 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte considera que la cláusula de interpretación del acuerdo prevista en este artículo es compatible con la Constitución Política. Según esta cláusula, el Acuerdo no podrá interpretarse en el sentido de impedir que las Partes Contratantes dispongan, mantengan o ejecuten medidas para (i) preservar el orden público, (ii) mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales y (iii) proteger sus intereses esenciales de seguridad. En estos términos, el objetivo de esta cláusula es mantener "en cabeza del Estado la facultad de controlar el orden público en los distintos órdenes, como una manifestación clara de la soberanía nacional y de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la CP" [707], así como garantizar la paz (art. 22 de la CP).

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 14 del tratado sub examine.

Arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante (art. 15)

El texto del artículo 15 es el siguiente:

"Artículo 15. Arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante.

1. Cualquier diferencia relacionada con las Inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante en la que se alegue que la Parte Contratante ha violado una obligación del presente Acuerdo y en consecuencia, le ha generado un perjuicio al Inversionista será resuelta amigablemente entre las dos partes implicadas en la diferencia por cualquier vía de recurso no jurisdiccional. Esta etapa incluye una fase de discusión entre el inversionista y la autoridad que ha emitido los actos administrativos objeto de diferencia si la legislación de la Parte Contratante así lo exige.
2. Este artículo sólo se aplicará a las diferencias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante con relación a una supuesta violación de una obligación del presente Acuerdo, excepto los artículos 3 (admisión y fomento), 10.2 (Medidas relacionadas con el Medio Ambiente y Derechos Laborales, cuando el inversionista haya sufrido daños como consecuencia de dicha violación.
3. La etapa mencionada en el párrafo 1 se inicia mediante la notificación escrita de la diferencia, denominada en adelante "notificación de la diferencia", enviada por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión.
4. SI la diferencia no se ha sido resuelta amistosamente dentro de un plazo de 6 meses a partir de la fecha de notificación de la diferencia, ésta puede ser presentada a elección del Inversionista:
 - a) al tribunal competente de la Parte Contratante, parte de la diferencia, o
 - b) luego de un preaviso de 180 días, a un tribunal de arbitraje **ad hoc** que se establecerá de

conformidad con las Reglas de Arbitramento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o

c) luego de un preaviso de 180 días, al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965.

d) luego de un preaviso de 180 días, un tribunal de arbitraje establecido bajo otras reglas de arbitraje o bajo otra institución de arbitraje según lo acordado por las partes contendientes.

5. Si el inversionista implicado en la diferencia es una persona física que posee la doble nacionalidad francesa y colombiana, únicamente una corte nacional según lo definido en el párrafo 4 a) podrá conocer la diferencia.

6. La elección de uno u otro procedimiento según lo previsto en el párrafo 4 será definitiva.

7. El preaviso requerido en el párrafo 4 b), c) y d) debe ser objeto de notificación escrita dirigida por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión precisando su intención de presentar una solicitud de arbitraje, denominada en adelante "notificación de intención". Esta notificación de intención deberá especificar el nombre y la dirección del inversionista reclamante e indicar de manera detallada los hechos y puntos de derecho invocados y un monto aproximado de los daños e intereses reclamados o cualquier otro tipo de alivio solicitado.

8. Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia relativa a las inversiones pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en los párrafos 4 b), c) y d).

9. El laudo arbitral será definitivo y obligatorio para las partes de la diferencia.

10. El inversionista no puede presentar una solicitud de arbitraje si han transcurrido más de 4 años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo.

11. Ninguna de las Partes Contratantes brindará su protección diplomática respecto a una diferencia que uno de sus inversionistas y la otra Parte Contratante hubieran sometido a los procedimientos arbitrales previstos en el presente artículo, a menos que dicha Parte Contratante no haya ejecutado o respetado la sentencia dictada con motivo de la diferencia.

12. Sujeto al acuerdo de las partes contendientes, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a los arbitrajes iniciados en virtud del presente artículo.

Si dentro de un año después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, cualquiera de las Partes Contratantes no se opone, mediante la presentación de una notificación escrita a la otra Parte Contratante, las reglas de la CNUDMI sobre transparencia aplicarán automáticamente.

13. Sin perjuicio a las reglas de arbitraje aplicables, a solicitud de la Parte Contratante en la diferencia, el tribunal podrá decidir sobre las cuestiones preliminares de competencia o admisibilidad, tan pronto como sea posible.

14. Si el tribunal determina que una demanda ha sido frívola, éste condenará al demandante en las costas que estime justificadas.

15. El tribunal, en su laudo, expondrá sus conclusiones de hecho y de derecho, junto con las razones de su decisión, y podrá, a solicitud del demandante, otorgar las siguientes formas de alivio:

a) indemnización pecuniaria, que deberá incluir los intereses aplicables desde el momento en que se causen los daños hasta que se haga el pago;

b) la restitución, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar una indemnización pecuniaria en lugar de la restitución cuando la restitución no sea factible; y

c) con el acuerdo de las partes contendientes, cualquier otra forma de alivio

16. El tribunal no será competente para pronunciarse sobre la legalidad de la medida en derecho interno.

17. La presentación de la notificación de diferencia, de la notificación de intención y otros documentos será enviada:

- a Francia, a la Dirección de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y a la subdirección encargada de las inversiones internacionales de la Dirección General del Tesoro;

- a Colombia, a la dirección encargada de la inversión extranjera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o quien haga sus veces.

18. A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará compuesto por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y un tercero, quien presidirá el tribunal, designado de común acuerdo por las partes contendientes. Si el tribunal no ha sido constituido en 60 días, desde la fecha en que una reclamación se ha sometido a arbitraje de acuerdo con este artículo, el Secretario General del CIADI, a solicitud de una parte contendiente, previa consulta a las partes, designará a su discreción el árbitro u árbitros no nombrados. El Secretario General del CIADI no podrá nombrar como Presidente del tribunal a ningún ciudadano de alguna de las Partes Contratantes.

19. Los árbitros deberán:

a) tener experiencia o experticia en derecho internacional público, en derecho internacional de inversiones, o en el arreglo de diferencias derivadas de acuerdos internacionales de inversión;

b) ser independiente de las Partes Contratantes y del demandante, y no estar vinculado ni recibir instrucciones de ninguno de ellos.

21. La decisión sobre cualquier propuesta de recusar un árbitro deberá ser tomada por la autoridad seleccionada por las partes contendientes, o en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre el nombramiento, por el Presidente del Consejo administrativo del CIADI. Si se decide que la propuesta de recusación se encuentra fundada, el árbitro deberá ser remplazado.

21. Las partes en la diferencia pueden acordar los honorarios a ser pagados a los árbitros. Si las partes en la diferencia no logran un acuerdo en los honorarios a ser pagados a los árbitros antes de la constitución del tribunal, se aplicarán los honorarios establecidos para árbitros por el CIADI.

22. A solicitud de cualquiera de las partes en la diferencia, el tribunal, antes de dictar una

decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes. Dentro del plazo de treinta (30) días después de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes en la diferencia pueden presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de decisión o laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los sesenta (60) días siguientes la comunicación de su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes.

23. En los casos en que se hayan presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado, bajo este artículo y las reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte en la diferencia puede tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación o conforme con los términos de este artículo.

24. La parte contendiente que pretenda obtener una orden de acumulación de conformidad con este artículo, entregará una solicitud, por escrito, al Secretario General del CIADI y a todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación y especificará en la solicitud: El nombre y la dirección de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación; la naturaleza de la orden de acumulación solicitada; y el fundamento en que se apoya la solicitud. Si el Secretario General del CIADI determina, dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la recepción de una solicitud, que la acumulación es procedente, se establecerá un tribunal en virtud de este artículo". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador describió el contenido de este artículo y solicitó que se declare exequible[708].

Intervenciones

Once intervinientes se pronunciaron sobre este artículo. Cuatro solicitaron que se declare exequible[709]; cinco explicaron su contenido y expusieron críticas al respecto, sin formular solicitud alguna[710]; uno solicitó su inexecutable[711] y otro, su executable condicionada.

El MinCIT señaló que "recurrir a mecanismos de solución de controversias cuando las partes de una disputa así lo acuerdan, concuerda plenamente con la Carta Política"[713]. Esta conclusión se fundó en tres argumentos. Primero, estos mecanismos han sido declarados executable en las sentencias C-442 de 1996 y C-294 de 2002. Segundo, "el arbitraje internacional es un mecanismo opcional a escogencia del inversionista" [714]. Tercero, el arbitraje internacional está en consonancia con el artículo 116 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley 270 de 1996. La Cancillería también señaló que "la posibilidad de solucionar una controversia entre inversionista y el Estado receptor de la inversión a través de tribunales arbitrales internacionales (...) ha sido reconocida en pasados Acuerdos (...) aprobados por el Congreso y (...) por la Corte"[715]. En este mismo sentido, intervino la UNAB, para lo cual citó in extenso las sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, así como la C-184 de 2016.

En su intervención en la audiencia, Ana María Ordóñez solicitó que se declare executable esta cláusula con base en dos razones. Primera, "mejora el clima de inversión"[717]. Segunda, "el sistema internacional de resolución de controversias inversionista – Estado está concebido como un foro neutral y adecuado"[718]. En su opinión, el arbitraje de inversión "se crea como una

alternativa que permite la solución de conflictos internacionales de forma pacífica (...) y (...) despolitizar las diferencias que surjan entre los inversionistas extranjeros y los estados receptores"[719]. A su vez, "es un escenario más especializado para resolver las controversias presentadas por los inversionistas"[720]. Resaltó que "si fueran las cortes locales las únicas que pudieran resolver las controversias internacionales de inversión podríamos estar en la situación en la cual una corte local deba pronunciarse sobre la responsabilidad internacional que se le pretende atribuir al estado al que pertenece por una de sus decisiones"[721]. Por último, aclaró que "el alcance de la cláusula 15 es limitado (...) de hecho el numeral 2 cierra la posibilidad a que se inicien arbitrajes por medidas relacionadas con medio ambiente o derechos laborales y el numeral 5 no permite que un colombo francés inicie un arbitraje de inversión en contra del Estado. [A su vez] solo se permite reclamos por medidas que hayan sido conocidas por el inversionista con máximo 4 años de anterioridad al inicio del proceso".

En su escrito, Ana María Ordóñez señaló que, de acuerdo con estudios de la OCDE sobre la materia, aproximadamente el 96% de los APPRI en vigor en el mundo contienen esta cláusula de solución de controversias[723]. A su vez, sostuvo que este mecanismo no viola el derecho a la igualdad por otorgarle mayores derechos procesales al inversionista extranjero. En su concepto, para entender la "racionalidad igualitaria" de este mecanismo debe tenerse en cuenta la reciprocidad propia de estos tratados. En la medida en que tienen como objeto fomentar la inversión extranjera entre dos estados, el criterio de comparación para aplicar el test de igualdad es el alcance de los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros de ambos estados. Así, en el caso del Acuerdo sub examine debe examinarse si los inversionistas franceses en Colombia tendrían más o menos derechos procesales que los inversionistas colombianos en Francia. En su concepto, esto no ocurre[724]. Los inversionistas franceses en Colombia pueden acceder a las cortes domésticas y a un tribunal internacional para presentar reclamos, de igual forma los inversionistas colombianos en Francia.

En el mismo sentido, manifestó que, en el sistema de arbitraje de inversión, los tribunales internacionales fallan mayoritariamente a favor de los Estados[726]. De acuerdo con el último reporte de la UNCTAD "World Investment Report 2018", al finalizar el año 2017 se habían llevado a cabo 548 arbitrajes de inversión[727]. De estos, el 37% fueron decididos a favor del Estado, mientras que apenas el 25% fueron decididos a favor del inversionista. Además, resaltó que el arbitraje de inversión es transparente en sus procedimientos, con base en los siguientes argumentos: (i) la confidencialidad en el arbitraje no es equivalente a la falta de transparencia; (ii) la confidencialidad de los procedimientos arbitrales es un asunto sujeto a acuerdo de las partes; (iii) la mayoría de los arbitrajes de inversión son confidenciales únicamente mientras el procedimiento está en curso; con posterioridad, los laudos son publicados en bases de datos de acceso público; (iv) las reglas procesales del CIADI permiten que terceros interesados intervengan en los procedimientos por medio de la presentación de *amicus curiae* y la asistencia a las audiencias; (v) la transparencia se ha posicionado en los últimos años como una tendencia global del arbitraje de inversión[728]. Por último, destacó que (i) la cláusula del artículo 15 es idéntica a la incluida en otros APPRI que han sido declarados exequibles por la Corte Constitucional y (ii) ningún estudio ha demostrado que los arbitrajes de inversión hayan surtido "chilling effects" respecto de los poderes regulatorios de los estados.

En su intervención en la audiencia, Eduardo Silva-Romero planteó que "la justificación del artículo 15 es histórica, en el sentido de que los dos métodos anteriores fracasaron; el primero, fue la diplomacia de los cañones (...) el segundo, fue la protección diplomática"[730] y, por lo tanto, "el arbitraje de inversiones es una conquista de la humanidad a través del derecho

internacional"[731]. Destacó que "el artículo 15 del tratado nos permite calificar el tratado de moderno, esto es, un artículo que tiene disposiciones adicionales comparadas con el resto de tratados, que comprenden límites e innovaciones importantes. En cuanto a los límites: (i) el párrafo 1 prevé que al arbitraje de inversiones solo pueden someterse litigios relacionados con violaciones de obligaciones previstas en el tratado; esta disposición extrae litigios relativos al derecho nacional o contratos regidos por este; (ii) solo pueden someterse a arbitraje temas en los que el inversionista establezca que hay un daño; (iii) el párrafo 6 (conocido como fork in the road) prevé que si el inversionista escogió la vía nacional, no puede después comenzar el arbitraje internacional y (iv) el párrafo 16, según la cual el Tribunal de inversiones no puede decir nada sobre la legalidad de la medida en derecho interno, es decir, el tribunal no es una súper corte constitucional o súper corte de casación"[732]. En cuanto a las innovaciones, reseñó tres ejemplos: "(i) el párrafo 12, (sic) el arbitraje debe ser transparente, (ii) los plazos previstos antes de que se comience el arbitraje para que las entidades tengan tiempo suficiente para negociar y (iii) el párrafo 22, (sic) el tribunal debe enviarle a las partes un proyecto de laudo, le pide a las partes que hagan comentarios sobre el proyecto y luego, profiere el laudo, lo que da a las partes la posibilidad de transigir".

En su intervención en la audiencia, Rafael Rincón señaló que este mecanismo de solución de controversias no supone que "se esté renunciando al juez natural [dado que] no existe un juez natural para las controversias internacionales de inversión. Lo que tenemos es múltiples jueces que posiblemente pueden conocer de una controversia"[734]. Por su parte, en su intervención en la audiencia, Adriana Vargas resaltó que el artículo 15.5 prevé que "si el inversionista es una persona física que posee la doble nacionalidad, únicamente una corte nacional podrá conocer la diferencia".

En su intervención en la audiencia, José Manuel Álvarez manifestó su desacuerdo con considerar "las cortes locales no son imparciales o les falta especialización en derecho internacional"[736]. A su vez, resaltó que, con base en las cifras de la UNCTAD sobre tribunales internacionales de inversión, se tiene que "el Estado ha ganado 208 casos en general, el 54% los ha ganado el Estado y el inversionista, el 48.5%"[737]; en relación con los casos en los que resuelve el fondo de la controversia, "109 demandas han sido ganadas por los estados y 176 por los inversionistas (...) el Estado solo gana el 38% de las veces y el inversionista el 61.75%"[738]; y, en América Latina, "a la fecha han terminado 108 casos, (...) si extraemos los casos que no pasan jurisdicción, encontramos que el Estado solo ha ganado 19 veces frente a 63 veces en las que ganó el inversionista".

En su intervención en la audiencia, René Urueña solicitó que se declare exequible este artículo "siempre que se justifique su necesidad y se formulen declaraciones interpretativas en tres sentidos: (i) la jurisdicción arbitral debe ser compatible con las obligaciones de derechos humanos adquiridas por Colombia, (ii) las reglas de transparencia de la UNCITRAL no deben ser optativas y debe existir un derecho especial de participación de comunidades indígenas en el trámite del arbitraje internacional, y (iii) el ejercicio de la jurisdicción arbitral debe adoptar un estándar de escrutinio deferente que refleje consideración hacia las decisiones de la Corte Constitucional"[740]. Tal solicitud se fundó en que "el mecanismo implica una posible restricción de la libertad regulatoria del Estado colombiano"[741], en tanto "su efecto en la práctica es la potencial revisión de leyes, actos administrativos y sentencias judiciales por parte de una autoridad internacional respecto a estándares incluidos en los propios instrumentos de protección de inversiones".

Sostuvo que "la Constitución, en su artículo 150.16, sí permite la transferencia parcial de atribuciones del Estado a organismos internacionales con el objeto de promover la integración económica"[743]. Sin embargo, advirtió que "los tribunales de arbitramento de inversión toman decisiones sobre políticas públicas, respecto a las cuales debe garantizarse la participación ciudadana; y, en consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción arbitral también debe someterse al principio democrático"[744]. En este sentido, destacó que "el sistema de arbitraje de inversiones ha dejado de ser un simple foro de solución de disputas y se ha convertido en un mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público con sede internacional".

Finalmente, frente a la eventual revisión de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de un tribunal de arbitraje internacional, resaltó que "el estándar dominante es la denegación de justicia (...) esta es la forma tradicional en que se ha entendido; sin embargo, hay que señalar dos cosas. Primero, la denegación de justicia está íntimamente relacionada con el trato justo y equitativo y, en realidad como parte del problema general, en la medida en que estos tribunales son amplios y no hay precedente, la única garantía que tiene Colombia es que esa deferencia esté incluida en el tratado (...) esto en la medida en que el sistema es altamente impredecible"[746]. A su vez, sostuvo que "en el arbitraje de inversión, la decisión de la Corte Constitucional Colombia va a ser revisada respecto a los estándares del tratado por el Tribunal de inversiones. Por lo tanto, la decisión de la Corte, así sea legal ante el estándar nacional, puede ser encontrada ilícita bajo el tribunal internacional de inversiones"[747]. Por último, mencionó que "en derechos humanos existe exactamente lo mismo, pero [con] agotamiento de recursos internos, lo cual implica una gran diferencia (...) esto es, deferencia hacia las Cortes nacionales; en arbitraje de inversiones, no".

En su escrito, Magdalena Correa advirtió que esta cláusula vulnera el principio de igualdad formal, la independencia judicial y la sostenibilidad fiscal[749]. Lo primero, en tanto prevé un trato preferente para el acceso a la administración de justicia, dado que dispone la posibilidad de acudir directamente al arbitraje internacional, lo cual permite a los inversionistas extranjeros beneficiarse de la interpretación generosa de las cláusulas sustanciales del tratado[750]. Los inversionistas nacionales, en cambio, se ven privados de esta ventaja. Lo segundo, en la medida en que el arbitraje internacional de inversiones es operado por un grupo exclusivo de personas, que proceden de países desarrollados, defensores del sistema de arbitraje y con una perspectiva favorable a las corporaciones[751]. Lo tercero, por cuanto el mecanismo tiene la vocación de producir gastos desproporcionados con cargo al erario y está latente el riesgo de condenas sumamente onerosas en contra del Estado.

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 15	
Exequibilidad	<p>Corte ha avalado el arbitraje internacional de inversiones en múltiples sentencias.</p> <p>El arbitraje internacional de inversiones es compatible con el artículo 116 de la Constitución Política.</p> <p>El arbitraje internacional de inversiones es un incentivo para la inversión y está concebido como un foro neutral (despolitizado) y adecuado (especializado) de resolución de estas controversias.</p> <p>Este artículo prevé límites temporales y materiales (p. ej. Medio ambiente y conflictos laborales).</p> <p>Esta cláusula es común en los APPRI en vigor.</p> <p>Esta cláusula otorga iguales derechos a los inversionistas (franceses en Colombia y colombianos en Francia), por lo tanto, es recíproca.</p> <p>El procedimiento de arbitraje de inversión es transparente.</p> <p>No existe juez natural en materia de derecho internacional de inversión; existen múltiples jueces que pueden ser competentes.</p> <p>Esta cláusula prevé que los sujetos con doble nacionalidad no pueden acceder a los tribunales de arbitraje internacional.</p>
Inexequibilidad	<p>Viola el principio de igualdad en relación con el artículo 90 de la Constitución Política, por cuanto las reglas de indemnización de los tribunales de arbitraje no son claras. Por esta razón, también desconoce el principio de sostenibilidad fiscal.</p>
Solicitud de interpretativas	<p>El arbitraje internacional de inversiones es compatible con el artículo 116 de la Constitución Política.</p> <p>El efecto de esta cláusula es que los tribunales de arbitraje es la revisión de leyes, actos administrativos y políticas públicas.</p> <p>Declaraciones interpretativas en el sentido de que:</p> <p>La jurisdicción arbitral debe ser compatible con las obligaciones de derechos humanos adquiridas por Colombia.</p> <p>Las reglas de transparencia de la CNUDMI no deben ser optativas y debe existir un derecho especial de participación de comunidades indígenas en el trámite del arbitraje internacional.</p> <p>La jurisdicción arbitral debe adoptar un estándar de escrutinio deferente hacia las decisiones de la Corte Constitucional.</p>

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿El mecanismo de arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante, previsto por el artículo 15 sub examine, es compatible con la Constitución Política?, ¿este mecanismo de arreglo de diferencias viola el principio de igualdad previsto por el artículo 13 de la CP, en tanto implicaría un privilegio a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas colombianos?, ¿las reglas sobre transparencia, previstas por el numeral 12, vulneran el principio de publicidad de las actuaciones judiciales prescrito por el artículo 228 de la CP? y ¿las reglas de indemnización, previstas por el numeral 15, vulneran los artículos 13, 90 y 334 de la CP?

El artículo prevé 24 numerales[753] en los cuales regula el mecanismo de arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante. Al respecto, dispone que cualquier diferencia

entre estos sujetos en la que se alegue que una Parte Contratante ha violado una obligación de este Acuerdo[754] y, en consecuencia, le ha generado un perjuicio al inversionista, será resuelta de manera amigable entre las dos partes implicadas, por vía de los recursos no jurisdiccionales (núm. 1). Esta etapa se inicia con "la notificación de la diferencia"[755] enviada por el inversionista a la Parte receptora de la inversión (núm. 2).

Prescribe que, en caso de no resolverse la controversia de manera amigable dentro de 6 meses a partir de su notificación, el inversionista puede presentarla[756]: (i) al tribunal competente de la Parte Contratante parte de la diferencia, o, tras un preaviso de 180 días[757], (ii) a un tribunal de arbitraje ad hoc que se establecerá de conformidad con las Reglas de Arbitramento de la CNUDMI, (iii) a un tribunal de arbitraje del CIADI, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965, o, finalmente, (iv) a un tribunal de arbitraje establecido bajo otras reglas de arbitraje o bajo otra institución de arbitraje según lo acordado por las partes contendientes (núm. 4). Si el inversionista implicado en la diferencia es una persona física que posee la doble nacionalidad francesa y colombiana, únicamente podrá acudir a una corte nacional (núm. 5).

Además, estipula que (i) el laudo será definitivo y obligatorio para las partes de la diferencia (núm. 9), (ii) el inversionista no puede presentar una solicitud de arbitraje si han transcurrido más de 4 años a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la presunta vulneración del Acuerdo (núm. 10), (iii) ninguna de las Partes Contratantes brindará su protección diplomática respecto a una diferencia que uno de sus inversionistas y la otra Parte Contratante hubieran sometido a arbitraje, a menos que dicha Parte Contratante no haya ejecutado o respetado la sentencia o el laudo (núm. 11), y (iv) sujeto al acuerdo de las partes contendientes, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a los arbitrajes iniciados en virtud del presente artículo y, si dentro de un año después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, cualquiera de las Partes Contratantes no se opone, las reglas de la CNUDMI sobre transparencia aplicarán automáticamente (núm. 12).

Este artículo prescribe que (i) a solicitud de parte, el tribunal podrá decidir sobre las cuestiones preliminares de competencia o admisibilidad, tan pronto como sea posible (núm. 13), (ii) en este caso, si determina que la demanda es "frívola", condenará al demandante en costas (núm. 14), y (iii) el laudo deberá exponer las conclusiones de hecho y de derecho, junto con las razones de su decisión y, a solicitud del demandante, ordenar (a) la indemnización pecuniaria[758], (b) la restitución[759] y (c) cualquier otra forma de alivio[760] (núm. 15). A su vez, determina que el tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de la medida en derecho interno.

Este artículo estipula además que (i) salvo pacto en contrario, el tribunal estará compuesto por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y un tercero, quien presidirá el tribunal, designado de común acuerdo por las partes contendientes (núm. 18)[761], (ii) los árbitros deberán: (a) tener experiencia o experticia en derecho internacional público, en derecho internacional de inversiones, o en el arreglo de diferencias derivadas de acuerdos internacionales de inversión y (b) ser independientes de las Partes Contratantes y del demandante, y no estar vinculados ni recibir instrucciones de ninguno de ellos. Regula, además, lo relativo a la recusación de los árbitros (núm. 21) y sus honorarios (núm. 21).

Además, este artículo instituye que, a solicitud de cualquiera de las partes en la diferencia, el tribunal, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará a las partes su

propuesta al respecto. Dentro del plazo de 30 días después de comunicada dicha propuesta de decisión, las partes en la diferencia pueden presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de la misma. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo final a más tardar a los 60 días siguientes a la comunicación de tal propuesta. Por último, este artículo regula lo relativo a la acumulación de reclamaciones (núm. 23 y 24).

Conforme lo ha decidido en anteriores ocasiones[762], la Corte considera que esta cláusula de arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante prevista en el artículo sub examine es compatible con la Constitución Política. Tal como lo ha señalado en tales decisiones, la Corte advierte que esta cláusula (i) crea mecanismos procesales adecuados y pacíficos para la solución de controversias relativas a la ejecución del tratado y (ii) es compatible con el deber de promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas previsto por el artículo 226 constitucional.

Las reglas relativas a la delimitación de las diferencias frente a las cuales aplican los mecanismos previstos en esta cláusula (núm. 1 y 2) son conformes con la Constitución Política. En este sentido, en la sentencia C-377 de 2010, la Corte sostuvo que esta cláusula se ajustaba a la Constitución Política, en tanto se limitaba a las controversias relacionadas con las obligaciones del APPRI. Sobre este particular, señaló que, "en cuanto a las controversias que se presenten entre un Estado Parte y un inversionista, se observa que su sometimiento a arbitramento internacional salvaguarda la soberanía nacional, en la medida en que dichas controversias sólo pueden relacionarse con la aplicación [del Acuerdo]. Descartándose la posibilidad de solucionar conflictos de otra índole que por su naturaleza necesariamente deben solucionarse a través de las instancias internas"[764].

A su vez, las reglas sobre el arreglo amistoso y los recursos no jurisdiccionales, como etapa previa para la solución de las diferencias (núm. 3 y 4), también resultan compatibles con la Constitución Política. Al respecto, la Corte ha señalado que "la necesidad de (...) de recurrir a un acuerdo amistoso, tras lo cual, subsistiendo la divergencia, pueda acudir a un tribunal local o a un tribunal de arbitramento demuestra la intención del Acuerdo de someter las controversias"[765] a una etapa de arreglo directo, amigable y pacífico, esto es, de autocomposición, para evitar el litigio, lo cual resulta compatible con la Constitución.

El sometimiento de la diferencia ante los tribunales locales no da lugar a cuestionamiento alguno de constitucionalidad (núm. 4). Tampoco el sometimiento de la diferencia ante tribunales de arbitraje, habida cuenta de que el artículo 116 de la Constitución Política expresamente prevé que "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". En este sentido, desde la sentencia C-358 de 1996, la Corte ha considerado 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"[766] y a "los principios de solución pacífica de diferencias del actual derecho internacional económico, en términos del artículo 9 superior".

La Corte también advierte que la regla prevista por este numeral es conforme con el artículo 13 de la CP. Lejos de lo sostenido por una interviniente, esta regla no vulnera el derecho a la igualdad de los inversionistas nacionales al otorgarle un trato privilegiado a los extranjeros. Esto, por cuanto, tal como lo señaló la ANDJE, el criterio de comparación aplicable a esta regla es el alcance de los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros de ambos Estados y, por tanto,

los grupos comparables, a la luz de esta regla, son los inversionistas franceses en Colombia y los colombianos en Francia. Frente a este criterio de comparación y en relación con estos sujetos comparables, la Corte constata que el trato previsto por el numeral 4 de este artículo es igualitario (art. 13 de la CP). A su vez, la Corte evidencia que justamente la regla prevista en el numeral 5, según la cual el inversionista que cuenta con doble nacionalidad solo puede acudir a las cortes locales, busca garantizar un apropiado uso de esta cláusula y, por tanto, evitar un eventual trato discriminatorio en contra del inversionista nacional que no tiene la referida doble nacionalidad. Por esta razón, esta regla también es conforme con la Constitución Política.

Las reglas previstas entre los numerales sexto y undécimo tampoco dan lugar a cuestionamiento de constitucionalidad alguno. Ningún contenido de la Constitución resulta siquiera comprometido con (i) el carácter definitivo de la elección de uno u otro procedimiento por parte del inversionista (núm. 6), (ii) las reglas sobre la notificación de intención (núm. 7), (iii) el consentimiento de las partes, irrevocable y anticipado, para que las diferencias puedan someterse a los procedimientos arbitrales (núm. 8), (iv) el carácter definitivo y obligatorio del laudo (núm. 9), (v) el término de caducidad de 4 años para presentar la solicitud de arbitraje (núm. 10) y (vi) el compromiso de las Partes de no brindar protección diplomática respecto de una diferencia, salvo que la Parte demandada no haya ejecutado o respetado la sentencia. Por el contrario, la Corte advierte que estos dispositivos garantizan de manera razonable el principio de debido proceso en tales actuaciones.

Por su parte, el primer inciso del numeral 12 de este artículo prevé que "sujeto al acuerdo de las partes contendientes, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a los arbitrajes iniciados en virtud del presente artículo". El segundo inciso de este numeral dispone que dichas reglas se aplicarán automáticamente si alguna de las Partes Contrantes no se opone dentro del año siguiente a la entrada en vigor de este APPRI. Esta regulación es compatible con el artículo 228 de la Constitución Política, en particular, con el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Al respecto, el artículo 228 constitucional dispone que, por regla general, las actuaciones judiciales "serán públicas (...) con las excepciones que establezca la ley". El principio de publicidad "impone a las autoridades judiciales y administrativas, el deber de hacer conocer a los administrados y a la comunidad en general, todos los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones"[768]. Este principio, además, "(i) sirve de herramienta de control a la actividad judicial, en la medida en que garantiza los derechos de contradicción e impugnación, destinados a corregir las falencias en que incurre el juzgador; (ii) otorga a la sociedad, un medio para preservar la transparencia y razonabilidad de las decisiones judiciales que no estén sometidas a reserva; y (iii) conduce al logro de la obediencia jurídica en un estado democrático".

El referido reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados en el marco de un tratado se expidió por la Asamblea General de la CNUDMI[770], habida cuenta del "interés público al que afectan arbitrajes de esa índole", así como en aras del "establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza". Con tales finalidades, contiene 8 artículos que disponen medidas de transparencia y publicidad en los procesos de arbitraje internacional de inversiones[771], en sus distintas etapas procesales y actuaciones, incluida la regulación de los escritos presentados por terceros y por las partes del tratado que no sean litigantes. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la integridad del derecho aplicable a la

diferencia[772] y de la protección de la información confidencial y protegida[773], entre otros.

En este contexto, la aplicación del referido reglamento es compatible con el principio de publicidad previsto por el artículo 228 de la Constitución Política, en la medida en que contiene medidas de transparencia en los procesos de arbitraje internacional de inversiones. A su vez, para la Corte no resulta irrazonable que su aplicación se someta al acuerdo entre las partes contendientes, habida cuenta de que el inciso 2 de este numeral expresamente prevé que si las partes contratantes no se oponen a la aplicación de este reglamento dentro del año siguiente a la entrada en vigor del APPRI, "las reglas de la CNUDMI sobre transparencia aplicarán automáticamente". Para la Corte este término resulta a todas luces razonable, en atención a que, según el artículo 18, este Acuerdo "estará en vigor por un período inicial de diez años" y que, en todo caso, "las inversiones realizadas cuando estaba en vigor continuarán gozando la protección de sus disposiciones por un período suplementario de quince años". Así las cosas, el término de 1 año después de la entrada en vigor del APPRI para la aplicación automática de las reglas de transparencia resulta razonable, habida cuenta del término de vigencia del acuerdo y del lapso en el que, una vez cese su vigencia, surtirá efectos.

Las reglas previstas por los numerales 13 y 14, relativas a la admisibilidad y a la condena en costas en casos de demandas "frívolas", tampoco dan lugar a cuestionamientos de constitucionalidad. A su vez, la Corte advierte que las reglas relativas al contenido del laudo (núm. 15) también son compatibles con la Constitución Política, en tanto regulan de manera clara las específicas formas de alivio que podrá ordenar el tribunal a solicitud del demandante. Ahora bien, en relación con el límite de las indemnizaciones ordenadas en los laudos proferidos por los tribunales internacionales de inversiones, la Corte advierte que el artículo 6 limita el monto de la indemnización "al valor real de las inversiones en cuestión", con lo cual, al igual que a los inversionistas locales en Colombia, a los franceses se les indemnizarán las pérdidas que sufran como consecuencia de daños antijurídicos imputables al Estado, de conformidad con lo previsto por el artículo 90 de la CP.

Por lo demás, la Corte advierte que las reglas relativas al límite de la competencia del tribunal para llevar a cabo juicios de legalidad de las medidas en derecho interno (núm. 16), la notificación de la diferencia (núm. 17), la composición del tribunal (núm. 18), los requisitos para la selección de los árbitros (núm. 19), las recusaciones en su contra (núm. 20), sus honorarios (núm. 21), la comunicación previa de la propuesta de la decisión (núm. 22) y la acumulación (núm. 23 y 24) son compatibles con la Constitución Política.

Las solicitudes formuladas por los intervinientes ameritan especiales consideraciones. Primero, para la Corte resulta inocuo e innecesario dictar orden alguna en el sentido de que, como lo solicita un interviniente, "la jurisdicción arbitral debe ser compatible con las obligaciones de derechos humanos adquiridas por Colombia". Esto, por cuanto, de suyo, tales órganos, así como cualquier cuerpo jurisdiccional a nivel internacional, tienen como fuente de derecho todas "las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes", de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dentro de tales convenciones se encuentran, por supuesto, las de derechos humanos, con lo cual la solicitud de condicionamiento referida pierde su razón de ser.

Segundo, en relación con la solicitud de declaración interpretativa en el sentido de que "las reglas de transparencia de la UNCITRAL no deben ser optativas y debe existir un derecho especial de participación de comunidades indígenas en el trámite del arbitraje internacional", la Corte reitera que: (i) como se señaló en los párr. 379 y ss., no resulta irrazonable que la

aplicación de tales reglas se someta a acuerdo entre las partes contendientes, habida cuenta de que el inciso 2 de este numeral expresamente prevé que si las partes contratantes no se oponen a la aplicación de este reglamento dentro del año siguiente a la entrada en vigor del APPRI, "las reglas de la CNUDMI sobre transparencia aplicarán automáticamente" y (ii) la participación de terceros en los tribunales de arbitraje internacional de inversiones está garantizada en tales reglas[774], así como en los reglamentos de la CNUDMI[775] y de CIADI[776]. Por lo tanto, la declaración interpretativa solicitada, en relación con la participación de terceros, resulta inocua e innecesaria.

Tercero, la solicitud relativa a la declaración interpretativa en el sentido de que "la jurisdicción arbitral debe adoptar un estándar de escrutinio deferente que refleje consideración hacia las decisiones de la Corte Constitucional" también resulta innecesaria, en atención a lo decidido frente a los estándares sustanciales del tratado. En efecto, la Corte advierte que, tal como se señaló en los párr. 247 y ss, la aplicación de los distintos estándares previstos por el tratado implica una especial deferencia al Estado en su integridad (incluida la Corte Constitucional) para efectos de adoptar las medidas que considere razonables y apropiadas para garantizar el orden público, proteger los derechos y alcanzar los objetivos legítimos de política pública. Con esto, por contera, se garantiza que los tribunales de arbitraje también guarden una especial deferencia a las decisiones de la Corte Constitucional.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declarará exequible el artículo 15 del tratado sub examine.

Otra disposición (art. 16)

El texto del artículo 16 es el siguiente:

"Artículo 16. Otra disposición.

Cuando las leyes de una de las Partes Contratantes, o las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo, contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, estas disposiciones aplicarán en la medida en que sean más favorables".

El 23 de octubre de 2017, las Partes Contratantes suscribieron una Declaración Interpretativa Conjunta sobre el artículo 16. En este documento declararon que:

"1. Las 'obligaciones emanadas del derecho internacional' mencionadas en el artículo 16 del Acuerdo se refieren a tratados suscritos por ambas Partes Contratantes;

2. El artículo 16 del Acuerdo no se interpretará como una cláusula de estabilidad jurídica de las leyes y regulaciones domésticas o de las obligaciones internacionales de las Partes Contratantes;

3. Un puro incumplimiento contractual entre una parte contratantes y un inversionista de la otra parte no equivale a un incumplimiento de las disposiciones sustanciales del Acuerdo".

Concepto del Procurador

El Procurador señaló que esta disposición "es violatoria de la premisa constitucional de la conveniencia nacional que (...) por falta de elemental claridad en su contenido debido a que fue pactada en forma universalmente abierta, puesto que significa que todas las disposiciones

existentes en el derecho internacional y las futuras que contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas un trato más favorable que el previsto en el Acuerdo, se les deben aplicar a los inversionistas franceses y a sus inversiones"[777]. Resaltó, además, que esta obligación vulnera el principio constitucional de conveniencia nacional, dado que (i) "Francia es uno de los países más ricos del mundo y, por ende, para el presente caso su capacidad potencial de inversión en Colombia resulta mucho mayor que la Colombia en Francia"[778] y (ii) "lo pactado en la cláusula que se analiza podría hacerse extensivo al resto de estados con los cuales Colombia haya celebrado o celebre en el futuro tratados de protección y fomento de inversiones, con base en la cláusula de nación más favorecida".

En su criterio, la declaración interpretativa conjunta suscrita por los representantes de ambos gobiernos "no resuelve el problema que aquí se plantea porque la falta de claridad e inseguridad jurídicas se mantiene en la medida que esto significa que todas las disposiciones existentes en los tratados suscritos **por** Colombia o **por** Francia, bien sea cada Estado por separado con terceros países o con organismos internacionales públicos, ora bien entre Colombia y Francia, vigentes y las futuras que contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas un trato más favorable que el previsto en el Acuerdo, se les deben aplicar a los inversionistas franceses y a sus inversiones"[780] (Resaltado original).

Dado lo anterior, solicitó a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de este artículo, bajo el entendido de que "1. Las 'obligaciones emanadas del derecho internacional' mencionadas en el artículo 16 del Acuerdo se refieren a tratados suscritos **UNICAMENTE ENTRE** ambas Partes Contratantes, lo que excluye las obligaciones internacionales pactadas entre Francia y terceros países **para ser aplicadas en Colombia** y las obligaciones internacionales pactadas entre Colombia y terceros países **para ser aplicadas en Francia**; 2. El artículo 16 del Acuerdo no se interpretará como una cláusula de estabilidad jurídica de las leyes y regulaciones domésticas o de las obligaciones internacionales de las Partes Contratantes; 3. Un puro incumplimiento contractual entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra parte no equivale a un incumplimiento de las disposiciones sustanciales del Acuerdo, impartiendo al Presidente de la República la orden de emitir la correspondiente declaración interpretativa al respecto"[781] (Resaltado y subrayado originales).

Intervenciones

Doce intervinientes se pronunciaron sobre esta cláusula y la declaración interpretativa suscrita al respecto. Dos solicitaron la exequibilidad de este artículo[782]; tres, su inexecuibilidad[783]; dos, conceptuaron sobre el contenido de esta cláusula, sin formular solicitud alguna[784] y cinco se refirieron al alcance y a la justificación de la declaración interpretativa.

La UNAB señaló que este artículo es compatible con la Constitución Política, en tanto "es una extensión del Trato de Nación más favorecida"[786]. Sebastián Mantilla Blanco solicitó que se declare la exequibilidad del artículo 16. Resaltó que "el artículo 16 del APPRI contiene una cláusula, usual en tratados de inversión, que se conoce como cláusula de no derogación (non-derogation clause) o cláusula de trato más favorable (more favourable treatment clause)"[787]. Afirmó que estas cláusulas "han estado presentes en acuerdos de inversión desde sus orígenes" y que su objetivo es "evitar que el acuerdo de inversión fuera interpretado como el límite superior de la protección que goza el inversionista extranjero"[788]. Señaló que el propósito de esta cláusula es "zanjar posibles conflictos o incompatibilidades entre un acuerdo de inversión y disposiciones externas al tratado que resulten aplicables a un inversionista cobijado por el acuerdo [lo cual] se resuelve en favor de la norma que resulte más favorable al

inversionista"[789]. En este sentido, concluyó que esta cláusula no "tiene el efecto de imponer al Estado nuevas obligaciones, o de conceder al inversionista derechos adicionales"[790]. Finalmente, advirtió que la declaración interpretativa fijó el alcance de esta disposición y dispuso que se limita a "(i) el caso de incompatibilidades entre el APPRI y disposiciones de derechos nacional; y (ii) el caso de incompatibilidades entre el APPRI y otros tratados suscritos por Colombia y Francia. De esa manera, por ejemplo, la aplicación prevalente del derecho más favorable al inversionista no opera cuando el trato más favorable se deriva exclusivamente de normas de derecho internacional consuetudinario".

En su escrito de intervención ciudadana, José Manuel Álvarez solicitó la inconstitucionalidad del artículo 16. Esta solicitud se fundó en que "Colombia se ha comprometido a asumir obligaciones internacionales a favor de ese país y sus inversionistas, contenidos en todo tipo de instrumentos internacionales donde no ha sido parte Colombia. O peor aún, asumir obligaciones internacionales de las que disfruta el inversionista francés en cualquier país donde el inversionista tenga sede o realice negocios, así Colombia no tenga APPRI con esos países"[792]. Asimismo, resaltó que este artículo atenta contra la independencia nacional (art. 2) y la soberanía nacional (art. 9), dado que "obligan a Colombia frente a todo el derecho internacional pasado y futuro, lo cual deja sin margen de acción para defender la autonomía e independencia nacional y violan el principio de soberanía nacional, al despojar del poder de consentir o no al derecho internacional que voluntariamente podría aceptar que se le aplique mediante negociaciones internacionales"[793]. A su vez, resaltó que esta cláusula "no se encuentra en los acuerdos de inversión de Colombia con Estados Unidos, Canadá, Turquía, China, ni en el Acuerdo de la Alianza del Pacífico. Y en los pocos tratados en los cuales fue pactada, la redacción es limitada, por lo tanto su alcance (sic)".

En su intervención en la audiencia, este interviniente también resaltó que la declaración interpretativa es inconstitucional por dos razones. Primero, porque "es una modificación del artículo 16 del Tratado (...) [esto es] modifica el alcance de la obligación"[794]. Por lo tanto, ha debido suscribirse un Protocolo que debería surtir el mismo trámite que el Protocolo modificador del TLC con los Estados Unidos. La nota interpretativa "carece de validez porque modifica la obligación y no surtió el trámite constitucional completo, es decir, no pasó por el Congreso"[795]. Segundo, los tribunales de arbitraje "han rechazado las notas interpretativas que realizan modificaciones a las obligaciones originales y han señalado que corresponden a reformas del tratado que deben seguir el procedimiento doméstico necesario para que sea efectiva, en el caso *Pop and Talbet v Canadá* (2002)".

La UROSARIO señaló que el artículo 16 "hace del tratado con Francia, un convenio que cada vez será más amplio (...) Esto también aplicaría para cualquier obligación emanada del derecho internacional pues el artículo ni siquiera hace referencia a obligaciones que hayan aceptado las Partes Contratantes. Haciendo una interpretación literal o exegética de este artículo, pareciera que inclusive un tratado de protección de inversión firmado con cualquier otro país, de contener disposiciones más favorables, sería aplicable a la protección de inversionistas franceses en Colombia y viceversa (...) otorgando un estándar sin precedentes a los inversionistas franceses"[797]. En consecuencia, Colombia (i) podría estar expuesta a "futuras demandas por cantidades de dinero desmesuradas", (ii) "no podría negociar ningún tipo de acuerdo distinto al negociado con Francia" y (iii) no habría "certeza sobre las obligaciones que está adquiriendo".

La UEXTERNADO sostuvo que el artículo 16 "promueve la inseguridad jurídica y la pérdida de soberanía del Estado"[799]. Al respecto, señaló que "la disposición en mención permite que a

aquellas relaciones jurídicas que hayan nacido bajo los estándares de protección del tratado (...) se les aplique el derecho francés presente o futuro cuando dicho ordenamiento jurídico resulte más favorable para los inversionistas [por lo tanto, el Estado colombiano puede resultar] obligado a cumplir con dispositivos jurídicos que puedan ser incompatibles con nuestra Constitución y/o alguna(s) de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, so pena de incurrir en un hecho ilícito que genere una responsabilidad internacional en cabeza del Estado colombiano (...) esto supondría una situación de inseguridad jurídica absoluta"[800]. Adicionalmente, "establece que con el fin de garantizar un trato más favorable a los inversionistas, también es posible aplicar las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo"[801]. De nuevo "el principal inconveniente que surge [es] la indeterminación del derecho aplicable, pues al referirse a 'las obligaciones emanadas del derecho internacional' no existe claridad sobre cuál es el derecho internacional al que se hace referencia. (...) [lo que] se extiende no solo a las normas vigentes, sino también a las obligaciones internacionales que el futuro pudieran aparecer"[802]. Finalmente, alertó acerca de la extensión de esta cláusula a los inversionistas de terceros estados en virtud de la aplicación de la cláusula de la NMF, así como sobre la "pérdida de la autonomía regulatoria del Estado colombiano tanto internacional como nacionalmente".

Diana Correa manifestó que el artículo 16 "está ahí por algo, ya existe una cláusula de la nación más favorecida que es el artículo 5, tiene otro objetivo, hay que mirarlo con cuidado (...) pero como quiera esas obligaciones son las propias obligaciones que Colombia haya adquirido (...) no se trata de ir a pescar cualquier obligación en cualquier otro tratado"[804]. En su escrito, señaló, además, que esta cláusula funcionaría como una mezcla de la cláusula de NMF con una cláusula paraguas al hacer exigibles al Estado cualquier tipo de disposición (nacional o internacional) más favorable al inversionista[805]. Concluyó que esta disposición da lugar a que se incorpore cualquier obligación que Colombia hubiere adquirido y que sea más favorable al inversionista.

Rafael Rincón sostuvo que este artículo 16 contiene la denominada "cláusula de favorabilidad", por medio de la cual se busca que inversionistas o inversiones que se encuentren protegidas por este tratado accedan a condiciones más favorables que se encuentren en otros tratados internacionales o leyes domésticas[807]. Advirtió que este régimen de favorabilidad difiere de las cláusulas de NMF en el sentido de que no es necesario acreditar que el inversionista se encuentra en "condiciones similares" a un tercer inversionista para acceder a un régimen más favorable[808]. Señaló, además, que la suscripción de la declaración interpretativa implica, precisamente, que las medidas más favorables de las que pueden gozar los inversionistas franceses en Colombia y los inversionistas colombianos en Francia son aquellas que estén contenidas en la legislación interna de las Partes y en los tratados internacionales bilaterales –suscritos entre Francia y Colombia– o multilaterales –que hayan sido suscritos tanto por Francia como por Colombia–[809]. Es decir, las medidas más favorables para los inversionistas de las Partes serán aplicables únicamente si están contenidas (i) en la legislación interna de alguno de las Partes o (ii) en los acuerdos internacionales que hayan sido suscritos por ambas Partes.

El Embajador sostuvo que la declaración interpretativa fue suscrita "por solicitud del anterior gobierno colombiano" y expresó que "las obligaciones emanadas del derecho internacional" a las que alude el artículo 16 "son ahora aún más claramente definidas para cerrar la posibilidad a cualquier uso abusivo de dicha disposición". En este mismo sentido, la Cancillería señaló que la nota interpretativa sub examine "se suscribió para tener constancia sobre el espíritu del artículo 16 y la intención de los estados al negociarlo, en atención a los estándares jurisprudenciales a la luz de los cuales debería ser interpretada en el futuro"[811]. Esta nota "juega un papel

fundamental para efectos del presente acuerdo de inversión, toda vez que la cláusula consagrada presenta ciertas diferencias de traducción con su equivalente en francés"[812]. Así pues, esta nota "no pretende modificar las obligaciones consagradas en el Acuerdo, sino que por el contrario busca dar claridad respecto a cuál es su correcto entendimiento".

En su escrito de intervención para la audiencia, Alejandra Valencia también sostuvo que "el texto de la nota interpretativa conjunta en relación con el artículo 16 del tratado está dividida en dos segmentos claramente diferenciables: El preámbulo señala que la citada declaración se realiza en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que su objetivo principal es el de reafirmar el mutuo entendimiento entre las partes alcanzado al momento de negociar el instrumento (...) la parte dispositiva está compuesta por 3 numerales, los cuales buscan esclarecer de manera expresa y específica el alcance de los términos contenidos en el artículo 16, así como dilucidar los límites exegéticos de esta disposición, mediante la exclusión expresa de ciertas posibles interpretaciones que se le pudieran dar a la cláusula en mención"[814].

Nicolás Palau, en su calidad de Director de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual del MinCIT, resaltó que la declaración interpretativa conjunta se suscribió porque que en el Congreso se advirtió que la cláusula 16 "tenía una interpretación peligrosa o riesgosa en términos de demandas para el Estado colombiano"[815]. A su vez, sostuvo que esta declaración interpretativa es legítima a la luz del derecho internacional público. En su escrito, sostuvo que "la posición de una 'coma' (,) en lugares distintos de la disposición en ambos idiomas, permitía interpretar la disposición con sentidos distintos. Al respecto, se anotó que otros AII –especialmente con países europeos, donde esta cláusula es muy común-, hacían explícita la interpretación 'positiva' –el derecho internacional aplicable debe ser aceptado por 'ambas partes'–, mientras que el texto en español del APPRI con Francia no lo hacía. Precisamente por ello y en aras de solventarla, Colombia y Francia firmaron el 23 de octubre de 2017, a través de sus representantes oficiales, una declaración interpretativa conjunta sobre el Acuerdo".

En síntesis, los argumentos que presentaron los intervinientes sobre este artículo son:

Argumentos relevantes sobre el artículo 16	
Exequibilidad	<p>lo es una extensión de la cláusula de NMF.</p> <p>Es una cláusula de favorabilidad, propia de este tipo de tratados. Tiene por objeto resolver conflictos entre normas aplicables al inversionista y no "tiene el efecto de imponer al Estado nuevas obligaciones, o de conceder al inversionista derechos adicionales".</p> <p>Las medidas más favorables para los inversionistas de las Partes serán aplicables únicamente si están contenidas (i) en la legislación interna de alguno de las Partes o (ii) en los acuerdos internacionales que hayan sido suscritos por ambas Partes.</p>
Inexequibilidad	<p>Colombia asume todas las obligaciones a favor de inversionistas franceses contenidos en todo tipo de instrumentos internacionales en los cuales el país no ha sido parte, con lo cual se vulnera la soberanía y la independencia nacionales.</p> <p>Dado lo anterior, no existe certeza acerca de cuáles obligaciones adquiere Colombia en este APPRI, con lo cual se afecta la seguridad jurídica.</p>

	<p>Esta disposición permite que a aquellas relaciones jurídicas que hayan nacido bajo los estándares de protección del tratado se les aplique el derecho francés presente o futuro.</p> <p>La declaración interpretativa no es válida, porque (i) modifica el contenido de la cláusula y (ii) por tanto, ha debido someterse a aprobación del Congreso.</p>
Justificación de la declaración interpretativa	<p>pretende modificar el contenido de las obligaciones.</p> <p>Se suscribió, a solicitud del Gobierno colombiano, para enmendar un error en la traducción del artículo.</p>

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 16 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política? Dadas las intervenciones en el presente asunto, la Corte también responderá el siguiente problema: ¿La expresión "emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo" vulnera la soberanía nacional (art. 9 de la CP) y el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP)?

La Corte advierte que este artículo prevé la cláusula de favorabilidad. Según esta cláusula, se aplicarán, "en la medida en que sean más favorables", las disposiciones previstas en (i) "las leyes de una de las Partes Contratantes" o en (ii) "las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo", generales o específicas, que otorguen a los inversionistas "un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo". Por su parte, la declaración interpretativa conjunta aclaró que (i) la expresión "obligaciones emanadas del derecho internacional" se refiere "a tratados suscritos por ambas Partes Contratantes", (ii) este artículo "no se interpretará como una cláusula de estabilidad jurídica de la regulación doméstica o de las obligaciones internacionales de las Partes Contratantes y (iii) "un incumplimiento contractual entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte no equivale a un incumplimiento de las disposiciones sustanciales del Acuerdo".

La Corte constata que todos los reparos formulados por los intervinientes en contra de esta cláusula fueron superados mediante la suscripción de la declaración interpretativa conjunta de 23 de octubre de 2017 entre el Gobierno colombiano y el Gobierno francés. Tal como lo advirtió el Gobierno Nacional, si bien la redacción de la expresión "obligaciones emanadas del derecho internacional" resultaba indeterminada y, por tanto, riesgosa en el marco de futuras demandas, lo cierto es que, con la declaración interpretativa conjunta, su contenido es determinado y, en consecuencia, satisface los principios de seguridad jurídica y soberanía nacional. El primero, por cuanto las autoridades nacionales pueden saber cuáles son las obligaciones a las que esa expresión normativa alude, esto es, a las previstas en "tratados suscritos por ambas Partes Contratantes". Lo segundo, porque, en estos términos, dicha cláusula no somete al Estado colombiano a normas internacionales respecto de las cuales no ha otorgado su consentimiento; por el contrario, lo somete a las normas previstas en tratados ratificados por "ambas Partes Contratantes".

A su vez, la Corte descarta por irrazonable la interpretación de esta cláusula, según la cual, Colombia estaría sometida a la legislación francesa. Esto, por cuanto, en el contexto normativo del artículo 16, la expresión "las leyes de una de las Partes Contratantes" alude a las leyes del país receptor de la inversión que sean más favorables al inversionista. La interpretación propuesta por el interviniente es, a juicio de la Corte, contravidente por ser contraria al principio

de buena fe, así como al objeto, naturaleza y finalidades de los APPRI y de las cláusulas de favorabilidad incluidas en estos instrumentos.

Por lo demás, la Corte ha declarado exequibles cláusulas similares previstas en otros APPRI[816]. Tras analizarla junto con los principios de TJE, TN y NMF, la Corte ha concluido que esta cláusula (i) se justifica en el principio de igualdad y no discriminación[817], así como en el principio de "Pacta Sunt Servanda al que están sometidas las Partes al adquirir obligaciones en virtud de cualquier Convenio escrito entre agencias del Estado y un inversionista de la otra Parte"[818], (ii) "introduce una regla de favorabilidad, según la cual, si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones del derecho internacional actuales o establecidas con posterioridad entre las Partes Contratantes, derivan reglas más favorables para el inversionista, que las previstas en el Acuerdo que se analiza, las mismas prevalecerán"[819], y (iii) "resulta compatible con el principio inspirador de la integración económica, en cuanto que da la bienvenida a posibles avances en la dinámica de la inversión foránea en el país".

Ahora bien, la Corte se pronunciará sobre los cuestionamientos relacionados con la declaración interpretativa conjunta, a saber: (i) que carece de validez, por cuanto modifica el contenido de las obligaciones y (ii) que debió aclarar que la expresión normativa se refería a tratados "únicamente entre ambas partes contratantes, lo que excluye las obligaciones internacionales pactadas entre Francia y terceros países para ser aplicadas en Colombia y las obligaciones internacionales pactadas entre Colombia y terceros países para ser aplicadas en Francia". Frente a lo primero, la Corte considera que la declaración interpretativa conjunta es válida, en la medida en que fue suscrita por los representantes de ambas Partes Contratantes y no contiene nuevas obligaciones ni modifica las previstas en el tratado, solo tiene por objeto delimitar el alcance de la expresión "obligaciones emanadas del derecho internacional". Frente a lo segundo, para la Corte es claro que la expresión "tratados suscritos por ambas Partes Contratantes", incluida en la declaración interpretativa, circunscribe su alcance de manera tal que la limita a aquellas previstas en instrumentos internacionales en los que Francia y Colombia sean partes. Esta es, a juicio de la Corte, la interpretación de esta declaración interpretativa conforme al principio de buena fe (preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Por último, la Corte considera que también se ajustan a la Constitución Política las aclaraciones incluidas en la declaración interpretativa, en el sentido de que (i) este artículo "no se interpretará como una cláusula de estabilidad jurídica de" la regulación doméstica o de las obligaciones internacionales de las Partes Contratantes y que (ii) "un incumplimiento contractual entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte no equivale a un incumplimiento de las disposiciones sustanciales del Acuerdo". Lo primero salvaguarda las competencias regulatorias de las autoridades nacionales y lo segundo no es incompatible con ningún contenido de la Constitución.

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 16 del tratado sub examine.

Arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes (art. 17)

El texto del artículo 17 es el siguiente:

"Artículo 17. Arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes.

1. Las diferencias relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo serán solucionadas, en la medida de lo posible, por vía diplomática.

2. Si la diferencia no ha sido solucionada dentro de un período de seis meses a partir de la fecha en que la cuestión fue planteada por cualquiera de las Partes Contratantes, puede ser sometida a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes a un tribunal de arbitraje **ad hoc**, de conformidad con las disposiciones de este artículo.

3. Dicho tribunal será creado de la siguiente manera para cada caso concreto: cada Parte Contratante nombrará a un árbitro y los dos árbitros así nombrados nombrarán por acuerdo mutuo a un nacional de un tercer país con el cual ambas Partes Contratantes tengan relaciones diplomáticas quien será designado Presidente del tribunal por las Partes Contratantes. Todos los árbitros deben ser nombrados dentro de tres meses a partir de la fecha de notificación por una Parte Contratante de su propósito de someter la diferencia al arbitraje.

4. Si no se hubieren cumplido los períodos indicados en el numeral 3 supra, cualquiera de las Partes Contratantes, a falta de cualquier otro acuerdo invitará al presidente de la Corte Internacional de Justicia a que efectúe los nombramientos necesarios. Si el presidente de la Corte Internacional de Justicia fuere nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, o si de otra manera no pudiese desempeñar dichas funciones, el Vicepresidente más antiguo que no fuere nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, efectuará los nombramientos necesarios.

5. El tribunal llegará a sus decisiones por mayoría de votos. Estas decisiones serán definitivas y jurídicamente obligatorias para las Partes Contratantes.

6. El tribunal fijará su propio reglamento. Interpretará el laudo a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes. A menos que fuere decidido de otra manera por el tribunal, de acuerdo con circunstancias especiales, las costas legales, que incluyen la remuneración de los árbitros serán repartidas por partes iguales entre las dos Partes Contratantes.

7. El tribunal decidirá sobre la base de las disposiciones de este Acuerdo y de los principios del Derecho Internacional aplicables en la materia". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible esta disposición. Señaló que este mecanismo de solución de controversias "responde al fin esencial del Estado colombiano de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en este caso a partir de la libertad de pactar en el campo del derecho internacional con base en el principio de soberanía nacional, de acuerdo con lo establecido al respecto en los artículos 2 y 9 de la Carta Política"[821].

Intervenciones

El MinCIT[822] y la Cancillería[823] y la UNAB[824] se limitaron a describir el contenido de esta disposición y solicitaron su exequibilidad.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 17 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

La Corte advierte que este artículo regula el mecanismo de arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes. Contiene 7 numerales. El primero dispone que las diferencias relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo serán solucionadas, en la medida de lo posible, por la vía diplomática. El segundo prevé que la diferencia entre las Partes Contratantes puede ser

sometida a un tribunal de arbitraje ad hoc, siempre que no haya sido solucionada dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que fue planteada por cualquiera de las Partes.

Los cinco siguientes numerales prescriben las reglas de creación y funcionamiento del tribunal, así: (i) cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros, por mutuo acuerdo, a un tercer árbitro, quien será nacional de un tercer país con el cual ambas Partes tengan relaciones diplomáticas y ejercerá la función de Presidente del tribunal; (ii) todos los árbitros deben ser nombrados dentro de tres meses a partir de la fecha de notificación por una Parte Contratante de su propósito de someter la diferencia a arbitraje; (iii) en caso de que no se cumpla tal término, cualquiera de las Partes solicitará al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que efectúe los nombramientos necesarios; (iv) si éste fuere nacional de alguno de los estados Parte, o si no pudiere ejercer tal función, se encargará al Vicepresidente más antiguo que no fuere nacional de cualquiera de las Partes Contratantes; (v) el tribunal adoptará sus decisiones por mayoría de votos, las cuales serán definitivas y obligatorias para las partes; (vi) el tribunal fijará su propio reglamento e interpretará el laudo a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes; (vii) salvo decisión en contrario, las costas serán repartidas por partes iguales entre las Partes Contratantes y, finalmente, (viii) el tribunal decidirá sobre "las disposiciones de este Acuerdo y de los principios del derecho internacional aplicables en la materia".

La Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución Política. Como lo ha sostenido en relación con artículos análogos o similares contenidos en varios APPRI[825], la Corte advierte que: (i) "el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre las Partes Contratantes (...) en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del Instrumento Internacional que es objeto de revisión"[826], (ii) "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"[827] para la resolución de las controversias entre los Estados Parte, y (iii) "las únicas controversias entre los Estados Parte que pueden ser sometidas a arbitramento son aquellas que versen sobre la aplicación o interpretación del convenio, descartando que puedan ventilarse asuntos que afecten los derechos de los nacionales o los intereses propios del Estado"[828]. Por lo demás, la Corte constata que no existe incompatibilidad alguna entre las reglas de creación y funcionamiento del tribunal, de un lado, y la Constitución Política, del otro.

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 17 del tratado sub examine.

Disposiciones finales (art. 18)

El texto del artículo 18 es el siguiente:

"Artículo 18. Disposiciones finales.

1. Cada Parte Contratante le notificará a la otra Parte Contratante de la terminación de los procedimientos internos exigidos relativos a la entrada en vigor del presente Acuerdo, el cual entrará en vigor un mes después del recibo de la última notificación.

2. Las Partes Contratantes pueden convenir enmendar el presente Acuerdo. Una vez se acuerde y se apruebe según los requisitos constitucionales de cada Parte Contratante, una enmienda constituirá parte integrante de este Acuerdo y entrará en vigor en la fecha en que las Partes Contratantes así lo acuerden.

3. El Acuerdo estará en vigor por un período inicial de diez años. Pasado este período, el Acuerdo permanecerá en vigor en lo sucesivo, a menos que una de las Partes Contratantes diere un aviso escrito de terminación con un año de antelación por vía diplomática.

4. En caso de denuncia del presente Acuerdo, las inversiones realizadas cuando estaba en vigor continuarán gozando la protección de sus disposiciones por un período suplementario de quince años". (Sic)

Concepto del Procurador

El Procurador solicitó que se declare exequible esta disposición. Señaló que estas reglas de vigencia se "ajustan al orden constitucional en materia de internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional"[829].

Intervenciones

El MinCIT[830], la Cancillería[831] y la UNAB[832] describieron el contenido de este artículo y solicitaron que se declare exequible.

Consideraciones de la Corte

Corresponde a la Corte responder el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 18 del tratado sub examine es compatible con la Constitución Política?

Este artículo prevé las reglas de (i) entrada en vigor del tratado, (ii) de su enmienda, (iii) de su vigencia y prórroga y, por último, (iv) de la protección de las inversiones en caso de denuncia del tratado. Sobre lo primero, dispone que el tratado entrará en vigor un mes después del recibo de la última notificación de las Partes Contratantes sobre la terminación de los procedimientos internos exigidos para el efecto. Sobre lo segundo, estipula que las Partes pueden enmendar el Acuerdo y que la enmienda entrará en vigor una vez se acuerde y se apruebe según los requisitos constitucionales de cada Parte Contratante. Sobre lo tercero, prescribe que el Acuerdo estará en vigor por un periodo inicial de diez años, pasado el cual "permanecerá en vigor en lo sucesivo, a menos que una de las partes diere un aviso escrito de terminación con un año de antelación por vía diplomática". Por último, instituye que, en caso de denuncia del tratado, las inversiones "realizadas cuando estaba en vigor, continuarán gozando de la protección de sus disposiciones por un periodo suplementario de quince años".

La Corte considera que este artículo es compatible con la Constitución Política. En efecto, la Corte ha declarado la exequibilidad de las cláusulas que prevén reglas para la entrada en vigor y ejecución de los APPRI[833], como quiera que "son necesarias para la aplicación y ejecución de cualquier instrumento de Derecho Internacional Público"[834] y que "es facultad de las partes en toda convención, bilateral o multilateral, a nivel privado, público, o en el campo de las relaciones internacionales, dejar definido cuándo principia la observancia de lo pactado y cuál habrá de ser el término de su duración"[835], entre otros.

Las reglas para enmendar el APPRI también son compatibles con la Constitución, en tanto reconocen que la enmienda deberá ser aprobada conforme a los requisitos constitucionales de cada Parte Contratante. Al respecto, la Corte ha señalado que "tales Instrumentos deberán someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación del Congreso de la República y revisión de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150-16,

189-2 y 241 de la Carta Política, siempre y cuando la enmienda cree nuevas obligaciones, modifique o adicione el Convenio inicialmente suscrito"[836]. A su vez, ha admitido la posibilidad de los Acuerdos simplificados cuando se trate de "acuerdos complementarios o de desarrollo de tratados ya incorporados a la legislación colombiana, en cuanto se trate de (...) instrumentos que buscan dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente y que no dan origen a obligaciones nuevas, ni excedan las ya contraídas por el Estado colombiano".

La Corte considera que el periodo de vigencia de 10 años para el APPRI sub examine es razonable. Esto, por cuanto extiende la protección del tratado dentro de un marco temporal apropiado para alcanzar los objetivos que se pretenden alcanzar con este instrumento. Ahora bien, la regla según la cual el APPRI "permanecerá en vigor en lo sucesivo, a menos que una de las partes diere un aviso escrito de terminación con un año de antelación por vía diplomática" tampoco resulta irrazonable, en tanto habilita a las partes a dar por terminado dicho tratado, con un aviso previo que deberá presentarse en un término prudencial. Sin embargo, la Corte resalta que la prórroga sucesiva de este tratado bajo ningún entendido exime al Presidente de la República de ejercer su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales y de evaluación de la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional de los tratados (arts. 189.2 y 226 de la CP). Así las cosas, en ejercicio de tal competencia, es deber del Presidente de la República evaluar periódicamente la conveniencia de este tratado y sus efectos en relación con los objetivos que busca alcanzar, para efectos de determinar si, transcurridos los 10 años iniciales, existen razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique que el tratado sub examine permanezca en vigor.

Por último, la Corte advierte que la extensión de la protección de la inversión por un periodo suplementario de 15 años en caso de denuncia del tratado resulta razonable y no desconoce contenido alguno de la Constitución Política. No es irrazonable, a la luz del principio de buena fe y confianza legítima, que se pacte este periodo para que, en el supuesto de denuncia del tratado, las inversiones llevadas a cabo puedan ser repatriadas, rescindidas o liquidadas y, por lo tanto, dicha decisión no surta efectos sorpresivos en relación con los inversionistas. En este mismo sentido, en relación con el artículo 17.4 del APPRI con India[838], la Corte consideró que "esta prórroga es razonable, si se tiene en cuenta que se trata de un Acuerdo internacional que busca promover las inversiones dentro de un marco de confianza y estabilidad económica y jurídica; 10 años de prórroga constituyen un término prudente para que las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la terminación del Acuerdo, sean repatriadas, rescindidas o liquidadas definitivamente (...) La Corte no encuentra que esta prórroga vulnere texto alguno de la Constitución, por el contrario, el mismo hace parte de los requerimientos propios de un Instrumento internacional destinado a promover relaciones económicas sobre bases de transparencia, equidad y reciprocidad".

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 18 del tratado sub examine.

SINTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte ejerció el control de constitucionalidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, el cual fue aprobado mediante la Ley 1840 de 12 de julio de 2017.

Dada la naturaleza de este asunto, la Corte formuló dos problemas jurídicos: (i) ¿el tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine satisficieron los requisitos formales previstos por

la Constitución Política y por la Ley 5 de 1992? y (ii) ¿el tratado internacional y la ley aprobatoria sub examine son compatibles con la Constitución Política? Para dar respuesta a este segundo problema jurídico, la Corte planteó problemas jurídicos específicos en relación con los contenidos de cada cláusula del tratado.

En relación con el primer problema jurídico, la Corte concluyó que el tratado y su ley aprobatoria cumplieron con los requisitos formales en sus fases (i) previa gubernamental, (ii) trámite ante el Congreso de la República y (iii) sanción presidencial y envío de las normativas a la Corte Constitucional. Los requisitos de cada fase se acreditaron de la siguiente manera: (i) en la previa gubernamental, la Corte constató que (a) la representación del Estado colombiano en la negociación, celebración y firma del tratado internacional fue válida; (b) el tratado internacional y la ley aprobatoria no debían someterse a consulta previa y (c) la aprobación presidencial y el sometimiento del tratado internacional a consideración del Congreso de la República se llevó a cabo conforme al artículo 189.2 de la Constitución Política; (ii) en el trámite ante el Congreso de la República, la Corte constató que (a) el proyecto de ley fue presentado por el Gobierno Nacional ante el Senado de la República, (b) fue publicado antes de darle trámite en la respectiva Comisión, (c) inició su trámite legislativo en la comisión constitucional competente, (d) en cada una de las cámaras se observaron las exigencias constitucionales y legales para su trámite, debate y aprobación, incluido el lapso entre debates previsto en el artículo 160 de la Constitución Política, y (e) no fue considerado en más de dos legislaturas; finalmente, (iii) en la sanción presidencial y el envío de las normativas a la Corte Constitucional, la Corte constató que (a) el Presidente de la República sancionó la ley aprobatoria del tratado el día 12 de julio de 2017 y (b) la remitió a la Corte el día 17 de julio del mismo año. En suma, el tratado sub examine y su ley aprobatoria satisficieron los requisitos formales previstos por la Constitución Política y la Ley 5 de 1992.

En relación con el segundo problema jurídico, la Corte estudió los siguientes asuntos: (i) la naturaleza, el alcance y los efectos del control de constitucionalidad material de los APPRI; (ii) la compatibilidad general del tratado y de sus finalidades con la Constitución Política y (iii) la constitucionalidad de cada uno de los artículos que integran (a) la Ley 1840 de 2017 y (b) el tratado en cuestión, junto con su protocolo y declaración interpretativa.

Compatibilidad general del tratado sub examine con la Constitución Política. La Corte analizó la compatibilidad del tratado sub examine, por medio de un juicio de razonabilidad. Al respecto, concluyó que (i) las finalidades globales del tratado internacional son compatibles con la Constitución Política, en tanto contribuyen a la materialización de los principios constitucionales (a) del Estado de derecho (art. 1 de la CP), (b) de la internacionalización de las relaciones económicas (arts. 226 y 227 de la CP) y (c) del desarrollo, el bienestar y la prosperidad económica y social (arts. 1, 2, 333 y 334 de la CP). La Corte también advirtió que (ii) el tratado, en su conjunto, es idóneo para cumplir sus finalidades, pues contiene las "cláusulas tipo sobre protección de la inversión", las cuales corresponden "a modelos preestablecidos de Convenio internacional, de estructura estándar" que las tres ramas del poder público han considerado como una "herramienta legítima" para alcanzar los fines antes descritos. Además, la celebración del tratado sí está justificada, pues, según las razones y la evidencia empírica aportada por el Gobierno Nacional y por otros actores a este proceso de constitucionalidad, la decisión de negociar este APPRI es compatible con la política pública exterior de Colombia.

A pesar de que el tratado es compatible de forma general con la Constitución Política, algunas interpretaciones posibles de sus disposiciones podrían resultar incompatibles con el mandato de

igual trato al inversionista y a las inversiones nacionales en Colombia respecto del inversionista extranjero, así como con la prohibición de discriminación en contra de los primeros. Este mandato derivado del principio de igualdad ha sido reconocido y garantizado por recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones. En consecuencia, la Corte declaró exequible el tratado y su ley aprobatoria, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.

La Corte también concluyó que los tres artículos que contiene la ley aprobatoria se ajustan a la Constitución Política. En cuanto a la constitucionalidad del articulado del tratado, los fundamentos jurídicos de la sentencia se sintetizan así:

Artículo 1. Definiciones. La Corte (i) examinó la compatibilidad del artículo con la Constitución y, en particular, (ii) evaluó si la expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" permite que los ciudadanos colombo-franceses se beneficien de este APPRI y, por tanto, vulnera el principio de igualdad. Además, (iii) estudió si la inclusión de la expresión "su espacio aéreo" en la definición del territorio de Colombia vulnera la Constitución Política. Frente al primer asunto, la Corte concluyó que el artículo prevé las definiciones técnicas necesarias para aplicar este APPRI, lo cual no amenaza ni vulnera contenido alguno de la Constitución Política. Frente al segundo asunto, constató que la expresión "personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes" no vulnera el principio de igualdad al beneficiar a los ciudadanos colombo-franceses, dado que (a) las disposiciones del APPRI que se refieren a derechos sustantivos no darán lugar a un trato más favorable injustificado para los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas nacionales, a la luz del condicionamiento dispuesto frente al tratado en su integridad, y (b) el artículo 15.5 del APPRI dispone que el inversionista colombo-francés en Colombia únicamente puede someter sus diferencias ante las cortes locales. Finalmente, frente al tercer asunto, constató que la inclusión de la expresión "su espacio aéreo" en la definición del territorio de Colombia y la omisión de este elemento en la definición del territorio de Francia no resulta contraria a la Constitución Política, dado que su definición es consecuencia del ejercicio de la soberanía de ambas Partes Contratantes, sin que esto comprometa contenido alguno de la Constitución.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Este artículo es compatible con la Constitución, habida cuenta de que: (a) la inclusión de las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigencia del APPRI "realiza el principio de igualdad, en cuanto se trata de garantías otorgadas por los Estados a los inversionistas tanto para iniciar como para mantener la inversión"; (b) la exclusión de las diferencias o reclamaciones que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigencia del APPRI garantiza el principio de irretroactividad; (c) la exclusión de capitales de origen ilícito y de cuestiones de naturaleza tributaria no desconoce componente alguno de la Constitución; (d) la adopción de medidas no discriminatorias en materia de seguros y del sistema financiero es necesaria para conservar la autonomía regulatoria de las autoridades competentes y es compatible con la Constitución, pues prevé las competencias de intervención y regulación de las autoridades; finalmente, (e) la expresión "las medidas que se tomen por motivos prudenciales que afecten la libre transferencia deberán ser temporales" respeta las competencias del Banco de la República para restringir la repatriación de dineros relacionados con las inversiones protegidas por el tratado y no las circunscribe "a límites temporales cerrados que impidan el ejercicio de la labor que le fue encomendada, lo cual no es admisible por la Constitución".

Artículo 3. Fomento y admisión de inversiones. Los dos numerales de este artículo son

exequibles, dado que (i) el compromiso de fomentar y admitir las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante "contribuye a la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y responde a claros motivos de conveniencia nacional (C.P., artículo 226)", y (ii) evaluar, de buena voluntad, las solicitudes migratorias de los nacionales de la otra Parte en relación con la "inversión efectuada" también contribuye a alcanzar los fines del acuerdo, sin afectar las competencias migratorias de las autoridades nacionales ni el artículo 100 de la Constitución Política.

Artículo 4. Estándar mínimo de trato - trato justo y equitativo. En relación con la cláusula de TJE, la Corte analizó (a) su compatibilidad con la Constitución Política, (b) si la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" vulnera los principios de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y de soberanía nacional (art. 9 de la CP) y (c) si las expresiones "inter alia" y "expectativas legítimas" vulneran el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y amenazan las competencias constitucionales de las autoridades nacionales. Sobre el primer asunto, la Corte advirtió que, en términos generales, y según ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje, la cláusula de TJE es compatible con la Constitución, pues responde a la necesidad de propiciar condiciones de seguridad jurídica para mejorar las relaciones relativas a la inversión extranjera. Respecto del segundo asunto, esto es, la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio", la Corte concluyó que la indeterminación de esta expresión contraría el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP), según el cual, el Estado y los inversionistas deben tener claro el marco normativo que se aplica a sus relaciones -si se trata solo del derecho internacional consuetudinario, convencional o de ambos, y si es el primero, a cuáles instrumentos se hace alusión, entre otros-. Por lo tanto, la Corte declaró exequible dicha expresión, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con la seguridad jurídica. En relación con el tercer asunto, la Corte concluyó que la expresión "inter alia", en sí misma, tampoco satisface el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP), dada su indeterminación, por lo que fue declarada exequible, bajo el entendido de que deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo. Finalmente, en relación con la protección de las expectativas legítimas, la Corte declaró exequible esta expresión, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por "expectativas legítimas", teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión. De esta manera, se hace compatible dicha expresión con el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP) y de buena fé (art. 83 de la CP).

Artículo 4. Estándar mínimo de trato - protección y seguridad plenas. En relación con la cláusula de PSP, la Corte analizó si esa obligación es conforme con la Constitución Política, en tanto, según el Procurador General de la Nación, prevé un régimen de "responsabilidad objetivo". La Corte constató que este estándar implica mantener las condiciones normales de seguridad y de orden público y que, como lo ha señalado en ocasiones precedentes, es compatible con la Constitución, pues busca garantizar la seguridad jurídica, el debido proceso, la igualdad y la reciprocidad. Además, a la luz de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, la Corte concluyó que esta cláusula no prevé un régimen de responsabilidad objetivo. Por lo tanto, concluyó que es compatible con la Constitución Política (arts. 2 y 90).

Artículo 5. Trato nacional y nación más favorecida. En relación con las cláusulas de TN y NMF, la Corte analizó (a) su compatibilidad con la Constitución Política; (b) si la expresión "necesarias y proporcionales" amenaza las competencias constitucionales de las autoridades nacionales, su libertad de configuración y sus potestades regulatorias, y (c) si la cláusula de NMF amenaza la competencia del Presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política. Sobre el primer asunto, la Corte constató que las cláusulas de TN y NMF previstas por el artículo 5 sub examine son compatibles con los principios de igualdad (art. 13 de la CP) y de reciprocidad (art. 226 de la CP). A pesar de lo anterior, evidenció que el patrón de comparación de las "situaciones similares" que permite aplicar las cláusulas de TN y NMF es incierto, lo cual amenaza la seguridad jurídica (art. 1 de la CP). Sin embargo, recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones salvaguardan este principio constitucional, en la medida en que delimitan el alcance de la referida expresión en el sentido de que implica la totalidad de las circunstancias, incluido si el tratamiento relevante distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de política pública. Por lo anterior, la Corte declaró exequible la expresión "situaciones similares", a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

En relación con el segundo asunto, la expresión "necesarias y proporcionales" admite lecturas contrarias a la Constitución Política. Por lo tanto, la Corte declaró exequible dicha expresión, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de, respectivamente, garantizar el orden público y proteger los objetivos legítimos de política pública. Sobre el tercer asunto, concluyó que la cláusula de NMF ha dado lugar a que, en la práctica de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, se importen cláusulas de otros tratados celebrados por el Estado receptor de la inversión, lo que amenaza la competencia del Presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales y negociar los tratados (art. 189.2 de la CP). A su vez, advirtió que recientes desarrollos del derecho internacional de inversiones salvaguardan dicha competencia, en la medida en que delimitan la expresión "trato" en el sentido de que las cláusulas sustantivas previstas en otros acuerdos internacionales de inversión o de comercio no constituyen por sí mismas "trato", por lo que no pueden dar lugar a una infracción de esta cláusula. Por lo anterior, la Corte declaró exequible la expresión "trato" prevista por el artículo 5, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.

Artículo 6. Expropiación e indemnización. En relación con esta cláusula, la Corte abordó los siguientes problemas jurídicos: (i) si es compatible con la Constitución Política; (ii) si la protección de las "expectativas legítimas" de los inversionistas franceses, per se, vulnera el principio de igualdad frente a los inversionistas nacionales; (iii) si la expropiación indirecta afecta la libertad de configuración y las competencias regulatorias de las autoridades nacionales y, por tanto, es contraria a la Constitución Política, y (iv) si vulnera la competencia del Estado para otorgar licencias obligatorias en el marco de la propiedad intelectual y, por tanto, vulnera el principio de conveniencia nacional (art. 226 de la CP). En lo relacionado con el primer y el tercer tema, la Corte declaró exequible la cláusula, dado que es compatible con la Constitución Política, en particular, con sus artículos 58 y 13. Frente al segundo tema, se identificó que las expresiones "expectativas legítimas" y "necesarias y proporcionales" plantean dificultades por su

indeterminación y su dispar aplicación por parte de los tribunales de arbitraje internacional, por lo que la Corte las declaró exequibles con los mismos condicionamientos dispuestos respecto de las mismas expresiones incluidas en las cláusulas de trato justo y equitativo (art. 4) y de trato nacional (art. 5). Finalmente, en relación con el cuarto tema, la Corte concluyó que esta disposición no compromete la competencia de las autoridades nacionales para expedir licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto por el ADPIC de la OMC.

Artículo 7. Compensación por pérdidas. En la sentencia se constató que esta cláusula (a) es compatible con la Constitución Política, pues sus reglas son una aplicación del principio de TN y de la cláusula de NMF y que (b) las condiciones de restitución o compensación dispuestas son compatibles con los artículos 59, 90 y 100 de la Constitución Política.

Artículo 8. Libre transferencia. En relación con esta cláusula, la Corte advirtió que: (a) es compatible con la Constitución Política, pues se ajusta a las finalidades globales del tratado en relación con los pagos necesarios para efectuar y proteger la inversión extranjera; (b) otorgar a las Partes Contratantes "la posibilidad de condicionar o impedir transferencias" es compatible con el principio de soberanía nacional (art. 9 de la CP); (c) la restricción temporal de transferencias de capital se ha considerado ajustada a la Constitución Política, en particular a sus artículos 371 y 372, y (d) la regulación sobre transferencias no se opone al cumplimiento de las obligaciones internacionales ni a las prerrogativas del Estado previstas en otros instrumentos o a su participación o asociación en cualquier forma de cooperación o integración regional.

Artículo 9. Diversidad cultural y lingüística. Esta cláusula de interpretación es compatible con la Constitución Política, en la medida que no compromete ni afecta las competencias de las autoridades nacionales relacionadas con la preservación y el fomento de la diversidad cultural y lingüística. En particular, este artículo es conforme con los artículos 7 y 70 de la Constitución Política.

Artículo 10. Medidas relacionadas con el medio ambiente, la salud y los derechos laborales. Esta cláusula es conforme con la Constitución, pues (i) preserva las competencias y la autonomía regulatoria de las autoridades nacionales para disponer o hacer cumplir a los inversionistas las medidas relacionadas con la regulación de medio ambiente, salud y asuntos laborales, y (ii) desincentiva la atracción de la IED mediante prácticas que desmejoren los estándares de protección de los derechos medio ambientales, de salud y laborales.

Artículo 11. Responsabilidad social corporativa. Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues prevé la obligación de las Partes Contratantes de alentar a todas las empresas a que incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas. En esos términos, la Corte advirtió que este artículo es compatible con el artículo 333 de la Constitución Política, dado que afianza la idea de que la empresa es un actor cuya actividad debe ser un instrumento de mejora social, lo cual, además, es conforme con el Estado social de derecho (art. 1 de la CP).

Artículo 12. Transparencia. Este artículo es compatible con la Constitución Política, en tanto prevé la obligación de las Partes Contratantes de publicar y hacer "públicamente asequible[s]" las regulaciones relacionadas con los inversionistas y sus inversiones, propia del Estado de derecho (art. 1 de la CP), así como con el derecho de acceso a los documentos públicos (art. 74 de la CP).

Artículo 13. Garantías y subordinación. Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues (i) los mecanismos de garantía buscan cubrir los riesgos propios de la inversión

internacional y, en consecuencia, constituyen acuerdos previos entre los Estados, con miras a dar seguridad y estabilidad a las inversiones, y (ii) no modifican las obligaciones ni interfieren con las facultades del Gobierno Nacional en relación con la ejecución o cumplimiento del Acuerdo.

Artículo 14. Excepción de seguridad. Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues contiene una cláusula interpretativa según la cual el Acuerdo no podrá interpretarse en el sentido de impedir que las Partes Contratantes dispongan, mantengan o ejecuten medidas para (i) preservar el orden público, (ii) mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales y (iii) proteger sus intereses esenciales de seguridad.

Artículo 15. Arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante. En relación con esta cláusula, la Corte abordó, principalmente, los siguientes asuntos: (i) si su contenido es compatible con la Constitución Política y (ii) si el mecanismo de arreglo de diferencias viola el principio de igualdad previsto por el artículo 13 de la CP, en tanto privilegia a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas colombianos. Respecto del primer punto, se concluyó que la cláusula es, en términos generales, compatible con la Constitución Política, pues (a) crea mecanismos procesales adecuados para la solución de controversias relativas al convenio y (b) respeta el deber de promoción de la internacionalización de las relaciones. Sobre el segundo punto, se concluyó que el trato previsto por el numeral 4 de este artículo es igualitario, dado el alcance de los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros de ambos Estados. Por lo tanto, concluyó que este artículo se ajustaba a la Constitución Política.

Artículo 16. Otra disposición. En relación con esta cláusula, la Corte planteó los siguientes asuntos: (i) si su contenido es compatible con la Constitución Política y (ii) si la expresión "emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo" vulnera la soberanía nacional (art. 9 de la CP) y el principio de seguridad jurídica (art. 1 de la CP). Sobre el primer punto, la Corte concluyó que esa cláusula de favorabilidad se justifica en el principio de igualdad y no discriminación, y en el principio de pacta sunt servanda. Sobre el segundo punto, advirtió que, con la declaración interpretativa conjunta, las Partes Contratantes determinaron el contenido de la cláusula y, en consecuencia, se satisfacen los principios de seguridad jurídica y soberanía nacional. Además, en relación con los cuestionamientos asociados a la validez de la declaración interpretativa, concluyó que esta fue suscrita por los representantes de ambas Partes Contratantes y no contiene nuevas obligaciones ni modifica las previstas en el tratado, por lo que los cuestionamientos carecen de fundamento.

Artículo 17. Arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes. Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues, como lo sostuvo en relación con artículos análogos o similares contenidos en otros APPRI, estos mecanismos: (i) constituyen una forma civilizada de dar solución a los conflictos, (ii) promueven la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales y (iii) tienen un objeto concreto, circunscrito a las controversias entre los Estados Parte que versen sobre la aplicación o interpretación del convenio.

Artículo 18. Disposiciones finales. Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues contiene disposiciones necesarias para la aplicación y ejecución del instrumento, a saber, (i) la fecha de entrada en vigor del tratado, (ii) de entrada en vigor de las eventuales enmiendas, y (iii) la vigencia y prórroga del tratado. En relación con el período de vigencia del tratado, la Corte concluyó que era razonable y apropiado para alcanzar los objetivos que se pretenden alcanzar con este instrumento. Sin embargo, advirtió que la prórroga sucesiva del tratado no exime al Presidente de la República, bajo ningún entendido, de ejercer su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales y de evaluación de la equidad, reciprocidad y

conveniencia nacional de los tratados (arts. 189.2 y 226 de la CP), por lo que deberá evaluar periódicamente la conveniencia de este tratado y sus efectos en relación con los objetivos que busca alcanzar.

Por último, como se señaló en los párr. 68 y ss, habida cuenta de la naturaleza normativa de los APPRI y de su carácter bilateral, así como en aras de que los condicionamientos dispuestos en esta sentencia frente al articulado surtan plenos efectos, la Corte advirtió al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos señalados en los resolutivos primero a séptimo de la presente decisión.

La referida declaración interpretativa conjunta respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en esta sentencia no deberá someterse a la aprobación del Congreso de la República ni al control de constitucionalidad que ejerce esta Corte, habida cuenta de que su objeto es delimitar el alcance hermenéutico de las expresiones declaradas exequibles con los respectivos condicionamientos. Esto, siempre que en dicha declaración no se incluyan cláusulas sustanciales nuevas u obligaciones o derechos adicionales. En caso contrario, conforme con la jurisprudencia constitucional, dicho instrumento deberá someterse a la aprobación del Congreso de la República y al control de constitucionalidad a cargo de esta Corte.

Síntesis de la decisión	
Tratado/Ley/Artículo	Decisión
APPRI con Francia Ley 1840 de 2018 (procedimiento)	Declarar exequible el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014. Declarar exequible la Ley 1840 de 12 de julio de 2017.
APPRI con Francia Ley 1840 de 2018	Exequibles, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.
Art. 1.	Exequible
Art. 2.	Exequible
Art. 3.	Exequible
Art. 4.	Exequible Declarar EXEQUIBLE la expresión "inter alia", bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los

	<p>inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio", a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.</p> <p>Declarar EXEQUIBLE la expresión "expectativas legítimas", a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.</p>
Art. 5.	<p>Exequible</p> <p>Declarar EXEQUIBLE la expresión "situaciones similares", a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.</p> <p>Declarar EXEQUIBLE la expresión "trato", bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.</p> <p>Declarar EXEQUIBLE la expresión "necesarias y proporcionales", bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público.</p>
Art. 6.	<p>Exequible</p> <p>Declarar EXEQUIBLE la expresión "expectativas legítimas", a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.</p>

	Declarar EXEQUIBLE la expresión "necesarias y proporcionales", bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública.
Art. 7.	Exequible
Art. 8.	Exequible
Art. 9.	Exequible
Art. 10.	Exequible
Art. 11.	Exequible
Art. 12.	Exequible
Art. 13.	Exequible
Art. 14.	Exequible
Art. 15.	Exequible
Art. 16.	Exequible
Art. 17.	Exequible
Art. 18.	Exequible
APPRI con Francia Ley 1840 de 2018	Habida cuenta de la naturaleza normativa de los APPRI y de su carácter bilateral, así como en aras de que los condicionamientos dispuestos en esta sentencia frente al articulado surtan plenos efectos, la Corte advirtió al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte en este sentencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLES el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, y la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó dicho tratado, bajo el entendido de que ninguna de las disposiciones que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los

inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "inter alia" prevista por el primer inciso del artículo 4 del tratado, bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio" prevista por el artículo 4 del tratado, a condición de que las Partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

Cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "expectativas legítimas" prevista por los artículos 4 y 6 del tratado, a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.

Quinto.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "situaciones similares" prevista por el artículo 5 del tratado, a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica.

Sexto.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "trato" prevista por el artículo 5 del tratado, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que preserve la competencia del Presidente de la República relativa a la dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados, prevista por el artículo 189.2 de la Constitución Política.

Séptimo.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "necesarias y proporcionales" prevista por el numeral 3 del artículo 5 y el numeral 2 del artículo 6, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del APPRI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de, respectivamente, garantizar el orden público y proteger los objetivos legítimos de política pública.

Octavo.- ADVERTIR al Presidente de la República que, si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, en el marco del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos señalados en los resolutivos primero a séptimo de la presente decisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración y salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con Salvamento de Voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-252/19

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FRANCESA SOBRE EL FOMENTO Y PROTECCION RECIPROCOS DE INVERSIONES-Cláusula de arreglo de diferencias entre un inversionista y una parte contratante (Aclaración de voto)

Dicha sentencia ha generado una amplísima discusión global acerca de la validez de las cláusulas de arreglo de diferencias entre inversionistas y estados previstas por los AII suscritos por los países miembros de la Unión Europea entre sí. A su vez, tal discusión se ha extendido a la validez de las cláusulas en los AII entre países de la Unión Europea con terceros estados, así

como a la validez de los tribunales de arbitraje internacional constituidos con base en dichas cláusulas y la eficacia que las decisiones de estos órganos puedan tener en el marco de los países que conforman la Unión Europea. Esta decisión tenía, por tanto, especial relevancia en el asunto sub judice, dado que Francia integra dicha comunidad y es el país con el cual se suscribió el tratado en cuestión

Referencia: Expediente LAT-445

Control de constitucionalidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, y de la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó este tratado internacional.

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte, suscribo esta aclaración de voto en relación con la providencia de la referencia. Considero que la Sala Plena ha debido abordar los problemas jurídicos relacionados con la cláusula de arreglo de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante prevista por el artículo 15 del APPRI sub examine. En particular, la Sala Plena ha debido pronunciarse en relación con (i) la aplicación del reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados, (ii) el límite de las indemnizaciones ordenadas en los eventuales laudos proferidos por los tribunales de arbitraje internacional de inversiones que se constituyan con base en este tratado y (iii) las implicaciones de la sentencia del caso *Slovak Republic v Achmea B.V.*, proferida, el 7 de marzo de 2018, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En relación con lo primero, considero que la Corte ha debido abordar la cuestión relativa a si someter la aplicación de dicho reglamento al acuerdo entre las partes contendientes vulnera el artículo 228 de la Constitución Política. Esto, por cuanto, según prevé el numeral 12 del artículo 15 del tratado, si una de las partes contendientes en un proceso arbitral se opone a la aplicación de dicho reglamento, tales reglas no podrían ser aplicables. Esta consecuencia ha debido ser valorada por la Corte de cara al principio de publicidad que, según el artículo 228 de la Constitución Política, es la regla general en las actuaciones judiciales. Esto, máxime en procesos que versan sobre cuestiones de interés público, como es el caso de los arbitrajes internacionales de inversiones. Por la misma razón, la Corte ha debido pronunciarse acerca de las consecuencias que tendría la oposición de alguna de las Partes Contratantes a la aplicación del referido reglamento dentro del año siguiente a la entrada en vigor del Acuerdo, al tenor de lo dispuesto por el segundo inciso de dicho numeral.

Frente a lo segundo, en mi criterio, las reglas relativas a la indemnización que puede ordenar un tribunal de arbitraje internacional de inversiones, previstas por el numeral 15 del artículo 15 del tratado, han debido analizarse desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica (art. 1 de la CP), de igualdad (art. 13 de la CP) y de la sostenibilidad financiera (art. 334). Lo primero, por cuanto dicho numeral 15 se limita a prever las formas de alivio que podrá ordenar el tribunal, a solicitud del demandante, sin disponer un límite máximo sobre las mismas, por lo cual eventualmente resultaría incierto siquiera prever el monto de la indemnización en un caso concreto. Lo segundo, porque a los inversionistas locales en Colombia que sufran pérdidas como consecuencia de daños antijurídicos imputables al Estado, les será indemnizado todo el daño

(compensatio lucri cum damno) y únicamente el daño (para evitar un enriquecimiento sin justa causa), de conformidad con lo previsto por el artículo 90 de la CP, mientras que, según el numeral 15 del artículo sub examine, a este último límite no está sometida, prima facie, la indemnización que correspondería a un inversionista francés en un litigio contra Colombia. Lo tercero, porque, con cierta frecuencia, las cuantías ordenadas a título de indemnización mediante los laudos arbitrales proferidos por los tribunales internacionales de inversión son considerables y eventualmente podrían amenazar la sostenibilidad financiera del Estado (art. 334 de la CP). Por lo demás, el límite de la indemnización previsto por el artículo 6 relativo "al valor real de las inversiones en cuestión", aplicaría, en principio, para los supuestos de expropiación, que no frente a las violaciones del resto de obligaciones contenidas en el tratado.

En relación con lo tercero, considero que la Corte ha debido tener en cuenta las implicaciones de la sentencia proferida en el caso *Slovak Republic v Achmea B.V*[840], el 7 de marzo de 2018, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En esta providencia, dicho Tribunal decidió que el artículo 8 del APPRI entre Eslovaquia y los Países Bajos era incompatible con el derecho de la Unión Europea[841]. Esta disposición instituía la cláusula de resolución de diferencias entre un inversionista y una Parte Contratante, mediante el mecanismo de arbitraje internacional de inversiones[842]. Al respecto, este Tribunal concluyó que "los artículos 267 y 344 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que son incompatibles con una disposición en un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Acuerdo sobre el fomento y la protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federativa Checa y Eslovaca, en virtud del cual un inversionista de uno de esos Estados miembros puede, en el caso de una disputa relacionada con inversiones en el otro Estado miembro, iniciar un proceso contra este último Estado ante un tribunal arbitral cuya jurisdicción el Estado miembro se haya comprometido a aceptar".

Dicha sentencia ha generado una amplísima discusión global acerca de la validez de las cláusulas de arreglo de diferencias entre inversionistas y estados previstas por los AII suscritos por los países miembros de la Unión Europea entre sí. A su vez, tal discusión se ha extendido a la validez de las cláusulas en los AII entre países de la Unión Europea con terceros estados, así como a la validez de los tribunales de arbitraje internacional constituidos con base en dichas cláusulas y la eficacia que las decisiones de estos órganos puedan tener en el marco de los países que conforman la Unión Europea. Esta decisión tenía, por tanto, especial relevancia en el asunto sub judice, dado que Francia integra dicha comunidad y es el país con el cual se suscribió el tratado en cuestión.

En mi opinión, esta discusión tiene especial relevancia constitucional para efectos de determinar si esta cláusula es compatible con los principios de equidad y reciprocidad de las relaciones internacionales (art. 226 de la CP). Esto es así, por cuanto estos principios podrían resultar comprometidos si, en la práctica, dicha cláusula resultara válida y surtiera efectos para que los inversionistas franceses puedan someter sus diferencias con el Estado colombiano ante los tribunales internacionales de inversiones y las decisiones de estos órganos puedan hacerse efectivas, pero, en el caso de los inversionistas colombianos que pretendan someter sus diferencias con el Estado francés ante tales órganos, dicha cláusula se reputara inválida y no surtiera efectos o, incluso, si las decisiones emitidas por estos tribunales no pudieran hacerse efectivas por ser incompatibles con el derecho de la comunidad europea. Por esta razón, considero que esta discusión y estos problemas jurídicos han debido ser abordados por la Corte en relación con el control de constitucionalidad del artículo 15 del tratado sub examine.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-252/19

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Encargado de las relaciones internacionales (Salvamento parcial de voto)

(...) al realizar una lectura sistemática e integral de la Constitución, se observa que en la misma se optó por otorgarle una competencia específica al Ejecutivo en materia del manejo y dirección de las relaciones internacionales, la cual no puede ser desconocida por esta Corte, bajo el argumento de garantizar "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución".

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Función preventiva (Salvamento parcial de voto)

En esta ocasión, la mayoría de la Sala Plena, bajo el argumento de estar ejerciendo una "función preventiva" en el control de constitucionalidad del Acuerdo, interpretó el tratado sin tomar en consideración de manera adecuada las fuentes del derecho internacional público y las reglas de interpretación de los tratados, lo que la llevó a imponer su entendimiento particular sobre el sentido de ciertas cláusulas a dos Estados soberanos.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Prudencia y auto control (self-restraint) en el ejercicio de sus competencias (Salvamento parcial de voto)

TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Control constitucional (Salvamento parcial de voto)

[N]o considero apropiado el argumento del "déficit de deliberación" como fundamento para elevar el nivel de escrutinio de esta Corte en el control judicial de los tratados internacionales. (...) Señalar que la Corte Constitucional es el lugar de mayor deliberación para los acuerdos internacionales, en razón a que se celebran audiencias públicas con amplia participación, no sólo desconoce la complejidad del proceso de negociación y ratificación de estos tratados, sino que puede tener el efecto indeseable de aumentar la pasividad y disfuncionalidad del órgano legislativo, y disminuir el escrutinio público y la responsabilidad política que sobre éste y el Ejecutivo deben pesar.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Improcedencia en tratados internacionales (Aclaración de voto)

Expediente: LAT-445 - Control de constitucionalidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocas de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, y de la Ley 1840 del 12 de julio de 2017, "Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección

Recíprocos de Inversiones", suscrito en la ciudad de Bogotá, a los 10 días del mes de julio de 2014".

Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corte, si bien comparto, en términos generales, la declaratoria de exequibilidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014 (en adelante, el "Acuerdo"), y la Ley 1840 del 12 de julio de 2017 "Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones", suscrito en la ciudad de Bogotá, a los 10 días del mes de julio de 2014", me permito salvar parcialmente mi voto respecto de ciertos apartes de la parte resolutive de la sentencia C-252 de 2019, así como aclarar mi voto respecto de algunas consideraciones de la parte motiva que sustentan la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena.

En este sentido, procedo a (I) explicar las razones de mi desacuerdo con la metodología, el alcance y la interpretación del control abstracto de constitucionalidad adelantado por la Corte; y (II) señalar las razones de mi desacuerdo con ciertos apartes de la parte resolutive de la decisión.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA METODOLOGÍA, EL ALCANCE Y LA INTERPRETACIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD ADELANTADO POR LA CORTE

El artículo 226 de la Constitución establece que, de manera general, "el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional". Una interpretación aislada de este artículo daría a entender que es el Estado, en su conjunto, el encargado de dirigir las relaciones internacionales, por lo que la Corte, amparada en esta disposición, podría intervenir de manera amplia en materia de relaciones internacionales bajo el argumento de estar garantizando la supremacía de la Constitución[844]. Sin perjuicio de esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 189.2 de la Carta expresamente señala que le corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado "dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso" (subrayado fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, al realizar una lectura sistemática e integral de la Constitución, se observa que en la misma se optó por otorgarle una competencia específica al Ejecutivo en materia del manejo y dirección de las relaciones internacionales, la cual no puede ser desconocida por esta Corte, bajo el argumento de garantizar "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución". Lo anterior, por cuanto según el artículo 241 de la Carta, a esta Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución "en los estrictos y precisos términos de este artículo", para lo cual el numeral 10 de la misma disposición le atribuye a esta Corporación la competencia para examinar la constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes aprobatorias de los mismos[845]. En vista de esto, esta Corte ha sido enfática en señalar que el estudio que le corresponde adelantar sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban consiste en un examen jurídico objetivo, que excluye cualquier consideración sobre la conveniencia política, oportunidad práctica o utilidad, pues se trata de

asuntos que le corresponden al Gobierno Nacional, en su facultad de celebrar acuerdos y dirigir las relaciones internacionales, y al Congreso de la República, al momento de aprobar o improbar como un todo (in toto) dichos acuerdos.

No obstante lo anterior, en la sentencia C-252 de 2019, al estudiar el Acuerdo, se optó por modificar el alcance del control de constitucionalidad que adelanta la Corte frente a los tratados internacionales y las normas que los aprueban, intensificando el nivel de escrutinio. Lo anterior, configuró un verdadero cambio de jurisprudencia que, en mi parecer, comporta una intervención excesiva en las facultades del Ejecutivo de dirección y manejo de las relaciones internacionales.

En esta ocasión, la mayoría de la Sala Plena, bajo el argumento de estar ejerciendo una "función preventiva" en el control de constitucionalidad del Acuerdo, interpretó el tratado sin tomar en consideración de manera adecuada las fuentes del derecho internacional público y las reglas de interpretación de los tratados, lo que la llevó a imponer su entendimiento particular sobre el sentido de ciertas cláusulas a dos Estados soberanos. En efecto, para fundamentar el alcance de este control preventivo, en esta ocasión se partió por estudiar los efectos que, por ejemplo, se pueden desprender de las demandas internacionales de inversión interpuestas contra el Estado colombiano, con el fin de exponer las consecuencias negativas que se pueden generar tras la celebración de ciertos acuerdos internacionales de inversión con otros Estados. Para esto, se optó por analizar la constitucionalidad del Acuerdo a partir de los hallazgos y conclusiones de diferentes tribunales arbitrales de inversión, los cuales decidieron casos sometidos a su conocimiento bajo otros tratados de los cuales Colombia no es parte. Lo anterior, en mi concepto, constituyó una lectura inapropiada del tratado mismo por varias razones:

- a. Primero, la Corte parece indicar que existe un sistema de precedentes en el derecho internacional al elaborar e interpretar conceptos jurídicos del Acuerdo amparándose casi que exclusivamente en los fallos de tribunales de arbitraje inversionista-Estado. Lo anterior desconoce abiertamente el sistema de fuentes del derecho internacional, el cual establece como regla general que las decisiones arbitrales constituyen medios auxiliares para la determinación de reglas de derecho[847], y no pueden vincular a Estados que no sean parte de la respectiva controversia.

Es importante precisar que el Estado colombiano no ha aceptado o ratificado instrumento internacional alguno por medio del cual los fallos de estos tribunales arbitrales, que le resultan ajenos, constituyan un precedente o una regla de derecho básica que comprometa su responsabilidad internacional. Por ende, el análisis de la Corte parte de unas premisas que no son vinculantes o aplicables para este Acuerdo.

- b. Segundo, la Corte ha incurrido en un uso indiscriminado de los fallos arbitrales para sustentar su posición. El derecho internacional moderno reconoce que los fallos y decisiones de cortes o tribunales internacionales tienen un rol relevante en la interpretación de normas jurídicas[849]. Sin embargo, en el presente caso la Corte ha omitido justificar cómo los casos y la jurisprudencia que utiliza guardan alguna relación para efectos de la interpretación del Acuerdo. En efecto, a pesar de un número extenso y pormenorizado de casos y sentencias citados, se extraña un estudio de cómo los hechos y el derecho aplicable en estos casos resulta en concreto pertinente para interpretar el texto específico del Acuerdo.

En consecuencia, la posición de la Corte se fundamenta en medios auxiliares para determinar reglas de derecho sin que precisamente se establezca cómo dichos medios guardan alguna relación con el Acuerdo.

- c. Por último, la Corte desconoce el derecho internacional y el derecho colombiano al no interpretar el Acuerdo con fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En efecto, los artículos 31 a 33 de la mencionada Convención, que fue ratificada por Colombia[850], establecen principios claros y precisos sobre cómo interpretar tratados internacionales[851]. Sin embargo, la Corte omite interpretar el Acuerdo conforme a estos postulados, incurriendo en técnicas desconocidas o extrañas al derecho internacional. Por ejemplo, resulta cuestionable que la Corte no busque justificar o cuando menos explicar el uso de decisiones arbitrales a la luz del Artículo 31(3)(c) de la mencionada Convención de Viena[852], sino que incurra en múltiples y juiciosas citas que están lejos de establecer su pertinencia y el alcance y contenido de cada una de las normas previstas en el Acuerdo.

En consecuencia, al basar la interpretación del Acuerdo en decisiones arbitrales y doctrina de publicistas, los cuales apenas constituyen medios auxiliares para la determinación de reglas de derecho[853], la Corte abandonó el sistema de fuentes del derecho internacional, otorgándole a las decisiones arbitrales un valor superior al que realmente tienen, y omitió interpretarlo de manera adecuada, conforme a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La no observancia de estos presupuestos básicos conlleva a que buena parte de las conclusiones de la Corte parezcan estar motivadas en un análisis de mera conveniencia del Acuerdo, el cual no le está permitido realizar a esta Corporación, de acuerdo con el Artículo 241 de nuestra Carta Política. En este orden de ideas, al implementar un análisis jurídico extraño al derecho internacional y al utilizar argumentos que escapan a un examen jurídico objetivo, la Corte buscó, en aras de la seguridad jurídica, imponer su visión propia sobre el contenido específico de ciertas cláusulas, definiendo ella misma cómo negociar, así como determinar el alcance y contenido que deben tener ciertas expresiones en el Acuerdo. En mi opinión, la Corte Constitucional no puede – y no debe – imponerle al Ejecutivo el contenido de dichas disposiciones.

Considero que la Corte, en estas materias, debe ser especialmente respetuosa con el Ejecutivo, actuando con prudencia y auto-restricción ("self-restraint"), teniendo en cuenta que la Constitución misma le otorga al Presidente de la República unas facultades especiales en el manejo de las relaciones internacionales. Adicionalmente, la Corte debe velar por un uso adecuado de las fuentes del derecho internacional e interpretar los tratados conforme a las normas vinculantes y aplicables al Estado colombiano. Cuando la Corte se aleja de estos postulados, se limita a analizar la conveniencia del Acuerdo, al pretender imponerle a dos Estados soberanos el alcance y el contenido de unas cláusulas que negociaron libremente en el ámbito internacional.

Por otra parte, no considero apropiado el argumento del "déficit de deliberación" como fundamento para elevar el nivel de escrutinio de esta Corte en el control judicial de los tratados internacionales. Si bien de manera reiterada he sostenido que esta Corte puede ser un catalizador del déficit de deliberación que eventualmente se presenta en la rama legislativa, no creo apropiado que este argumento sea usado cada vez que el juez constitucional esté en desacuerdo con una decisión del Congreso, y mucho menos para desconocer diseños institucionales que el propio Constituyente incluyó en la Constitución. Precisamente para prevenir este tipo de situaciones, he abogado porque esta Corte supla el déficit deliberativo del órgano legislativo únicamente cuando estén en riesgo minorías vulnerables, insulares y discretas, que históricamente han sido sujeto de una discriminación persistente o carecen de una adecuada voz

en los órganos de representación popular[854]. Señalar que la Corte Constitucional es el lugar de mayor deliberación para los acuerdos internacionales, en razón a que se celebran audiencias públicas con amplia participación, no sólo desconoce la complejidad del proceso de negociación y ratificación de estos tratados, sino que puede tener el efecto indeseable de aumentar la pasividad y disfuncionalidad del órgano legislativo[855], y disminuir el escrutinio público y la responsabilidad política que sobre éste y el Ejecutivo deben pesar.

CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LOS CONDICIONAMIENTOS DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

Con fundamento en el nuevo alcance del control abstracto de constitucionalidad asumido por la decisión de la mayoría de la Sala Plena en tratándose de acuerdos internacionales de inversión, y la metodología utilizada para interpretar el Acuerdo, se optó por justificar una serie de condicionamientos contenidos en la parte resolutive de la sentencia C-252 de 2019, de los cuales he decidido apartarme parcialmente, por las razones que expongo a continuación.

De manera general, considero necesario resaltar que los condicionamientos incorporados en los puntos resolutive primero a séptimo, (i) no resultaban necesarios, si se interpretaban las expresiones condicionadas conforme a las reglas contenidas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; y (ii) buscaban imponer a dos Estados soberanos una definición única, subjetiva y sin mayor sustento constitucional, de ciertos conceptos indeterminados, configurándose una injerencia indebida en las competencias del Ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales, inmiscuyéndose en asuntos de conveniencia que deben negociar y acordar las partes del Acuerdo.

En relación con el condicionamiento incluido en el **PRIMER** punto resolutive, considero que el mismo no resultaba indispensable, por cuanto no se observa que del texto del Acuerdo, ni del principio de reciprocidad, se derive que se otorgue un trato menos favorable, discriminatorio o injustificado a los nacionales frente a los inversionistas extranjeros. Parece difícil de entender, salvo en el contexto de las ideas de don Andrés Bello. El condicionamiento aquí incorporado, en últimas, se refiere a un eje transversal de todo el Acuerdo, el cual debió ser interpretado con base en el principio de reciprocidad, que es una norma de derecho internacional aplicable bajo los artículos 9 y 226 de la Constitución y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Por lo anterior, reitero que se equivoca la Corte al intentar imponerle a los dos Estados una visión particular del importante principio de igualdad, sin hacer referencia a la cláusula de trato nacional, que precisamente busca reflejar un desarrollo convencional de los artículos 13 y 100 de la Constitución.

En segunda medida, frente al condicionamiento incorporado en el **SEGUNDO** punto resolutive, considero que éste no se hacía necesario, pues bastaba con interpretar la expresión "inter alia" (que en latín significa "entre otras cosas"), con base en las reglas contenidas en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, esto es, "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Sumado a esto, debe resaltarse que, al fijar el entendimiento de esta expresión, la mayoría de la Sala Plena pretendió imponer a dos Estados soberanos una lectura específica del complejo estándar de trato justo y equitativo[856], lo cual constituye un desbordamiento de las facultades otorgadas a la Corte Constitucional y una injerencia desproporcionada en las competencias del Ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales.

En últimas, la determinación sobre si este estándar es enunciativo o taxativo es un asunto que escapa a la competencia de la Corte, pues debe ser definido por los Estados parte, al momento de negociar, interpretar o aplicar el tratado, y serán los tribunales arbitrales, al momento de estudiar una controversia concreta, quienes deberán determinar si se puede considerar que una actuación particular se encuentra cobijada por esta expresión. Al buscar imponer una definición tan restrictiva como la planteada por la Corte en esta ocasión, se corre el riesgo de considerar que, en realidad, se están modificando sustancialmente las obligaciones adquiridas, lo que constituiría una reserva al contenido del acuerdo, la cual está proscrita frente a los tratados bilaterales.

En tercer lugar, considero que el condicionamiento a la expresión "expectativas legítimas" contenido en el **CUARTO** punto resolutivo no tiene en cuenta: (i) el régimen de limitaciones o excepciones de los Artículos 10, 11 y 14 del Acuerdo[857]; y (ii) se ampara en casos que no tienen un texto similar al Acuerdo revisado y de los cuales Colombia no es parte[858], así como en interpretaciones por parte de tribunales arbitrales las cuales, como ya se mencionó, constituyen un simple medio auxiliar[859]. En adición a esto, debe resaltarse que, en este caso, la Corte nuevamente optó por dictarle a los Estados parte del Acuerdo una definición unilateral y única de esta expresión, sin mayor sustento constitucional, lo que podría llegar a alterar el objeto y propósito de la cláusula de Estándar Mínimo de Trato, configurándose una reserva al modificar las obligaciones negociadas y pactadas por ambos Estados.

Sobre el particular, conviene precisar que no existe una visión única de la expresión "expectativas legítimas", pues éstas, por su propia definición, deberán tener en cuenta diferentes aspectos como el mercado o industria bajo el cual se realiza la inversión, la previsibilidad o imprevisibilidad de los cambios, el marco jurídico del Estado receptor de la inversión, o la actuación del Estado al momento de la inversión[860]. En esa medida, se equivoca la Corte al pretender imponer a priori su propia visión al realizar un control abstracto de constitucionalidad sobre el Acuerdo. Son los Estados parte, al momento de negociar o interpretar el tratado, quienes se encuentran facultados para determinar los parámetros de este término, y si acogen o no una interpretación restrictiva o expansiva, y serán los tribunales arbitrales, al estudiar una controversia particular, los encargados de determinar cuándo se puede considerar que se han vulnerado estas expectativas legítimas, teniendo en cuenta las situaciones fácticas concretas y las normas aplicables.

En cuarto lugar, frente al condicionamiento a la expresión "trato" contenido en el **SEXTO** punto resolutivo, considero que, si ésta se hubiese interpretado a la luz de las fuentes del derecho internacional público (Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) en lugar de acudir a decisiones arbitrales, no se hubiese hecho necesario incluir dicho condicionamiento. Sumado a esto, debe destacarse que resulta al menos debatible que la Corte, bajo el argumento de estar protegiendo las competencias del Presidente de la República, haya optado por realizar dicha interpretación al contenido del Acuerdo ampliando el control constitucional a los tratados internacionales, interfiriendo de este modo en las competencias propias del Ejecutivo en relación con la dirección y manejo de las relaciones internacionales.

Adicionalmente, en cuanto al condicionamiento de la expresión "necesarias y proporcionales", incorporado en el **SÉPTIMO** punto resolutivo, considero que nuevamente se omitieron las limitaciones contenidas en el preámbulo y los artículos 10, 11 y 14 del Acuerdo en cuestión. En este sentido, para determinar el contenido de esta expresión bastaba con acudir a las fuentes del derecho internacional público dispuestas en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados de 1969, en lugar de recurrir a la "jurisprudencia de los tribunales internacionales"[861]. Sumado a esto, debe recalcar que la Corte, de nuevo, excedió sus competencias al buscar imponerle tanto al Estado colombiano como al Estado francés un entendimiento propio, sin sustento en el derecho internacional, de la expresión "necesarias y proporcionales", limitándolo a tal punto, que podría constituir una obligación distinta.

Por lo demás, debe destacarse que si bien los resolutiveos primero a séptimo establecen condicionamientos que, en muchos casos, dictan el sentido bajo el que deben entenderse ciertas cláusulas, todos estos se encuentran sometidos al resolutiveo **OCTAVO**, en donde se le advierte al Presidente de la República que, "si en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado, (...) deberá adelantar las gestiones necesarias para propiciar la adopción de una **declaración interpretativa conjunta** con el representante de la República Francesa respecto de los condicionamientos señalados en los resolutiveos primero a séptimo de la presente decisión" (resaltado fuera del texto original).

Sobre el particular debe destacarse que lo ordenado por el **OCTAVO** punto resolutiveo debe interpretarse según lo dispuesto por el literal a), numeral 3, del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[862]. En ese sentido, debe entenderse que, estando en el marco de un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones", el resultado de las gestiones adelantadas por el Ejecutivo no debe surtir trámite alguno ante el Congreso de la República, por cuanto no se están adquiriendo obligaciones nuevas, ni modificando las ya adquiridas.

En caso de entenderse la orden frente al Presidente de la República como una obligación de resultado, considero necesario reiterar mi posición respecto de la inclusión de declaraciones interpretativas unilaterales y reservas, contenida en mi salvamento de voto a la sentencia C-184 de 2016. Interpretarlo de este modo implicaría alterar sustancialmente el objeto y propósito del Acuerdo, mediante una reserva o declaración interpretativa unilateral, las cuales no tienen cabida frente a acuerdos internacionales bilaterales.

En estos términos dejo planteada mi aclaración y salvamento parcial de voto, respecto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-252/19

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Ejercicio independientemente de consideraciones de conveniencia, oportunidad y utilidad (Salvamento Parcial de Voto)

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Desconocimiento (Salvamento Parcial de Voto)

JUICIO DE RAZONABILIDAD-Aplicación injustificada (Salvamento Parcial de Voto)

(...) la introducción del mencionado juicio de razonabilidad en el análisis de constitucionalidad de los tratados internaciones comerciales, implica que la Corte termina evaluando cuestiones atinentes a la conveniencia, oportunidad y utilidad de estos instrumentos. En efecto, en la sentencia de la cual me separo se afirma que una de las premisas en las que se funda este juicio es que, dado que la Constitución defiere a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia de los tratados internacionales, "en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los mismos". Esto obliga a la Corte Constitucional a analizar la conveniencia, oportunidad y utilidad de estos tratados internacionales, en la medida en que debe considerar y evaluar los motivos por lo que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República negocian y aprueban un tratado internacional, asunto de contenido eminentemente político y no jurídico

SENTENCIA CONDICIONADA-Improcedencia por interpretación única (Salvamento Parcial de Voto)

Considero que los mencionados condicionamientos resultan constitucionalmente problemáticos en la medida en que la Corte impuso a los Estados firmantes del Acuerdo una innecesaria y particular interpretación de dichos términos, interfiriendo el amplio margen de discrecionalidad que tanto el Presidente de la República como el Congreso de la República tienen para decidir sobre la conveniencia y oportunidad de suscribir este tipo de tratados.

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Corte, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia C-252 de 2019. Si bien comparto, en términos generales, la decisión de declarar la exequibilidad del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito en la ciudad de Bogotá, el 10 de julio de 2014, así como la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó dicho tratado, no comparto algunas decisiones tomadas en la parte resolutive de la Sentencia y estimo que la misma se apartó de la reiterada jurisprudencia de esta Corte sobre el alcance del control constitucional en relación con las leyes aprobatorias de tratados.

A continuación, me referiré en primer lugar a la naturaleza, alcance y efectos del control de constitucionalidad material sobre las leyes que aprueban tratados comerciales y las razones por las cuales considero que la Sentencia C-252 de 2019 se apartó injustificadamente del precedente sobre esta materia. En segundo lugar, expondré los argumentos que me llevan a separarme de algunos puntos de la parte resolutive de la decisión.

1. La Sentencia C-252 de 2019 se apartó del precedente en lo que se refiere a la naturaleza, alcance y efectos del control de constitucionalidad material sobre tratados comerciales

1.1. La jurisprudencia constitucional ha precisado de manera reiterada que el alcance del control constitucional sobre tratados de índole comercial se circunscribe a un examen jurídico objetivo de sus cláusulas en el que no se tienen en cuenta cuestiones relativas a la conveniencia política, oportunidad o utilidad de la suscripción del tratado, ya que estos aspectos deben ser considerados por el Presidente de la República y el Congreso de la República en el trámite de suscripción y

aprobación del respeto instrumento internacional.[863] En el mismo sentido, se ha establecido que las eventuales pérdidas económicas que puedan derivarse de la suscripción de un tratado comercial, no generan por sí solas una inconstitucionalidad de la norma, pues estos aspectos deben ser valorados por los órganos de decisión política al momento de negociar y aprobar el respectivo tratado.

1.2. La Sentencia C-252 de 2019 aumentó el grado de escrutinio judicial frente a la revisión que realiza esta Corte en materia de tratados internacionales comerciales, lo que supuso una modificación del alcance del control constitucional en esta materia que desconoció la reiterada línea jurisprudencial que confiere al Presidente de la República y al Congreso de la República un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre la conveniencia y oportunidad de suscribir este tipo de tratados.

1.3. Este cambio de jurisprudencia pareciera adoptarse en razón a que así lo solicitan algunos intervinientes del proceso de constitucionalidad[865] y porque en la actualidad están en curso varios arbitrajes internacionales de inversión en donde el Estado colombiano ha sido demandado por cuantiosas sumas de dinero.[866] Sin embargo, estos argumentos no justifican un cambio de precedente, pues en estos casos la jurisprudencia ha definido un conjunto de cargas argumentativas que deben satisfacerse siempre que el juez asume un nuevo rumbo jurisprudencial. Cargas de transparencia, que se refieren a la identificación de las decisiones previas relevantes sobre casos parecidos; y cargas de suficiencia, que expliquen por qué se propone una nueva posición y por qué esta justifica un sacrificio de los principios de seguridad, confianza, igualdad y unidad.[867] Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que las condiciones que pueden sustentar un cambio jurisprudencial son: (i) la reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) las transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre algún asunto; y (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.[868] Sin embargo, la Sentencia no asume las cargas argumentativas que exige el cambio de jurisprudencia, pues no se advierte que el precedente fijado por esta Corte, en lo que se refiere al alcance del control constitucional sobre tratados de índole comercial, va a ser modificado. Por ende, esta decisión no se sustenta en ninguno de los eventos definidos por la jurisprudencia para fundamentar tal determinación.

1.4. La Sentencia de la cual me aparto materializa el mencionado cambio de precedente a través de la introducción de un juicio de razonabilidad que utiliza como herramienta para analizar la constitucionalidad del tratado y cada una de sus cláusulas. Esta circunstancia implica que el estudio de la Corte sobre el Acuerdo celebrado entre el Estado colombiano y el Estado francés se realice, injustificadamente, de manera más estricta e intensa, e introduciendo parámetros de conveniencia y oportunidad en el análisis constitucional, los cuales, como ya se dijo, son ajenos a este tipo de procesos.

1.5. En cuanto al mencionado juicio de razonabilidad, debo señalar que la Sentencia C-252 de 2019 no justifica por qué debe introducirse esta herramienta en el examen de constitucionalidad de los tratados de índole comercial ni las razones por las que dicho juicio se compone de dos únicos pasos: uno que consiste en evaluar la legitimidad constitucional de "las finalidades globales y de cada una de las cláusulas del tratado"; y otro que se concentra en la idoneidad del tratado "en su conjunto" y de "las medidas individualmente previstas en dicho instrumento" para alcanzar las finalidades planteadas. La única justificación que parece apoyar la implementación

del juicio de razonabilidad es la Sentencia C-031 de 2009 que se cita. Sin embargo, lo que señala esta providencia es que solamente cuando existan cláusulas que afecten derechos fundamentales en un tratado de libre comercio, estas deberán superar un test de razonabilidad para considerarse ajustadas a la Constitución Política. Todas las demás cláusulas que no restrinjan un derecho fundamental deben analizarse bajo una intensidad leve del control constitucional. Al respecto se dijo:

"Pues bien, en cuanto a la intensidad del control de constitucionalidad en lo atinente a tratados de libre comercio, la Corte considera que aquél debe ser leve, en consideración al amplio margen de discrecionalidad de que goza el Presidente de la República como director de las relaciones internacionales y a la materia regulada. Sin embargo, aquél se torna intenso en relación con aquellas cláusulas convencionales que afecten el disfrute de derechos fundamentales constitucionales, tales como la salud y el trabajo, al igual que la protección de las comunidades indígenas y raizales.

En tal sentido, se debe precisar que, en materia de control previo de constitucionalidad sobre tratados de libre comercio, la Corte debe analizar si las normas que restringen derechos fundamentales superan un test de razonabilidad; que los fines a alcanzar sean constitucionales y que las restricciones sean adecuadas".[869]

1.6. Ahora bien, la introducción del mencionado juicio de razonabilidad en el análisis de constitucionalidad de los tratados internaciones comerciales, implica que la Corte termina evaluando cuestiones atinentes a la conveniencia, oportunidad y utilidad de estos instrumentos. En efecto, en la sentencia de la cual me separo se afirma que una de las premisas en las que se funda este juicio es que, dado que la Constitución defiere a las ramas ejecutiva y legislativa la competencia para evaluar la conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia de los tratados internacionales, "en ejercicio de sus competencias, deben aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración de los mismos". Esto obliga a la Corte Constitucional a analizar la conveniencia, oportunidad y utilidad de estos tratados internacionales, en la medida en que debe considerar y evaluar los motivos por lo que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República negocian y aprueban un tratado internacional, asunto de contenido eminentemente político y no jurídico.

2. Consideraciones en relación con algunos puntos de la parte resolutive de la sentencia

2.1. A partir de este nuevo alcance que se le otorga al control de constitucionalidad en materia de tratados comerciales, la mayoría de la Sala Plena decidió condicionar la exequibilidad de algunas cláusulas del Acuerdo que se revisa. Al respecto, me aparto de los condicionamientos fijados en los numerales segundo, cuarto y séptimo de la parte resolutive de la Sentencia C-252 de 2019, los cuales declararon la exequibilidad condicionada de las expresiones "inter alia", "expectativas legítimas" y "necesarias y proporcionales", términos que no generaban reproche constitucional alguno ni ninguna interpretación contraria a derechos o principios constitucionales.

2.2. Considero que los mencionados condicionamientos resultan constitucionalmente problemáticos en la medida en que la Corte impuso a los Estados firmantes del Acuerdo una innecesaria y particular interpretación de dichos términos, interfiriendo el amplio margen de discrecionalidad que tanto el Presidente de la República como el Congreso de la República tienen para decidir sobre la conveniencia y oportunidad de suscribir este tipo de tratados.

2.3. A las analizar las expresiones "inter alia", "expectativas legítimas" y "necesarias y

proporcionales", la Corte no tuvo en cuenta las reglas relativas a la interpretación de los tratados, previstas en el artículos 31[870] y 32[871] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a las cuales debe acudir si determinada cláusula o expresión del respectivo instrumento internacional genera alguna duda sobre su contenido o alcance. Los citados artículos señalan que los tratados deben "interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin", y enuncian una serie de reglas y medios de interpretación complementarios que deben seguirse para estos efectos. Los condicionamientos impuestos por la Corte a la constitucionalidad de los mencionados términos se apartan de las reglas interpretativas consagradas en la Convención de Viena y desconocen el contexto del Acuerdo suscrito por el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Francia.

2.4. Aunado a lo anterior, los condicionamientos fijados a las referidas expresiones se apoyan en diferentes providencias de tribunales arbitrales de inversión en casos que involucran a otros Estados en el marco de diferentes acuerdos comerciales.[872] Al respecto debo señalar que, de conformidad con el derecho internacional, estas decisiones son simplemente criterios auxiliares de interpretación,[873] y de acuerdo al artículo 230 de la Constitución Política,[874] tampoco podrían considerarse fuentes formales de derecho. Sin embargo, la Sentencia omite estas circunstancias y no justifica por qué, a pesar de esto, tales decisiones pueden constituirse en parámetros de control constitucional.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en la presente decisión.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Cdno. 1, fls 1 y ss.

[2] Cdno. 1, fls. 23 a 25.

[3] Cdno. 1, fls. 80.

[4] Cdno. 1, fl. 114.

[5] Cdno. 1, fls. 189 y 190.

[6] Cdno. 2, fls. 252 a 262.

[7] Su texto completo puede consultarse en el sitio web: <http://www.imprenta.gov.co>.

[8]

Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[9]

Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[10]

Cdno. 1, fls. 145 a 159.

[11]

Cdno. 1, fls. 160 a 187.

[12]

Cdno. 2, fls. 319 a 346.

[13]

Cdno. 2, fls. 347 a 353.

[14]

Cdno. 2, fls. 490 a 535.

[15]

Cdno. 2, fls. 569 a 574.

[16] Con excepción de los señores Gautier Mignot, Embajador de Francia en Colombia, y Alexander Toulemonde, Presidente de la Cámara colombo francesa de Comercio, todos los participantes en la audiencia presentaron escritos de intervención en relación con las preguntas formuladas en el auto 707 de 2018.

[17]

Cdno. 2, fls. 354 a 357.

[18]

No presentó escrito.

[19]

No presentó escrito.

[20]

Cdno. 2, fls. 604 a 610.

[21]

Cdno. 2, fls. 449 a 464.

[22]

Cdno. 2, fls. 593 a 602.

[23]

Cdno. 2, fls. 576 a 587.

[24]

Cdno. 2, fls. 429 a 439.

[25]

Cdno. 2, fls. 378 a 426.

[26]

Cdno. 2, fls. 589 a 592.

[27]

Cdno. 2, fls. 441 a 445.

[28]

Cdno. 2, fls. 465 a 489.

[29]

Cdno. 2, fls. 359 a 377.

[30]

Cdno. 2, fls. 612 a 633.

[31] Cdno. 2, fls. 537 a 561.

[32] Sentencias C-468 de 1997, C-400 de 1998, C-924 de 2000, C-576 de 2006 y C-184 de 2016, entre otras.

[33] Esta Corte ha reiterado que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias incluye el examen de las facultades del representante del Estado colombiano en la negociación, celebración y firma del tratado internacional. Cfr. Sentencias C-582 de 2002, C-933 de 2006, C-534 de 2008, C-537 de 2008, C-039 de 2009, C-378 de 2009, C-047 de 2017, C-214 de 2017 y C-048 de 2018.

[34] Esta Corte ha reiterado que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias incluye verificar si dichos instrumentos normativos han debido someterse a consulta previa. Cfr. Sentencias C-750 de 2008, C-915 de 2010, C-027 de 2011, C-1021 de 2012, C-217 de 2015, C-157 de 2016, C-184 de 2016, C-214 de 2017 y C-048 de 2018.

[35] Arts. 189.2 y 241.10 de la CP.

[36] Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 32 de 1985. Cfr. Art. 9 de la CP. "Las relaciones del Estado se fundamentan en (...) el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

[37] El artículo 7 de esta Convención prevé que también se considera que representa al Estado "la persona que ejerce tal función de conformidad con la práctica seguida por los estados interesados, o de otras circunstancias", de las cuales se deduce que la intención del Estado "ha sido considerar a esa persona" como su representante (art. 7.1.b). A su vez, el artículo 7.2 prevé que, en virtud de sus funciones, representan al Estado, (i) "los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado"; (ii) "los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados" y (iii) "los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano".

[38] Cdno. 1, fl. 36.

[39] Cdno. 1, fl. 108.

[40] Este reconocimiento tiene como fundamento normativo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el cual integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto (art. 93 de la CP), así como los derechos de participación, reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de tales comunidades, previstos por la Constitución Política (art. 1, 7, 70 y 330 de la CP).

[41] Convenio 169 de la OIT. Art. 6.1. "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos 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".

[42] Sentencias C-615 de 2009, C-915 de 2010 y C-187 de 2011.

[43] Sentencia C-767 de 2012.

[44] Sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-750 de 2008 y C-175 de 2009.

[45] Cfr. Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003 y C-187 de 2011.

[46] Sentencia C-767 de 2012.

[47] Sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-767 de 2012 y C-359 de 2013.

[48] Sentencia C-750 de 2008.

[49] Sentencia C-027 de 2011.

[50] Sentencia C-214 de 2017.

[51] Sentencias C-1051 de 2012 y C-217 de 2015. Cfr. Sentencia C-915 de 2010. "En esta oportunidad, la Corte concluyó que la consulta previa no era necesaria porque el acuerdo no estaba dirigido especialmente a las comunidades indígenas y su objeto tampoco se situaba

mayormente sobre un territorio indígena".

[52] Sentencias C-047 de 2017 y C-214 de 2017.

[53] Id. Cfr. Sentencia C-048 de 2018

[54] Sentencia C-214 de 2017.

[55] Los derechos y beneficios previstos en dicho tratado para los inversionistas suponen que ostentan tal condición "las personas físicas que posean la nacionalidad de cualquiera de las Partes Contratantes", "cualquier persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes", o "contralada directa o indirectamente por nacionales de las Partes Contratantes" (art. 1).

[56] Cdno. 1, fl. 37.

[57] Sentencias C-047 de 2017 y C-048 de 2018.

[58] Cdno. Pruebas 1, fls. 1 a 15.

[59] Art. 142 de la Ley 5 de 1992. "Iniciativa privativa del gobierno. Sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, las leyes referidas a las siguientes materias: 20. Leyes aprobatorias de los Tratados o Convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional".

[60] Art. 154 de la CP. "Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado".

[61] Cdno. Pruebas 1, fl. 23.

[62] "Ningún proyecto será ley sin los siguientes requisitos: (...) haber sido publicado por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva"

[63] "Recibido un proyecto, se ordenará por la Secretaría su publicación en la Gaceta del Congreso".

[64] Cdno. Pruebas. 1, fl. 18.

[65] Art. 2 de la Ley 3 de 1992. "Tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes funcionarán Comisiones Constitucionales Permanentes, encargadas de dar primer debate a los proyectos de acto legislativo o de ley referente a los asuntos de su competencia. Las Comisiones Constitucionales Permanentes en cada una de las Cámaras serán siete (7) a saber: Comisión Segunda. Compuesta por trece (13) miembros en el Senado y diecinueve (19) miembros en la Cámara de Representantes, conocerá de: política internacional; defensa nacional y fuerza pública; tratados públicos; carrera diplomática y consular; comercio exterior e integración económica; política portuaria; relaciones parlamentarias, internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al Gobierno; fronteras; nacionalidad; extranjeros; migración; honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; contratación internacional".

[66] Art. 150 de la Ley 5 de 1992. "La designación de los ponentes será facultad de la Mesa Directiva de la respectiva Comisión. Cada proyecto de ley tendrá un ponente, o varios, si las conveniencias lo aconsejan. En todo caso habrá un ponente coordinador quien además de

organizar el trabajo de la ponencia ayudará al Presidente en el trámite del proyecto respectivo. (...) Cuando la ponencia sea colectiva la Mesa Directiva debe garantizar la representación de las diferentes bancadas en la designación de los ponentes".

[67] Cdno. Pruebas 1, fls. 21 y 22.

[68] Cdno. Pruebas 1, fls. 38 a 54. Dicho informe contiene sus consideraciones generales sobre la iniciativa, el resumen del articulado del proyecto, la proposición de aprobar la ponencia en el primer debate, así como los tres artículos del proyecto de ley.

[69] Cdno. Pruebas 1, fls. 62 a 66.

[70] Art. 160.4 de la CP. Cfr. Sentencia C-1040 de 2015. "Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente (...) De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el informe de ponencia no sólo resulta obligatorio para el inicio de la discusión parlamentaria en las comisiones respectivas, sino que de igual manera debe exigirse su presentación antes de iniciar el debate en las plenarias de cada Cámara. Así lo reconoció la Corte en sentencia C-1039 de 2004, al establecer que a través del cumplimiento de este requisito, se persigue agilizar el trámite de los proyectos de ley o de reforma constitucional mediante la publicidad de su contenido, permitiendo a los congresistas conocer con anterioridad las materias que serán objeto de debate y votación, a fin de alcanzar un estado de racionalidad deliberativa y decisoria. En este orden de ideas, se apeló a lo previsto en el artículo 185 de la Ley 5ª de 1992, conforme al cual: "En la discusión y aprobación de un proyecto en segundo debate se seguirá, en lo que fuere compatible, el mismo procedimiento establecido para el primer debate", como soporte normativo para extender su aplicación normativa".

[71] Art. 156 de la Ley 5 de 1992. "El informe será presentado por escrito, en original y dos copias, al Secretario de la Comisión Permanente. Su publicación se hará en la Gaceta del Congreso".

[72] Art. 157 de la Ley 5 de 1992. "Iniciación del debate. La iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo. No será necesario dar lectura a la ponencia, salvo que así lo disponga, por razones de conveniencia, la Comisión. El ponente, en la correspondiente sesión, absolverá las preguntas y dudas que sobre aquélla se le formulen, luego de lo cual comenzará el debate. Si el ponente propone debatir el proyecto, se procederá en consecuencia sin necesidad de votación del informe. Si se propone archivar o negar el proyecto, se debatirá esta propuesta y se pondrá en votación al cierre del debate."

[73] Cdno. Pruebas 2, fls. 41 y ss.

[74] Cdno. Pruebas 2, fl. 48. Indicó su título, número de radicación, autores, ponente y las Gacetas del Congreso en las que fue publicado su contenido y la ponencia para primer debate.

[75] Art. 160 de la CP. "ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado". La misma disposición prevé que el deber de llevar a cabo el anuncio previo a la votación está a cargo del Presidente de la Cámara o de la Comisión respectiva, y, en todo caso, debe surtir "en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación". Cfr. Sentencias C-644 de 2004, C-305 de 2010 y C-214 de 2017. En estas sentencias, la Corte ha desarrollado las siguientes sub-reglas en relación las características del anuncio previo: (i) no exige el uso de fórmulas sacramentales; (ii) debe determinar la sesión futura en que

tendrá lugar la votación del proyecto; (iii) la fecha de esa sesión posterior ha de ser cierta, determinada o, por lo menos, determinable; (iv) debe llevarse a cabo una "cadena de anuncios por aplazamiento de la votación"; y (v) se dará por satisfecho 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".

[76] Cdno. Pruebas. 1, fls. 41 y ss.

[77]

Art. 145 de la CP. "El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quorum diferente." Cfr. Sentencias C-322 de 2006 y C-750 de 2008.

[78]

Id. Sentencia C-337 de 2015. La Corte ha reiterado que la existencia del quorum deliberativo mínimo "no permite per se que los parlamentarios asistentes adopten decisión alguna (...) por lo tanto (...) las decisiones sólo podrán tomarse con la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quorum diferente". Por lo tanto, dicha disposición dispone "como regla general un quorum decisorio que corresponde a la mitad más uno de los integrantes habilitados de cada corporación o comisión, quienes deben estar presentes durante todo el proceso de votación para manifestar su voluntad y resolver válidamente sobre cualquier asunto sometido a su estudio".

[79]

Cdno. Pruebas. 1, fls. 67.

[80]

Cdno. Pruebas 1, fl. 41 y ss. El Secretario informó que "han votado por el Sí ocho (8) honorables Senadores, un (1) honorable Senador ha votado por el No. En consecuencia, ha sido aprobada la proposición final con que termina el informe de ponencia".

[81]

Art. 133 de la CP. "Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley".

[82]

Art. 146 de la CP. "En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial." Sentencia C-047 de 2017. "La Corte ha dejado claro que, en los casos de proyectos de leyes aprobatorios de tratados internacionales, la mayoría que se exige para que se surta su aprobación es la mayoría simple". Cfr. Sentencias C-089 de 2014, C-750 de 2008, C-322 de 2006 y C-008 de 1995.

[83]

Cdno. Pruebas 1, fl. 67.

[84]

Cdno. Pruebas 1, fls. 41 y ss. El Secretario informó que "han votado por el Sí ocho (8) honorables Senadores, un (1) honorable Senador ha votado por el No. En consecuencia, ha sido aprobada la omisión de la lectura del articulado y el articulado".

[85]

Cdno. Pruebas 1, fl. 67.

[86]

Cdno. Pruebas 1, fls. 41 y ss. Tras la votación, el Secretario informó que "han votado por el Sí ocho (8) honorables Senadores, un (1) honorable Senador ha votado por el No. En consecuencia ha sido aprobado el título del proyecto de ley y el querer de esta comisión que tenga segundo debate".

[87] Cdno. Pruebas 2, fls. 29 y ss.

[88] Art. 160 de la CP. "Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días".

[89] Cdno. Pruebas 1, fls. 69 y ss.

[90] Cdno. Pruebas 2, fls. 29 y ss. Dicho informe contiene sus consideraciones generales sobre la iniciativa, el resumen del articulado del proyecto, la proposición de aprobar la ponencia en el segundo debate, así como los tres artículos del proyecto de ley.

[91] Cdno. Pruebas 1, fl. 105.

[92] Id. Indicó, además, su título y número de radicación, autores, ponente y las Gacetas del Congreso en las que fue publicado su contenido y la ponencia para primer debate.

[93] Cdno. Pruebas 1, fls. 108 y ss.

[94]

Cdno. Pruebas 1, fl. 105.

[95]

Cdno. Pruebas 1, fls. 108 y ss. Tras la votación, el Secretario informó "el siguiente resultado: Por el Sí: 47, por el No: 6. Total: 53 votos (...) En consecuencia, ha sido aprobada la proposición positiva con que termina el informe de ponencia del proyecto de ley número 108 de 2015".

[96]

Cdno. Pruebas 1, fl. 105.

[97]

Cdno. Pruebas 1, fls. 108 y ss. El Secretario informó "el siguiente resultado: Por el Sí: 56, Por el No: 5; Total: 61 votos. En consecuencia, ha sido aprobada la omisión de la lectura del articulado, el articulado en bloque, el título y que surta su trámite en la Cámara de Representantes"

[98] Cdno. Pruebas 1, fl. 106.

[99] Cdno. Pruebas 1, fl. 118.

[100] Cdno. Pruebas 1, fl. 119.

[101] Cdno. Pruebas 1, fl. 121.

[102] Cdno. Pruebas 1, fls. 124 y ss.

[103] Cdno. Pruebas 1, fls. 145 y ss. Dicho informe contiene la referencia al trámite legislativo adelantado, los objetivos del proyecto de Ley, el texto del tratado internacional, los beneficios de esta iniciativa y la proposición de aprobación de la misma.

[104] Cdno. Pruebas 2, fls. 66 y ss.

[105] Cdno. Pruebas 1, fl. 48.

[106] Cdno. Pruebas 2, fls. 111 y ss.

[107]

Cdno. Pruebas 1, fls. 181 y ss. Tras la votación, el Secretario informó que "han votado 13 honorables Representantes, los 13 han votado por el Sí, en consecuencia, ha sido aprobado el informe de ponencia".

[108]

Cdno. Pruebas 2, fls. 111 y ss.

[109]

Cdno. Pruebas 2, fls. 111 y ss.

[110]

Id. El Secretario informó que "han votado 14 honorables Representantes, los 14 han votado por el Sí, en consecuencia, ha sido aprobado el articulado".

[111]

Cdno. Pruebas 2, fls. 111 y ss.

[112]

Id. El Secretario informó que "han votado 14 honorables Representantes, los 14 han aprobado el título y la pregunta del proyecto de ley en discusión".

[113] Cdno. Pruebas. 2, fls. 29 y ss.

[114] Art. 160 de la CP. "Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días". Sentencia C-565 de 1997. "Entre el primero y el segundo debate de un proyecto de Ley deberá mediar un lapso no inferior a ocho días. Estos son comunes". Sentencia C-446 de 2009. "Según el artículo 160 de la Carta, el término que debe mediar para la aprobación de un proyecto de ley en la comisión constitucional respectiva y la plenaria, debe ser "no inferior" a 8 días. Y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, "por lo menos" de 15 días. Estos plazos, deben contabilizarse en días comunes y no hábiles". Cfr. Sentencias C-708 de 1996, C-002 de 1996 y C-1153 de 2005.

[115] Cdno. Pruebas 1. fls. 183 y ss.

[116] Cdno. Pruebas 2, fls. 130 y ss. Dicho informe contiene la información relativa al trámite legislativo, los objetivos del tratado internacional, sus beneficios, su texto y la proposición de aprobación.

[117] Cdno. 1, fl. 70.

[118] Id.

[119]

Cdno. 1, fl. 42.

[120]

Id. Tras la votación, el Secretario informó: "se cierra el registro, la votación final es la siguiente: Por el Sí: 73 votos electrónicos y 3 manuales, para un total por el Sí de 76 votos. Por el No 13 votos electrónicos, ninguno manual, para un total por el No de 13 votos. Señor Presidente ha sido aprobado".

[121]

Cdno. 1, fl. 42.

[122]

Id. El Secretario informó: "la votación es la siguiente: Por el Sí 74 votos electrónicos y 4 manuales para un total por el Sí de 78 votos. Por el No 9 votos electrónicos, ninguno manual para un total por el No de 9 votos. Señor Presidente, ha sido aprobado el articulado".

[123]

Cdno. 1, fl. 42.

[124]

Id. El Secretario informó: "la votación final es la siguiente: Por el Sí 75 votos electrónicos y 6 manuales para un total por el Sí de 81 votos. Por el No 9 votos electrónicos, ninguno manual. Señor Presidente, ha sido aprobado el título y la pregunta sobre este Proyecto de ley".

[125] Cdno. Pruebas 1, fl. 229.

[126] Cdno. Pruebas 1, fl. 249.

[127] "Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas".

[128] Cfr. Sentencia C-360 de 2016. Refiriéndose al cálculo del término previsto en el artículo 162 de la Constitución Política, la Corte resaltó que "se verifica al observar la fecha en que el proyecto fue radicado en el Senado de la República y la fecha en que fue aprobado en cuarto debate". Sentencia C-150 de 2009. "Es necesario manifestar que, aunque en principio podría pensarse que no se le dio cabal cumplimiento al artículo 162 Superior que establece que "ningún proyecto de ley podrá ser considerado en más de dos legislaturas, lo cierto es que el proyecto que culminó como Ley 1198 de 2008, sí fue considerado en menos de dos legislaturas. Esta conclusión surge al observar la fecha en que el proyecto fue radicado en el Senado de la República y la fecha en que fue aprobado en cuarto debate".

[129] Cdno. 1, fl. 21.

[130] Cdno. 1, fl. 1.

[131] Sentencia C-446 de 2009. "Para la suscripción de un convenio que comprometa al Estado colombiano, se deben agotar diversas etapas sucesivas en la que intervienen las distintas ramas del poder público para su perfeccionamiento –por tratarse de un acto complejo–"

[132] Sentencia C-446 de 2009.

[133] Ver. Art. 46 de la Convención de Viena. Cfr. Sentencias C-750 de 2008 y C-446 de 2009. El incumplimiento de los requisitos previstos por el ordenamiento doméstico para la celebración y ratificación de un tratado constituye un vicio del consentimiento, susceptible de dar lugar a la nulidad del tratado.

[134] Sentencias C-468 de 1997, C-400 de 1998, C-924 de 2000, C-576 de 2006 y C-184 de 2016, entre otras.

[135] Sentencias C-446 de 2009.

[136] Sentencias C-031 de 2009 y C-150 de 2009. En el control constitucional de tratados en materia comercial: "[S]e debe tener en cuenta que estos deben ser conformes con el llamado "bloque de constitucionalidad", muy especialmente, respecto a aquellas normas que tienen rango de ius cogens, es decir, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, [es decir] aquellas disposiciones imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas "que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter".

[137] Sentencia C-225 de 1995.

[138] Ver, por ejemplo, sentencias C-008 de 1997, C-864 de 2006, C-031 de 2009, C-446 de 2009, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012.

[139] Sentencia C-199 de 2012.

[140] Sentencias C-446 de 2009 y C-031 de 2009.

[141] Sentencia C-446 de 2009.

[142] Ver. Sentencias C-249 de 1994, C-294 de 2002, C-750 de 2008 y C-169 de 2012.

[143] Id. Cfr. Sentencia C-150 de 2009. "El control material por parte de la Corte del tratado internacional y de su ley aprobatoria, consiste, como se ha mencionado, en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, con la totalidad de los preceptos constitucionales, para determinar su coherencia o no con la Carta Política".

[144] Sentencias C-031 de 2009 y C-150 de 2009.

[145] Sentencia C-446 de 2009. "Los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y comercial o aquellos relacionados con el derecho comunitario, no ostentan esa jerarquía normativa superior ni constituyen parámetros de constitucionalidad, ya que responden exclusivamente a aspectos económicos, comerciales, fiscales, aduaneros, de inversiones, etc., y son por ese hecho ajenos al bloque de constitucionalidad. En consecuencia no son normativa de contraste en el análisis constitucional que adelanta esta Corporación".

[146] Sentencias C-446 de 2009 y C-031 de 2009.

[147] Ver, entre otras, las sentencias C-178 de 1995, C-031 de 2009, C-446 de 2009, C-864 de 2006, C-129 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012.

[148] Id. Sentencia C-446 de 2009.

[149] Id.

[150] Sentencia C-031 de 2009.

[151] Art. 189.2 de la CP. "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso".

[152] Art. 150.16 de la CP. "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".

[153] Sentencia C-446 de 2009. "Precisamente en materia de Tratados de Libre Comercio, la Corte ha insistido reiteradamente que las consideraciones de conveniencia, oportunidad, utilidad o eficiencia del instrumento internacional, son ajenas al examen que debe efectuar este Tribunal, dado que el análisis en las etapas de negociación y aprobación legislativa del tratado y su conveniencia, corresponden al Presidente y el Congreso respectivamente. Son ellos quienes deben, dentro del fuero de sus competencias, evaluar su pertinencia y la justificación de la adopción de un convenio internacional en la legislación interna, conforme a las atribuciones asignadas a cada Rama del Poder Público por la Constitución".

[154] Sentencia C-864 de 2006. "(...) La Constitución de 1991 estableció en su artículo 1° que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república democrática. De esta manera, la Constitución determinó que la legitimidad del poder público en el país reposaría en el acatamiento de diversos valores - expresados en el concepto "Estado social de derecho" - y de diversos procedimientos propios del régimen democrático. Estos presupuestos determinan fundamentalmente la estructura y la acción del Estado colombiano y, por lo tanto, también su actividad a nivel internacional y los procesos de integración en los que participe".

[155] Sentencias C-178 de 1995 y C-446 de 1995.

[156] Sentencia C-031 de 2009.

[157] Sentencia C-178 de 1995.

[158] Sentencia C-446 de 2009.

[159] Id.

[160] Sentencia C-178 de 1995.

[161] Sentencia C-446 de 2009.

[162] Id.

[163] Sentencia C-031 de 2009.

[164] Sentencias C-864 de 2006 y C-446 de 2009. "Para la Corte, cualquier problema que se origine en la aplicación de los Anexos y que implique la violación o amenaza de dichos derechos constitucionales, escapa al ámbito del control abstracto de constitucionalidad, por lo que su defensa se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales reconocidas en la Carta Fundamental".

[165] Sentencia C-864 de 2006.

[166] Sentencia C-178 de 1995.

[167] Sentencia C-178 de 1995. Cfr. Sentencia C-446 de 2009.

[168] Id.

[169] Algunas excepciones están representadas en las sentencias previas al Acto Legislativo 1 de 1999, en las cuales se declaró inexecutable la cláusula que proscribe la indemnización sin expropiación, permitida en ese entonces por el art. 58 de la CP. Ver, sentencias C-379 de 1996, C-385 de 1996, C-008 de 1997 y C-494 de 1996. A su vez, frente a otros instrumentos de derecho internacional de inversiones, la Corte ha ordenado la suscripción de declaraciones interpretativas. Al respecto, ver la sentencia C-184 de 2016.

[170]

El cual fue reformado mediante el "Protocolo Modificatorio Adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú", hecho en Lima el siete (7) de mayo 2001 y de la Ley 801 de 2003. Cfr. Sentencia C-961 de 2003.

[171] TLC con México y Venezuela (Ley 172 de 1994, declarada executable mediante la sentencia C-178 de 1995), TLC con EEUU (Ley 1143 de 2007, declarada executable por medio de la sentencia C-750 de 2008), TLC con El Salvador, Guatemala y Honduras (Ley 1241 de 2008, declarada executable mediante la sentencia C-446 de 2009) TLC con Canadá (Ley 1363 de 2009, declarada executable en la sentencia C-608 de 2010), Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile – Protocolo adicional a Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993 (Ley 1189 de 2008, declarada executable mediante la sentencia C-031 de 2009), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Ley 1746 de 2014, declarada executable mediante la sentencia C-620 de 2015), TLC con Costa Rica (Ley 1763 de 2015, declarada executable por medio de la sentencia C-157 de 2016), TLC con Corea (Ley 1746 de 2014, declarada executable mediante la sentencia C-184 de 2016), entre otros.

[172] Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Inversiones (Ley 149 de 1995, declarada executable mediante la sentencia C-203 de 1995), Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Ley 267 de 1995, declarada executable por la sentencia C-442 de 1996), Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena - Ley 323 de 1996, declarada executable mediante la sentencia C-231 de 1997), 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 (Ley 1000 de 2005, declarada executable mediante la sentencia C-864 de 2006), entre otros.

[173] CD, min. 10:55 y min. 1:39:00. El MinCIT sostuvo que es la entidad del Gobierno Nacional a cargo de liderar las negociaciones de los AIs, y que la determinación de su conveniencia es una decisión que recae bajo la órbita exclusiva del Presidente de la República.

[174] Cdno. 2, fl. 450.

[175] Cdno. 2, fl. 450.

[176] Cdno. 2, fl. 450.

[177] Id.

[178] CD, min. 1:52:10.

[179] Cdno. 2, fl. 621.

[180] Sentencia C-864 de 2006.

[181] Sentencia C-446 de 2009.

[182] Id.

[183] Sentencia C-178 de 1995.

[184] Por ejemplo, en materias económicas y de políticas públicas.

[185] Sentencia C-178 de 1995.

[186] Sentencia C-569 de 2004.

[187] Id. Cfr. Intervención de René Urueña. "No es suficiente que la Corte Constitucional analice el texto de las diferentes cláusulas a partir de una interpretación meramente textual o literal del mismo, sino que debe hacerlo a la luz de su contenido como ha sido interpretado por los laudos de arbitraje". Cdno. 2, fls. 612 a 633.

[188] Treaties and Subsequent Practice (OUP, 2013). Second Report for the International Law Commission Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence Under Special Regimes Related to Subsequent Agreements and Subsequent Practice, 233. En cuanto a esta conclusión, solo a título ilustrativo, al finalizar 2017, se habían llevado a cabo 534 arbitrajes de inversión. Ver. World Investment Report. United Nations Conference on Trade and Development, p. 11. La Corte resalta que, a la luz del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" son "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".

[189] Sentencia C-446 de 2009.

[190] United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2018 (Geneve, United Nations, 2018), 88.

[191] World Bank. International Center for Settlement of Investment Disputes. The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2019-I), 7.

[192] Id. P. 10.

[193] Id. P. 11.

[194] CD, min. 3:20:40.

[195] Cdno. 2, fls. 565 y ss.

[196] Id.

[197] Id.

[198] Id.

[199] Equivalente a USD\$ 84.500 millones.

[200] CD, min. 3:24:55. El MinCIT resaltó que "ha intentado, luego de las decisiones del Consejo Superior de Comercio Exterior en su centésima sesión, de tratar de abordar todas las discusiones sobre interpretación, el efecto de enfriamiento regulatorio, sobre la cláusula de nación más favorecida, sobre la vigencia y definición de inversionista de una manera progresiva y metódica que no envíe unas señales negativas".

[201] CD, min. 4:19:15.

[202] Sentencias C-864 de 2006. C-031 de 2009 y C-446 de 2009. "Aquellos elementos estrictamente técnicos y operativos que resulten de la aplicación de un tratado de libre comercio, pueden ser resueltos mediante el ejercicio de las respectivas acciones judiciales (...) Finalmente, aun cuando el contenido de los Anexos, previamente descrito, no genera prima facie ninguna violación de la Constitución, pues corresponden a aspectos esencialmente técnicos y operativos que permiten la aplicación de las disposiciones previstas en el Acuerdo de Complementación suscrito, esto no significa que algunos asuntos específicos puedan suscitar controversia en su ejecución, especialmente, en lo referente a la protección de los derechos fundamentales y colectivos. Para la Corte, cualquier problema que se origine en la aplicación de los Anexos y que implique la violación o amenaza de dichos derechos constitucionales, escapa al ámbito del control abstracto de constitucionalidad, por lo que su defensa se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales reconocidas en la Carta Fundamental".

[203] Naciones Unidas. Asamblea General. A/RES/56/83. Art. 2 "Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Art. 4. Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado". CD, min. 1:21:50. Según José Antonio Rivas. "Los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2011 de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas codifican normas de derecho internacional consuetudinario. Estas obligan a todos los Estados. Y a estas se refieren los artículos 15 y 17 del tratado sub examine. Artículo 2: "dos elementos para que se constituyan un hecho internacionalmente ilícito: (i) el comportamiento debe ser atribuible al Estado según el derecho internacional y (ii) el comportamiento debe constituir una violación de una obligación internacional de Estado. Si estos dos elementos se dan, el Estado será responsable internamente".

[204] Sentencia C-750 de 2008. "Con excepción de lo previsto en la cláusula 46 de la Convención de Viena, que el regula el tema de la nulidad de los tratados". Cfr. Sentencia C-446 de 2009.

[205] Este cuadro fue elaborado con base en la información aportada por varios intervinientes, entre ellos, la ANDJE en su informe radicado en el marco de la audiencia pública llevada a cabo en el presente asunto, y en la información publicada por el Centro Internacional de Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones (Cdn. 2, fls. 465 y ss). Otros intervinientes también aportaron esta información como Enrique Prieto (Cdn. 2, fl. 441 y ss) y Eduardo Silva Romero (Cdn. 2, fl. 359 y ss). Cfr. <https://icsid.worldbank.org>

[206]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "(...) que determinó que las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 no eran de aplicación retroactiva y que la reversión de las concesiones, conforme a los contratos suscritos antes de esta fecha, incluían los bienes afectos a las mimas".

[207]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "por medio de la cual se delimita el páramo de Santurbán".

[208]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "que tuvo como efecto la prohibición de la actividad minera en los páramos y dispuso la suspensión de todas las operaciones mineras activas en esa zona".

[209]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "(...) que determinó que las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 no eran de aplicación retroactiva y que la reversión de las concesiones conforme a los contratos suscritos antes de esta fecha incluían los bienes afectos a las mimas".

[210]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "en la que esta Corporación concluyó que la demandante no tenía derecho a una indemnización".

[211]

Id.

[212]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "que tuvo como efecto la prohibición de la actividad minera en los páramos y dispuso la suspensión de todas las operaciones mineras activas en esa zona".

[213]

Id.

[214]

Cdn. 2, fls. 465 y ss.

[215]

Cdn. 2, fls. 465 y ss. "falta de decisión sobre los invasores que decían ser mineros ancestrales"

[216]

Cdno. 2, fls. 465 y ss. "que ordenó la creación del Parque Nacional Yaigojé Apaporis y la suspensión de todas las actividades mineras dentro del territorio del parque, incluyendo una concesión minera sobre la que alegan tener derechos"

[217] Sentencia C-031 de 2009. "(...) se debe precisar que, en materia de control previo de constitucionalidad sobre tratados de libre comercio, la Corte debe analizar si las normas que restringen derechos fundamentales superan un test de razonabilidad".

[218] Sentencias C-031 y C-446, ambas de 2009.

[219] Sentencia C-864 de 2006.

[220] Sentencia C-446 de 2009.

[221] Sentencias C-178 de 1996 y C-864 de 2006.

[222] Sentencia C-864 de 2006.

[223] Sentencias C-228 de 2015 y C-010 de 2018.

[224] Sentencias C-863 de 2006 y C-172 de 2006. Cfr. Sentencia C-170 de 1995.

[225] Sentencia C-446 de 2009.

[226] El artículo 19 de la Convención de 1969 sobre derecho de los tratados dice: "Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trata (...)" En la práctica, las soluciones convencionales son diversas: ciertos tratados prohíben cualquier tipo de reservas (como la Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar o las convenciones de Nueva York y Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica y Cambios Climático); otros autorizan las reservas sobre ciertas disposiciones únicamente (por ejemplo el artículo 42 de la Convención sobre Refugiados de 1951) y algunos excluyen ciertas categorías de reservas (como el artículo 64 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe las reservas de carácter vago.). De manera general, una reserva expresamente permitida por las cláusulas finales del tratado no debe ser aprobada o aceptada por los demás Estados (Artículo 20 párrafo 1 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986).

[227] Id. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define la reserva en el artículo 2-D, como una "declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

[228] Por ejemplo, las sentencias C-012 de 2001 y C- 154 de 2005. Sin embargo, algunas decisiones han reconocido la inviabilidad de las reservas en tratados bilaterales. Por ejemplo, la sentencia C-819 de 2012. "(...) debe recordarse que, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, aun cuando los tratados bilaterales no admiten reservas pues ello constituiría un desacuerdo, 'es posible que las partes, al perfeccionarlo, emitan declaraciones interpretativas respecto de algunas de sus normas". Ver, también, las sentencias C-160 de 2000 y

C-780 de 2004.

[229] Ver las aclaraciones de voto de los magistrados Gloria Stella Ortiz y Alejandro Linares a la sentencia C-184 de 2016.

[230] Sentencia C-819 de 2012.

[231] The Oxford Guide to Treaties. Edited by Duncan B. Hollies. Treaty Formation. Edward T Swaine, 278 (OUP, 2014. Guía adoptada por la Comisión del Derecho Internacional en su sexagésima-tercera (63) sesión, en 2011 y sometida a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el informe sobre los trabajos de la sesión (A/66/10). El numeral 1.6.1. denominado "reservas" a los tratados bilaterales señala que "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o por una organización internacional después de la rúbrica o la firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, por la que ese Estado o esa organización se propone obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado a la cual el Estado o la organización internacional condiciona la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la Práctica".

[232] Introducción al Derecho de los Tratados. Reuter, Paul. México, Fondo de Cultura Económica, 1999, 98

[233] La Corte ha ordenado declaraciones interpretativas conjuntas en múltiples sentencias. Sentencias C-379 de 1996, C-358 de 1996, C-088 de 1997, C-494 de 1998, C-794 de 1998, C-160 de 2000, C-241 de 2004, C-779 de 2004, C-279 de 2006, C-923 de 2007, C-931 de 2007, C-121 de 2008, C-378 de 2009, C-638 de 2009, C-538 de 2010, C-915 de 2010, C-125 de 2011, C-196 de 2012, C-819 de 12, C-350 de 2013, C-677 de 2013, C-334 de 2014.

[234] Guide to Practice on Reservations to Treaties. International Law Comision (ILC, 2011). No. 4, 1.2.

[235] Modern Treaty Law and Practice (2nd dn CUP, Cambridge, 2007), 125. Treaty Intepretation (OUP, 2009) R. Gardiner. 94-9. The Legal Effect of Intepretative Declarations. DM McRae (1978) BYBIL, 156.

[236] Por ejemplo, Methanex Corp v US, UNCITRAL Case, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, "The parties of a treaty often foresee many of the difficulties of interpretation likely to arise in its intepretation, and in the treaty itself may define certain of the terms used. Or they may in some other way and before, during or after the conclusión of the treaty, agree upon the intepretation of a term (...) by a more formal procedure, as by an intepretative declararion or protocol or a supplementary treaty. Such authentic intepretations given by the parties override general rules of intepretation". (Traducción oficial al español no disponible).

[237] Cfr. Por ejemplo, Methanex Corp v US, UNCITRAL Case, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005. The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Invertmente Treaty Arbitration: A Latin American Perspective. Fandiño-Bravo, 703. Cfr. Intervención de René Urueña. "En caso de que encontrar que existe una contradicción entre las cláusulas del tratado y nuestra Constitución Política que pueda ser solucionada mediante una interpretación o modulación del contenido del tratado, la Corte debe ordenarle al Presidente de la República que negocie una nota interpretativa, una enmienda, un

protocolo adicional, o cualquier otro mecanismo aceptado por el derecho internacional público que permita reflejar en el tratado la interpretación constitucional".

[238] Sentencia C-160 de 2000.

[239] CD, min. 3:27:05.

[240] CD, min. 13:00:00.

[241] CD, min. 12:45:00.

[242] Id.

[243] Id.

[244] Ley 270 de 1996. Art. 45.

[245] Cdno. 2, fl. 546.

[246] La Cancillería, el Embajador, Alexander Toulemonde, Alejandra Vargas Saldarriaga, Nicolás Palau y Rafael Rincón.

[247] José Manuel Álvarez, la UExternado, Magdalena Correa y René Urueña.

[248] CD, min. 6:23.

[249] CD, min. 6:40.

[250] CD, min. 7:30.

[251] Cdno. 1, fls. 145 a 159.

[252] CD, min. 17:30

[253] CD, min. 17:55.

[254] CD, min. 18:00.

[255] CD, min. 18:45

[256] CD, min. 18:20.

[257] CD, min. 18:37.

[258] CD, min. 31:30.

[259] CD, min. 31:45.

[260] CD, min. 22:35.

[261] CD, min. 22:50.

[262] CD, min. 23:25.

[263] CD, min. 23:45.

[264] CD, min. 24:25.
[265] CD, min. 23:15.
[266] CD, min. 23:39.
[267] CD, min. 26:05.
[268] CD, min. 26:50.
[269] CD, min. 19:32.
[270] CD, min. 19:55.
[271] CD, min. 21:03.
[272] CD, min. 33:20.
[273] CD, min. 38:35.
[274] CD, min. 1:06:34.
[275] Cdno. 2, fl. 607.
[276] Cdno. 2, fl. 607.
[277] Cdno. 2, fl. 607.
[278] Cdno. 2, fl. 607.
[279] CD, min. 3:14:57.
[280] CD, min. 3:15:37.
[281] CD, min. 3:18:35.
[282] CD, min. 3:16:10.
[283] CD, min. 3:18:30
[284] Cdno. 2, fls. 378 a 426.
[285] Cdno. 2, fls. 576 a 587.
[286] CD, min. 1:54:45.
[287] CD, min. 1:54:51.
[288] Cdno. 1, fls. 160 a 187.
[289] CD, min. 4:56:17.
[290] CD, min. 44:25.
[291] CD, min. 44:40.
[292] CD, min. 50:30.

[293] CD, min. 50:50.

[294] CD, min. 52:05.

[295] CD, min. 52:19.

[296] CD, min. 52:30.

[297] CD, min. 54:20.

[298] CD, min. 55:40.

[299] Sentencias SU747 de 1998 y C-251 de 2002.

[300] Cfr. Sentencias C-284 de 2015 y SU072 de 2018.

[301] Sentencias C-169 de 2012 y C-123 de 2012

[302] Sentencia C-286 de 2015.

[303] Id.

[304] Sentencia C-169 de 2012.

[305] Sentencia C-309 de 2007.

[306] Ver, entre otros, Primer informe sobre la Protección Diplomática del Relator Especial John Dugard. A/CN.4/506. Sesión 52 de la Comisión de Derecho Internacional (2000); Draft Articles on Diplomatic Protection (2006) Official Records of the General Assembly, Sixty-First Session, Supplement No. 10 (A/61/10); Treaty Arbitration and Its Future – If Any, 7 Y.B. Arb. & Mediation 58 (2015). Kaj Hobe, 5; The International Law of Investment Claims (Cambridge University Press, Cambridge, 2009). P. 11. Principles of International Investment Law (OUP, 2008). R Dolzer and C Schreuer, 215.

[307] Sentencia C-358 de 1996.

[308] Sentencia C-309 de 2007.

[309] Sentencia C-494 de 1998.

[310] Sentencia C-309 de 2007.

[311] Id.

[312] Sentencia C-031 de 2009.

[313] Sentencia C-286 de 2015.

[314] Sentencia C-199 de 2012.

[315] Sentencia C-286 de 2015.

[316] Sentencia C-123 de 2012.

[317] Sentencia C-309 de 2007.

[318] Sentencias C-008 de 1997 y C-379 de 1996, entre otras. Cfr. Enrique Prieto. Cdn. 2, fls. 441 a 445. "Actualmente existen 3.600 AII, los cuales tienen generalmente una misma estructura que incluye: (i) la cláusula de qué se entiende por inversionista; (ii) que se entiende por inversión; (iii) estándares de trato (trato nacional, trato de la nación más favorecida, trato justo y equitativo); (iv) protección contra la expropiación (directa e indirecta); (v) mecanismo de solución de controversia (arbitraje)".

[319] Sentencia C-150 de 2009.

[320] Sentencias C-150 de 2009 y C-309 de 2007.

[321] "La inversión extranjera aumenta el acervo de capital del país, actúa como fuente de financiamiento externo y complementa el ahorro interno. También crea una transferencia de tangibles e intangibles que aporta tecnología, capacitación y entrenamiento de la fuerza laboral, genera empleo, desarrolla procesos productivos y fortalece los lazos de comercio y la capacidad exportadora del país, haciéndolo más competitivo".

[322] "La inversión extranjera (IE) es un elemento vital en el crecimiento económico ya que complementa la inversión nacional y permite allegar recursos productivos. Así, el fomento a la IE es vital para la promoción del crecimiento económico. La firma de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI) es un elemento importante dentro de cualquier estrategia encaminada a promover la IE. Estos acuerdos brindan al inversionista un marco jurídico estable y unas reglas de juego confiables para la toma de decisiones (...) El Departamento Nacional de Planeación recomienda al CONPES: Solicitar al equipo negociador de los Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones exceptuar explícitamente la deuda pública de la definición de inversión contenida en dichos acuerdos. Así mismo, se deben mantener las demás condiciones establecidas en el Documento 3135 de 2001 para que los flujos de endeudamiento externo sean considerados inversión".

[323] "En el marco de la política de promoción de inversión extranjera en Colombia, el Gobierno Nacional ha establecido el objetivo de fortalecer las condiciones de protección ofrecidas a los inversionistas extranjeros y nacionales mediante la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión –AII–, llegando a conformar hoy en día, un importante acervo de este tipo de Acuerdos, los cuales establecen la posibilidad de iniciar procesos de conciliación y de arbitraje internacional como medios de solución de controversias surgidas con motivo de la interpretación y/o aplicación de los mismos. Es indispensable fortalecer al Estado colombiano en su estrategia para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en los AII, y en la oportuna prevención e idónea atención de las controversias que surjan entre inversionistas extranjeros y el Estado colombiano en el marco de estos acuerdos. El presente documento propone lineamientos de política enfocados a fortalecer al Estado en su capacidad institucional de respuesta ante este tipo de controversias. En el marco de la política de promoción de inversión extranjera en Colombia, el Gobierno Nacional ha establecido el objetivo de fortalecer las condiciones de protección ofrecidas a los inversionistas extranjeros y nacionales mediante la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión –AII–, llegando a conformar hoy en día, un importante acervo de este tipo de Acuerdos, los cuales establecen la posibilidad de iniciar procesos de conciliación y de arbitraje internacional como medios de solución de controversias surgidas con motivo de la interpretación y/o aplicación de los mismos. Es indispensable fortalecer al Estado colombiano en su estrategia para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en los AII, y en la oportuna

prevención e idonea atención de las controversias que surjan entre inversionistas extranjeros y el Estado colombiano en el marco de estos acuerdos. El presente documento propone lineamientos de política enfocados a fortalecer al Estado en su capacidad institucional de respuesta ante este tipo de controversias".

[324] "Solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Nacional de Planeación, proponga una agenda de negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión y Acuerdos Interadministrativos de Movimiento Temporal de Personas de Negocios, en la que la priorización de los países para las negociaciones se realice incluyendo como criterio orientador la promoción de la inversión colombiana en el exterior".

[325] "Para la elaboración de la Agenda de Negociación Conjunta, se emplearon cifras a 2005, por ser el último año con el que se cuenta con información completa a nivel nacional (fuente Banco de la República), como a nivel internacional (fuente UNCTAD). Los criterios para la construcción de la agenda son los siguientes: 1. Inversión extranjera instalada. 2. Flujos de inversión recientes. 3. Inversión colombiana en el exterior. 4. Países altamente exportadores de capital. 5. Países con mayor potencial de invertir en tecnología. 6. Países que ya tienen AII con Colombia. 7. Países que han mostrado interés en negociaciones de AII. 8. Países que han mostrado interés en negociaciones de ADT". Cfr. Cdno. 2, fl. 606. "Como resultado de estos criterios, se incluye a Francia como un país prioritario para la suscripción de un AII, ocupando el puesto No. 7 de 59 países para determinar la agenda negociadora".

[326] "La negociación de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), liderada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se ha venido desarrollando de conformidad con la agenda de negociaciones aprobada por el Consejo Superior de Comercio Exterior (CSCE) en la sesión de 81 de marzo de 2007 (...) Por lo anterior, es necesario, diseñar, impulsar y adoptar nuevas estrategias complementarias orientadas a atraer inversión extranjera (...) y resaltar la importancia tanto de culminar dicha agenda como de pertenecer a los foros ya mencionados".

[327] CD, min. 38:35.

[328] Cdno. 2, fl. 607.

[329] Cdno. 1, fls. 145 a 159.

[330] Cdno. 2, fls. 378 a 426.

[331] CD, min. 18:20.

[332] CD, min. 17:55.

[333] CD, min. 31:45.

[334] CD, min. 31:30.

[335] Por ejemplo, René Urueña. Cdno. 2, fls. 612 a 633. Magdalena Correa. Cdno. 2, fls. 449 a 464.

[336] Cdno. 2, fl. 460.

[337] Sentencia C-379 de 1996. Cfr. Sentencia C-309 de 2007. "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"; 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". Ver, también, Sentencias C-150 de 2009, C-377 de 2010 y C-199 de 2012.

[338] Sentencia C-379 de 1996. Cfr. Sentencia C-309 de 2007. "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"; 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". Ver, también, Sentencias C-150 de 2009, C-377 de 2010 y C-199 de 2012.

[339] International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Paparinskis. Cambridge University Press. 2018. 12. Contingent Standards: National Treatment and Most-Favoured Nation Treatment. P. 293. "At one point in time, non-discrimination was the issue in the international law on treatment of aliens and foreign investment (...) it is fair to say that non-discrimination has lost its central role in the practice of international investment law, and international arbitral tribunals are more likely to determine responsibility arising out of breach of primary obligations of fair and equitable treatment". (Traducción oficial al español no disponible).

[340] Trade Act (2002). Trade Negotiation Objectives. (B) Principal Trade Negotiation Objectives (3) Foreign Investment. "(...) while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States, and to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice". (Traducción oficial al español no disponible).

[341] TPA Act (2015). "No trade agreement is to lead to the granting of foreign investors in the United States greater substantive rights than are granted to U.S. investors in the United States." (Traducción oficial al español no disponible).

[342] Instrumento de AII integrado, entre otros, por un capítulo de inversión.

[343] General Secretariat of the Council 12865/16. Joint Interpretative Declaration on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States. 10 of October of 2016. "CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors".

[344] Cdno. 2, fl. 357.

[345] Conseil Constitutionnel. Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017. Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part. "En ce qui concerne le respect du principe d'égalité devant la loi: Aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi «doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en

rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. En premier lieu, les stipulations du chapitre 8 de l'accord comportent, en faveur des investisseurs non ressortissants de l'État d'accueil de l'investissement, des prescriptions touchant à certains droits substantiels. Celles-ci, qui sont relatives en particulier au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable et à la protection contre les expropriations directes ou indirectes, ont pour seul objet d'assurer à ces investisseurs des droits dont bénéficient les investisseurs nationaux. Ainsi, le a du paragraphe 6 de l'instrument interprétatif commun prévoit que l'accord « ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux ». Dès lors, les stipulations du chapitre 8 ne créent sur ce point aucune différence de traitement". (Traducción oficial al español no disponible).

[346] Id.

[347] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019. el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al analizar el sistema de resolución de controversias desde la perspectiva del principio de igualdad, concluyó que: "debe señalarse que, si bien con respecto al objeto y a la finalidad (...) de la inclusión en el CETA de disposiciones en materia de trato no discriminatorio y de protección de las inversiones extranjeras, las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la Unión se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, su situación no es comparable, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión"

[348] Conseil Constitutionnel. Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017. "répond toutefois au double motif d'intérêt général tenant, d'un côté, à créer, de manière réciproque, un cadre protecteur pour les investisseurs français au Canada et, de l'autre, à attirer les investissements canadiens en France". (Traducción oficial al español no disponible).

[349] Id.

[350] Sentencias C-446 de 2009 y C-578 de 2002. Cfr. Art. 1 de la Ley 7 de 1944. "Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución, no se considerarán vigentes como Leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente".

[351] Tanto de los participantes a la audiencia como de quienes presentaron escritos de intervención ciudadana.

[352] Cdno. 2, fl. 546.

[353] Cdno. 2, fl. 560.

[354] La UNAB y la Cancillería.

[355] Adriana Vargas.

[356] La URosario y la UExternado.

[357] Cdno. 2, fl. 495. Citó in extenso las sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, así como la C-184 de 2016.

[358] Cdno. 1, fl. 146.

[359] Cdno. 2, fl. 608.

[360] CD, min. 1:01:30

[361] Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[362] Id.

[363] Cdno. 2, fls. 319 a 346.

[364] Id.

[365] Id.

[366] Id.

[367] Id.

[368] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[369] Sentencias C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-169 de 2012, C-123 de 2012 y C-286 de 2015.

[370] Sentencia C-184 de 2016.

[371] Id.

[372] Id. Cfr. Sentencia C-446 de 2009. Las definiciones contribuyen a "precisar conceptos técnicos relacionados con elementos y expresiones económicas y comerciales del convenio. Sobre este tipo de preceptos -los que expresan el significado de acepciones acordadas por las partes-, ha resaltado la Corte que se trata de normas que armonizan plenamente con la Constitución, ya que su función está dada sobre la base de otorgar sentido a los términos empleados por el instrumento internacional correspondiente, para la correcta interpretación de sus contenidos".

[373] Sentencia C-494 de 1998.

[374] Sentencias C-379 de 1996 y C-494 de 1998.

[375] Ver, por ejemplo, sentencia C-377 de 2010. Ley 1342 de 2009. Art. 1. "Inversionista de una Parte, significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva".

[376] Ley 1069 de 2006 (APPRI con España). Art. 1.

[377] Sentencia C-309 de 2007.

[378] Id.

[379] Sentencia C-750 de 2008.

[380] Sentencia C-446 de 2009.

[381] Sentencia C-578 de 2002.

[382] Cdno. 2, fl. 547.

[383] El MinCIT, la Cancillería y la UNAB.

[384] La UROSARIO.

[385] Cdno. 1, fl. 55. En este mismo sentido, La UNAB señaló que "las inversiones realizadas con anterioridad al tratado (...) se cubren por [el mismo, lo cual] no quebranta ninguna norma superior". Cdno. 2, fl. 496.

[386] Id.

[387] Cdno. 1, fl. 147.

[388] Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[389] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[390] Sentencia C-150 de 2009.

[391] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-294 de 2002 y C-309 de 2007.

[392] Sentencia C-377 de 2010. Cfr. Sentencia C-123 de 2012. "El contenido del artículo 1° del convenio protege, por un lado, el principio de igualdad (Art.13 Superior) que en este caso rige las relaciones comerciales y la posición de quienes como inversionistas se regían por las prerrogativas del Acuerdo anterior y que no pueden verse afectados con la entrada en vigencia del nuevo acuerdo en estudio. Asimismo, respeta el principio de irretroactividad, en el sentido que no es aplicable a las controversias o situaciones consolidadas antes de su entrada en vigencia".

[393] Sentencia C-309 de 1997. Cfr. Sentencia C-199 de 2012.

[394] Sentencia C-432 de 2010.

[395] Sentencia C-354 de 2009.

[396] Sentencia C-199 de 2012.

[397] Sentencia C-150 de 2009. Cfr. Sentencia C-169 de 2002.

[398] Cfr. Sentencias C-358 de 1996, C-294 de 2002 y C-309 de 2007.

[399] En la sentencia C-184 de 2016, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la

sección (a) del artículo 2 del Anexo 8 (c), en virtud de la cual las medidas en materia de pagos y transferencias de capital "no exceder un periodo de un año; sin embargo, bajo circunstancias excepcionales y por razones justificadas, una Parte podrá extender el período de aplicación de tales medidas por un año adicional". Esto, por cuanto "las funciones que el artículo 372 Superior le asignó a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, bancaria y crediticia son permanentes y no están sujetas a límites temporales rígidos como el determinado en el literal "a" del numeral 2° del Anexo 8-C. El carácter indefinido de las competencias del Banco se ha considerado en otros acuerdos internacionales en los que, si bien se han referido las circunstancias que habilitan ese tipo de medidas y se ha destacado su carácter transitorio, no se han previsto términos específicos de vigencia, pues éstos sólo pueden ser establecidos por la autoridad competente de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se enfrenta en el ejercicio de sus funciones constitucionales".

[400] Id.

[401] Sentencia C-184 de 2016.

[402] Cdno. 2, fl. 547.

[403] Cdno. 2, fl. 497.

[404] Cdno. 1, fls. 48 a 66 y 145 a 159.

[405] Sentencia C-358 de 1996. Cfr. Sentencia C-199 de 2012.

[406] Sentencia C-494 de 1998.

[407] Sentencia C-309 de 2007.

[408] Cdno. 2, fl. 547.

[409] Cdno. 2, fl. 548.

[410] Id.

[411] Cdno. 2, fl. 550.

[412] Id.

[413] El MinCIT, la Cancillería y la UNAB.

[414] José Antonio Rivas y Rafael Rincón.

[415] José Manuel Álvarez.

[416] Cdno. 1, fl. 55.

[417] Cdno. 1, fl. 147 y Cdno. 2, fl. 497.

[418] CD, min. 1:24:30. Desde el min. 1:21:50, el interviniente aclaró que los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2011 de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas codifican normas de derecho internacional consuetudinario y son obligatorias para todos los Estados. El Artículo 2 prevé que "dos elementos para que se constituyan un hecho internacionalmente ilícito: (i) el comportamiento debe ser atribuible al Estado según el derecho

internacional y (ii) el comportamiento debe constituir una violación de una obligación internacional de Estado. Si estos dos elementos se dan, el Estado será responsable internacionalmente". Por su parte, el artículo 4 dispone que "según este artículo, se considera hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones ejecutivas, legislativas judiciales o de otra índole".

[419] CD, min. 1:24:37. En este caso, el Tribunal estableció lo siguiente: "el estándar mínimo de trato justo y equitativo es infringido por una conducta atribuible al Estado y perjudicial para el reclamante si la conducta es arbitraria, burdamente parcializada, injusta o idiosincrática, si es discriminatoria y expone al reclamante a un perjuicio seccional o racial o implica ausencia de debido proceso que conduce a un resultado que ofende lo apropiado judicialmente, como podría ser el caso de una ausencia manifiesta de impartir justicia natural (...) o una falta total de transparencia. Al aplicar este estándar, es relevante que el tratamiento sea violatorio de las declaraciones hechas por el estado anfitrión en las que el reclamante se confió". Sobre la obligación de no denegar justicia, aclaró que "no es simplemente una aplicación errónea de la Ley, sino que va mucho más allá (...) consiste en administrar justicia de una manera fundamentalmente injusta".

[420] CD, min. 1:27:30.

[421] CD, min. 1:27:37.

[422] CD, min. 1:28:18.

[423] CD, min. 1:28:46.

[424] CD, min. 2:19:12.

[425] CD, min. 1:29:50.

[426] CD, min. 1:30:00.

[427] CD, min. 1:30:17.

[428] CD, min. 1:30:47.

[429] CD, min. 2:34:59.

[430] CD, min. 1:39:10.

[431] CD, min. 1:39:20.

[432] CD, min. 1:41:10.

[433] CD, min. 1:41:14.

[434] CD, min. 1:43:23.

[435] CD, min. 1:44:12.

[436] CD, min. 1:45:05.

[437] CD, min. 1:46:50.

[438] Cdno. 2, fls. 576 a 587.

[439] CD, min. 1:48:10.

[440] CD, min. 1:49:24.

[441] CD, min. 2:36:42.

[442] Cdno. 2, fls. 576 a 587.

[443] Id.

[444] Cdno. 1, fls. 160 a 187.

[445] Id.

[446] CD, min. 2:06:30. Resaltó que el trato justo y equitativo, tal como está previsto en el artículo 4, implica "de conformidad con el derecho internacional a los inversionistas de la otra parte, es decir, al que ellos tendrían derecho en cualquier situación internacional y en cualquier territorio en que participen".

[447] Sentencia C-358 de 1996. "la posición mayoritaria de la doctrina internacional en torno a los principios del 'trato justo y equitativo' y de la 'entera protección y seguridad' indican que éstos se determinan en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto"

[448] *Mondev International Ltd. v United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, 118. "A judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case. It is part of the essential business of courts and tribunals to make judgments such as these". (Traducción oficial al español no disponible).

[449] *Waste Management, Inc. v United Mexican States ("Number 2")*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 98. "Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case". (Traducción oficial al español no disponible).

[450] Fair and Equitable Treatment. UNCTAD. (2012), 1.

[451] *Principles of International Investment Law*, (OUP, 2012), R Dolzer and C Schreuer. The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity? M Sornarajah in *Investment Treaty Law, Current Issues II: Nationality and Investment Treaty Claims and Fair and Equitable Treatment* (London, UCL, 2007).

[452] *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, (2016) (2017) (2018). "In the decisions holding the State liable, tribunals most frequently found breaches of the expropriation and the fair and equitable treatment (FET) provisions". (Traducción oficial al español no disponible).

[453] Fair and Equitable Treatment. UNCTAD. (2012) "The wide application of the FET obligation has revealed its protective value for foreign investors but has also exposed a number of uncertainties and risks". (Traducción oficial al español no disponible).

[454] *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials*. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Paparinskis. Cambridge University Press. 2018, 260. "Overly

broad readings of FET clauses is one of the principal reasons fueling a backlash against investment arbitration". (Traducción oficial al español no disponible).

[455] CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, 290. "The standard or protection against arbitrariness and discriminations is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment. The standard is next related to impairment: the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of the investment must be impaired by the measures adopted".

[456] LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, 162. "Por el contrario, significa que Argentina enfrentó severas dificultades económicas y sociales desde 2001 en adelante, teniendo que reaccionar ante esta situación. Aunque las medidas tomadas por Argentina no resultasen la mejor manera de proceder, ellas no fueron tomadas a la ligera, sin consideración suficiente. Ello se refleja, particularmente, en los ajustes por PPI, los cuales, antes de ser pospuestos, fueron negociados por Argentina con los inversionistas. El Tribunal concluye que las cargas impuestas por Argentina a la inversión de las Demandantes, aunque injustas e inequitativas, fueron el resultado de juicios razonados y no de simples desacatos al Derecho".

[457] Waste Management, Inc. v United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 98.

[458] Metalclad Corporation v The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

[459] International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Paparinskis. Cambridge University Press. 2018, 269.

[460] International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, UNCITRAL, Laudo de 26 de enero de 2006, 147 y 148.

[461] Saluka v Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006, 309. "The "fair and equitable treatment" standard in Article 3.1 of the Treaty is an autonomous Treaty standard and must be interpreted, in light of the object and purpose of the Treaty, so as to avoid conduct of the Czech Republic that clearly provides disincentives to foreign investors. The Czech Republic, without undermining its legitimate right to take measures for the protection of the public interest, has therefore assumed an obligation to treat a foreign investor's investment in a way that does not frustrate the investor's underlying legitimate and reasonable expectations. A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions). In applying this standard, the Tribunal will have due regard to all relevant circumstances". (Traducción oficial al español no disponible).

[462] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 154.

[463] Indian Model BIT (2016). "Each Party shall no subject investments of investors of the other Party to measures which constitute: (i) Denial of justice under customary international law; (ii) Un-remedied and egregious violations of due process; or (iii) Manifestly abusive treatment involving continuous and outrageous coercion or harassment". (Traducción oficial al español no

disponible).

[464] CETA. Art. 8.10 (2). "2. Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apartado 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya: a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos; c) una arbitrariedad manifiesta; d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas; e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo".

[465] CETA. Art. 8.10 (4). "Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas".

[466] TPP. Investment Chapter. Art. 9.6. "Article 9.6: Minimum Standard of Treatment¹⁵ 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligations in paragraph 1 to provide: (a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. 3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article. 4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result. 5. For greater certainty, the mere fact that a subsidy or grant has not been issued, renewed or maintained, or has been modified or reduced, by a Party, does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result". (Traducción oficial al español no disponible).

[467] Por ejemplo, las relacionadas con el alcance de la responsabilidad subjetiva y objetiva a la luz de esta cláusula, así como su extensión a la protección legal de las inversiones.

[468] The Channel Tunnel Group Ltd and France: Manche SA v United Kingdom and France, Partial Award on Jurisdiction, Decision of 30 January 2007, 314. "It was the incumbent on the Principals, acting through the IGC and otherwise, to maintain conditions of normal security and public order in and around the Coquelles terminal". (Traducción oficial al español no disponible).

[469] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States, ICSID Case No.

ARB (AF)/00/2, 177.

[470] Products Ltd. v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, 49. "The arbitral Tribunal is not aware of any case in which the obligation assumed by the host State to provide the nationals of the other Contracting State with "full protection and security" was construed an absolute obligation which guarantees that no damages will be suffered, in the sense that any violation thereof creates automatically a "strict liability" on behalf of the host State (...) cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed". (Traducción oficial al español no disponible).

[471] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[472] Sentencias C-377 de 2010 y C-286 de 2015.

[473] Sentencia C-008 de 1997.

[474] Sentencia C-169 de 2012. "Así, se compromete a las Partes Contratantes en la promoción de las inversiones de la otra, en el deber de facilitar los permisos para la inversión del otro Estado, de otorgar las autorizaciones requeridas, y de no entorpecer el proceso de inversión de la otra Parte".

[475] Sentencia C-123 de 2012.

[476] Art. 28 de la CP. "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

[477] Art. 29 de la CP. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

[478] Art. 228 de la CP. "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

[479] Art. 229 de la CP. "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

[480] Art. 8 de la CADH. "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

[481] Art. 100 de la CP.

[482] Sentencia C-250 de 2012.

[483] Sentencia SU354 de 2017.

[484] Sentencia C-578 de 2002. "A pesar de esa evolución, se mantienen constantes tres elementos de la soberanía: (i) el entendimiento de la soberanía como independencia, en especial frente a Estados con pretensiones hegemónicas; (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas; y (iii) la reafirmación del principio de intermediación según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional. Así entendida, la soberanía en sentido jurídico confiere derechos y obligaciones a los Estados, quienes gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos, y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua. En ocasiones ello puede requerir la aceptación de la competencia de organismos internacionales sobre algunos asuntos de competencia nacional, o la cesión de algunas competencias nacionales a instancias supranacionales. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, tal posibilidad es compatible con nuestro ordenamiento constitucional, siempre que tal limitación a la soberanía no suponga una cesión total de las competencias nacionales".

[485] Corte Permanente Internacional de Justicia, 1923, Caso Wimbledon, World Court Reports, Serie A, No. I.

[486] Por lo demás, tal como lo advirtió un interviniente, la alusión al "derecho internacional aplicable" es claramente más amplia a la prevista por los tratados previamente suscritos por Colombia, en los cuales el "estándar de trato justo y equitativo debe ser conforme o encontrarse dentro del nivel mínimo de trato que reconoce el derecho internacional consuetudinario". Cdo. 2. Fl. 579. Intervención de Rafael Rincón.

[487] CD, min. 3:29:50.

[488] Fair and Equitable Treatment. UNCTAD. (2012) "The wide application of the FET obligation has revealed its protective value for foreign investors but has also exposed a number of uncertainties and risks". (Traducción oficial al español no disponible).

[489] Sentencias C-031 y C-050, ambas de 2009. Cfr. Sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, así como C-286 de 2015.

[490] Sentencia C-169 de 2012.

[491] Sentencias C-031 de 2009, C-169 de 2012 y C-608 de 2010.

[492] Id.

[493] International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Paparinskis. Cambridge University Press. 2018, 269.

[494] International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, UNCITRAL, Laudo de 26 de enero de 2006, 147 y 148.

[495] Waste Management, Inc. v United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 98. "Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case". (Traducción oficial al español no disponible).

[496] Cdo. 2, fl. 552.

[497] Id.

[498] Id.

[499] Id.

[500] El MinCIT, la Cancillería y la UNAB.

[501] José Antonio Rivas y Rafael Rincón.

[502] José Manuel Álvarez.

[503] La URosario.

[504] Cdo. 1, fl. 56.

[505] Cdo. 2, fl. 503.

[506] Cdno. 1, fl. 148.

[507] CD, min. 1:31:04.

[508] CD, min. 1:31:24.

[509] CD, min. 1:31:40.

[510] CD, min. 1:32:41.

[511] CD, min. 1:31:49.

[512] CD, min. 1:32:10.

[513] CD, min. 1:34:12.

[514] CD, min. 1:34:27.

[515] CD, min. 1:36:10.

[516] Cdno. 2, fls. 576 a 587.

[517] Id.

[518] Id.

[519] Id.

[520] Id.

[521] Cdno. 2, fls. 429 a 439.

[522] Id.

[523] Id.

[524] CD, min. 2:01:20.

[525] CD, min. 2:01:40.

[526] CD, min. 2:01:55.

[527] CD, min. 2:08:07.

[528] CD, min. 2:25:15.

[529] CD, min. 2:28:50.

[530] Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[531] 2001 Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts. (Art. 3, commentary 7). International Law Commission. "National treatment requires States to apply to aliens the same legal treatment as to nationals". (Traducción oficial al español no disponible).

[532] *Saluka v Czech Republic*, Partial Award of 17 March 2006, 313.

[533] Quiborax SA and Non Metallic Minerals SA v Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2 Award, 16 September 2015, 247 "to determine whether the Revocation Decree discriminated against NMM, the Tribunal will apply the three pronged test formulated in Saluka (...) State conduct is discriminatory if (i) similar cases are (ii) treated differently (iii) without reasonable justification". (Traducción oficial al español no disponible).

[534] International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Pappas. Cambridge University Press. 2018, 302.

"Reasonable people may disagree on whether it is possible to identify jurisprudence constante in recent arbitral decisions in relation to likeness".

[535] Occidental Exploration and Production Co. v Ecuador, LCIA Case No. UN 3467 Final Award, 1 July 2004, 173.

[536] Id. "The Tribunal is of the view that in the context of this particular claim the Claimant is right and its arguments are convincing. In fact, "in like situations" cannot be interpreted in the narrow sense advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken". (Traducción oficial al español no disponible).

[537] Methanex Corp v US, UNCITRAL Case, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, 16. "The major distinction between the two proposed methodologies is in the specific method of selecting what the USA called the 'comparator' for purposes of determining like circumstances. In the formula quoted above, Methanex's methodology begins by assuming that its comparator is the ethanol industry, while the USA proposes a procedure in which the comparator that is to be selected is that domestic investor or domestically-owned investment which is like or, if not like, then close to the foreign investor or investment in all relevant respects, but for nationality of ownership. Despite the difference in approach, it is clear that if the result of the application of the US procedure were to identify the ethanol industry as the comparator, Methanex's methodology would simply be the final sequence in the US methodology. 17. The key question is: who is the proper comparator? Simply to assume that the ethanol industry or a particular ethanol producer is the comparator here would beg that question. Given the object of Article 1102 and the flexibility which the provision provides in its adoption of 'like circumstances', it would be as perverse to ignore identical comparators if they were available and to use comparators that were less 'like', as it would be perverse to refuse to find and to apply less 'like' comparators when no identical comparators existed. The difficulty which Methanex encounters in this regard is that there are comparators which are identical to it. In this respect, the NAFTA award in Pope & Talbot v Canada is instructive. There, a US investor in Canada, which was obliged to pay export fees, alleged that it was in like circumstances with Canadian producers in other provinces that were not subject to export fees. The tribunal, however, rejected the claim for there were more than 500 Canadian producers in other provinces which were subject to the fees. 30 That is, the tribunal selected the entities that were in the most 'like circumstances' and not comparators that were in less 'like circumstances'. It would be a forced application of Article 1102 if a tribunal were to ignore the identical comparator and to try to lever in an, at best, approximate (and arguably inappropriate) comparator. The fact stands - Methanex did not receive less favorable treatment than the identical domestic comparators, producing methanol". (Traducción oficial al español no disponible).

[538] Id.

[539] TPP Drafters Note on Interpretation of "in Like Circumstances" under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment). "3. The phrase 'in like circumstances' ensures that comparisons are made only with respect to investors or investments on the basis of relevant characteristics. This is a fact-specific inquiry requiring consideration of the totality of the circumstances, as reflected in paragraphs 4 and 5. Such circumstances include not only competition in the relevant business or economic sectors, but also such circumstances as the applicable legal and regulatory frameworks and whether the differential treatment is based on legitimate public welfare objectives. Accordingly, the Parties agreed to include a new footnote in the text: "For greater certainty, whether treatment is accorded in 'like circumstances' depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives." 4. In considering the phrase "in like circumstances", NAFTA tribunals have held that investors or investments that are "in like circumstances" based on the totality of the circumstances have been discriminated against based on their nationality". (Traducción oficial al español no disponible).

[540] "For greater certainty, whether treatment is accorded in 'like circumstances' under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives". (Traducción oficial al español no disponible).

[541] Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, 193. "Article 1102 requires the Member States to accord investors and investments of the other Member States "treatment" that is "no less favorable" than that given to domestic investors and investments in "like circumstances." The basic function of this provision is to protect foreign investors vis-his internal regulation affording more favorable treatment to domestic investors. The national treatment obligation under Article 1102 is an application of the general prohibition of discrimination based on nationality, including both de jure and de facto discrimination. The former refers to measures that on their face treat entities differently, whereas the latter includes measures which are neutral on their face but which result in differential treatment". (Traducción oficial al español no disponible).

[542] Crystallex International Corporation v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2. "A fin de demostrar la discriminación, el inversor debe demostrar que fue sometido a un trato diferente en circunstancias similares sin justificación razonable, por lo común, por razón de su nacionalidad o características similares. El Tribunal cree que, en virtud de este estándar, la Demandante no ha establecido de manera suficiente que fue discriminada por Venezuela. El Tribunal opina que no se presentó a su atención ningún comparador adecuado que justificaría un resultado concluyente en materia de discriminación. Es cierto que las pruebas que obran en el expediente demuestran que, en algún punto, Venezuela estaba considerando la posibilidad de constituir un emprendimiento conjunto con Rusoro. Sin embargo, los acontecimientos posteriores relativos a dicho emprendimiento conjunto en relación con Las Cristinas no bastan para fundar una reclamación de discriminación. Además, no hay controversia respecto de que Venezuela posteriormente entabló una relación contractual con la empresa china CITIC. No obstante, el Tribunal tampoco considera que éste sea un comparador apropiado: el expediente no ofrece muchas pruebas acerca de las circunstancias precisas en torno al contrato con CITIC, y la posterior celebración de un contrato con encuadre diferente no puede compararse fácilmente con la cuestión del trato de Crystallex dentro del plazo de vigencia del COM. En otras palabras, la Demandante no ha establecido de manera suficiente que el hecho de que Venezuela haya entablado una relación contractual con una empresa china luego de la ruptura de su relación

con Crystallex demuestre una conducta discriminatoria en contra de Crystallex. Por supuesto, el Tribunal no ha pasado por alto las referencias reiteradas y bastante despectivas a "transnacionales" y "empresas transnacionales" en las declaraciones del Presidente y de algunos Ministros. Si bien el Tribunal comprende las quejas de Crystallex según las cuales fue acosada debido a su naturaleza "transnacional" y no puede excluir el hecho de que efectivamente existió discriminación en las circunstancias del caso, opina que la demostración de la existencia de discriminación requeriría pruebas más concluyentes de hechos que no se reflejan en el expediente."

[543] *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, 404.

[544] *Pope & Talbot Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, 78.

[545] *Id.* "Differences in treatment will presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA". (Traducción oficial al español no disponible).

[546] *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v Government of Canada*, UNCITRAL, Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No. 2009-04.

[547] *Id.* "The approach taken in *Pope & Talbot*, would seem to provide legally appropriate latitude for host states, even in the absence of an equivalent of Article XX of the GATT, to pursue reasonable and non-discriminatory domestic policy objectives through appropriate measures even when there is an incidental and reasonably unavoidable burden on foreign enterprises. Consistently with the approach taken in the *Feldman* case, however, the present Tribunal is also of the view that once a prima facie case is made out under the three-part UPS test, the onus is on the host state to show that a measure is still sustainable within the terms of Article 1102. It is the host state that is in a position to identify and substantiate the case, in terms of its own laws, policies and circumstances, that an apparently discriminatory measure is in fact compliant with the "national treatment" norm set out in Article 1102". (Traducción oficial al español no disponible).

[548] GATT. Artículo XX. Excepciones Generales. "(...) ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas".

[549] *Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, 192. "Since the text of Art. XI derives from the parallel model clause of the U.S. FCN treaties and these treaties in turn reflect the formulation of Art. XX of GATT 1947, 291 the Tribunal finds it more appropriate to refer to the GATT and WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirements of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law". (Traducción oficial al español no disponible).

[550] WTO Appellate Body, *Korea-Beef*, para. 161. "the reach of the word 'necessary' is not

limited to that which is 'indispensable' or 'of absolute necessity' or 'inevitable'. Measures which are indispensable or of absolute necessity or inevitable to secure compliance certainly fulfill the requirements of Article XX (d). But other measures, too, may fall within the ambit of this exception. As used in Article XX (d), the term 'necessary' refers in our view to a range of degrees of necessity. At a one end of this continuum lies 'necessary' understood as 'indispensable'; at the other, is 'necessary' taken to mean as 'making a contribution to'. We consider that a 'necessary' measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to'. (Traducción oficial al español no disponible).

[551] *Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, 194. "In order to determine whether a measure which is not indispensable, may nevertheless be 'necessary': The necessity of a measure should be determined through 'a process of weighing and balancing of factors' which usually includes the assessment of the following three factors: the relative importance of interests or values furthered by the challenged measures, the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it and the restrictive impact of the measure on international commerce". (Traducción oficial al español no disponible).

[552] *Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, 195. "Within the WTO a measure is not necessary if another treaty consistent, or less inconsistent alternative measure, which the member State concerned could reasonably be expected to employ is available: [...] an alternative measure may be found not to be 'reasonable available,' however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the Responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover a 'reasonable available' alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued under paragraph (a) of Article XIV.295". (Traducción oficial al español no disponible).

[553] *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 311.

[554] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 122.

[555] *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials*. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Pappas. Cambridge University Press. 2018, 309. "MFN treatment obligation has a similar structure (...)"

[556] *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and Other Materials*. C.L. Lim, Jean Ho and Martin Pappas. Cambridge University Press. 2018, 309 "(...) the clause has played a surprisingly significant role in investment arbitration as a gateway to more favorable rules in third party treaties".

[557] *Summary Conclusions on the Most-Favoured-Nation Clause (2015)*. International Law Commission. "The central interpretative issue in respect of the MFN clauses relates to the scope of the clause and the application of the *ejusdem generis* principle. That is, the scope and nature of the benefit that can be obtained under and MFN provision depends on the interpretation of the MFN provision itself". (Traducción oficial al español no disponible).

[558] *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23. Decision on Annulment. "El Comité

considera que el caso Hochtief versó sobre una cuestión totalmente diferente, a saber, si una cláusula NMF se puede emplear para otorgar a un inversor que reclama con arreglo a un TBI el beneficio de una disposición sobre arbitraje más generosa de otro TBI. La cuestión ha dividido a los tribunales en números prácticamente iguales de decisiones que aceptan o rechazan la aplicación de una cláusula NMF a una disposición sobre arbitraje". (Traducción oficial al español no disponible).

[559] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Decision on Annulment.

[560] EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23. Decision on Annulment.

[561] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, Ob. Cit, 64. "The most-favoured-nation clause in Article 3(1) is not limited to attracting more favourable levels of treatment accorded to investments from third States only where they can be considered to fall within the scope of the fair and equitable treatment standard. Article 3(1) attracts any more favourable treatment extended to third State investments and does so unconditionally". (Traducción oficial al español no disponible). Ver también, CME Czeck Republic

[562] EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v Argentine Republic, Ob. Cit, 237.

[563] USMCA. Anexo 14 E del Capítulo de Inversiones. "For the purposes of this paragraph, the "treatment" referred to in Article 14.5 (Most-Favored-Nation Treatment) excludes provisions in other international trade or investment agreements that establish international dispute resolution procedures or impose substantive obligations; rather, "treatment" only includes measures adopted or maintained by the other Annex Party, which may include measures adopted or maintained pursuant to or consistent with substantive obligations in other international trade or investment agreements". (Traducción oficial al español no disponible).

[564] CETA. Artículo 8.7 del Capítulo de Inversiones. "4. For greater certainty, the "treatment" referred to in paragraphs 1 and 2 does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and states provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute "treatment", and thus cannot give rise to a breach of this Article, absent measures adopted or maintained by a Party pursuant to those obligations". (Traducción oficial al español no disponible).

[565] Sentencias C-358 y C-379, ambas de 1996. Cfr. Sentencias C-494 de 1998 y C-286 de 2015.

[566] Particularmente acogida en el Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos.

[567] Sentencias C-358 y C-379, ambas de 1996. Cfr. Sentencia C-494 de 1998. Ver, también, la sentencia C-157 de 2016. "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, pues dicho principio: i) constituye una manifestación del principio de igualdad; ii) asegura la reciprocidad comercial entre los Estados; y iii) facilita los propósitos del acuerdo en el que se incluye".

[568] Id.

[569] Id. Cfr. Sentencias C-169 y C-123, ambas de 2012.

[570] Sentencia C-379 de 1996. Cfr. Sentencia C-309 de 2007. "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"; 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". Ver, también, Sentencias C-150 de 2009, C-377 de 2010 y C-199 de 2012.

[571] Sentencia C-008 de 1997.

[572] Cfr. Sentencia C-294 de 2002.

[573] Id.

[574] Ley 279 de 1994. (APPRI con Perú). "Artículo 5. Excepciones. Las disposiciones de este Convenio relativas al otorgamiento de un trato no menos favorable que aquél se otorga a los nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado no se interpretarán de manera que obliguen a una Parte Contratante a extender a los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de: (a) Cualquier unión aduanera, mercado común, zona de libre comercio o acuerdo internacional similar, existente o que exista en el futuro, en el cual sea o llegue a ser parte alguna de las Partes Contratantes, o (b) Cualquier acuerdo o arreglo internacional relacionado total o principalmente con tributación o cualquier legislación doméstica relacionada total o principalmente con tributación".

[575] Sentencia C-008 de 1994. Cfr. C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[576] Id.

[577] Naciones Unidas. Asamblea General. A/RES/56/83. Art. 2.

[578] Sentencias C-178 de 1996 y C-864 de 2006.

[579] Sentencias C-178 de 1996 y C-864 de 2006.

[580] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Decision on Annulment.

[581] CME Czech Republic B.V. v Czech Republic, UNCITRAL, final award, March 14, 2003, 500.

[582] Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan, ICSID. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14, 2005. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID, ARB/01/7. White Industries Australia Limited v Republic of India, UNCITRAL, award of November 30, 2011.

[583] Cdno. 2, fl. 553.

[584] El MinCIT, la Cancillería, la UNAB, Nicolás Palau y Diana Correa.

[585] La URosario, Enrique Prieto y Magdalena Correa.

[586] Cdno. 1, fl. 56.

[587] Id.

[588] Id.

[589] Cdno. 1, fl. 56.

[590] Cdno. 1, fl. 147.

[591] Cdno. 2, fl. 503.

[592] CD, min. 3:31:15.

[593] Cdno. 2, fls. 378 a 426.

[594] CD, min. 3:34:11.

[595] CD, min. 3:31:28.

[596] CD, min. 3:31:45.

[597] CD, min. 3:32:20.

[598] CD, min. 3:50:30.

[599] CD, min. 3:39:40.

[600] CD, min. 3:39:50.

[601] CD, min. 3:40:42.

[602] CD, min. 3:41:35.

[603] CD, min. 3:41:45.

[604] CD, min. 3:45:09.

[605] CD, min. 3:47:55.

[606] Cdno. 2, fls. 589 a 592.

[607] Id.

[608] Id.

[609] Id.

[610] CD, min. 4:10:17.

[611] CD, min.4:02:10.

[612] CD, min. 3:52:32.

[613] CD, min. 3:52:57.

[614] CD, min. 3:53:13.

[615] CD, min. 3:53:23.

[616] CD, min. 3:53:51. Además, señaló que sobre lo primero, "los tribunales han adoptado dos posturas: la primera se conoce como análisis del efecto único; la segunda, como el análisis de poder de policía. En el análisis del efecto único, los tribunales se concentran en analizar el efecto específico que puede tener una ley, un acto administrativo o una sentencia respecto a la posición jurídica del inversionista o de la inversión. No se tiene en cuenta ningún otro elemento. Por ejemplo, en el caso *Metalclad Corp v México*, el Tribunal de Arbitramento analizó si la denegación de permisos locales para adelantar la construcción de una planta de basuras cuando ya se contaba con permisos federales constituía una expropiación indirecta. Según el Tribunal, la afectación al derecho de propiedad se materializa con la privación parcial o total del uso de los beneficios económicos derivados del derecho de propiedad por un acto del Estado receptor. Respecto a la doctrina del poder de policía, lo que tienen en cuenta en este caso los tribunales al momento de analizar la medida adoptada por el Estado receptor es el contexto, el propósito y la naturaleza de la medida entre otros aspectos. De acuerdo con esta teoría, el Estado tiene el derecho legítimo a regular sin que esto implique una indemnización, siempre y cuando las medidas no sean discriminatorias y arbitrarias. En el caso *Philip Morris v Uruguay*, el Tribunal consideró que las medidas adoptadas por el Estado para disminuir el consumo de cigarrillo fueron adelantadas dentro del marco del poder de policía legítimo". Sobre el nivel de intervención del Estado, "las discusiones de varios tribunales se han centrado en determinar si la expropiación indirecta se materializa cuando se priva al inversionista de parte de sus derechos (*S.D Mayers v Canadá*) o si por el contrario debe existir una afectación a la totalidad o a una parte sustancial de la inversión (*Yuri Bognadov v Moldovia*)". Sobre la temporalidad, "algunos tribunales han señalado cuando la afectación a la inversión es permanente e irreversible (*Tecmed v Mexico*), otros han señalado que se tiene que medir el impacto de la medida en la inversión (*Wena Hotels v Egypt*)". "No existe claridad frente a los elementos o requisitos que cualquier estado, como Colombia, debería tener en cuenta para evaluar si, por ejemplo, el cumplimiento de un artículo de la Constitución podría considerarse expropiación indirecta".

[617] CD, min. 3:53:15.

[618] CD, min. 3:58:30. Al respecto, refirió un estudio empírico sobre el enfriamiento regulatorio del Prof. Gus Van harten (University of York, Canadá), según el cual "las decisiones tomadas por las autoridades públicas de la provincia de Ontario siempre tenían en cuenta posibles demandas futuras de inversión".

[619] Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[620] Ver la sentencia C-309 de 2007.

[621] Sentencias C-358 y C-379, ambas de 1996, C-008 de 1997 y C-494 de 1998.

[622] Sentencia C-294 de 2002.

[623] Sentencia C-169 de 2012.

[624] Sentencia C-309 de 2007.

[625] Id.

[626] Id. En las sentencias C-294 de 2002 y C-150 de 2009, la Corte aclaró que "si bien en el Convenio no se señala expresamente que la indemnización debe ser previa y que la decisión debe ser autorizada en cada caso concreto por sentencia judicial, o por la vía administrativa si se trata de uno de los eventos que el legislador expresamente ha señalado, lo cierto es que (...) así habrá de entenderse, pues estos acuerdos establecen que las medidas serán adoptadas por los Estados contratantes siguiendo el debido proceso de ley".

[627] Sentencias C-031 y C-050, ambas de 2009. Cfr. Sentencias C-169 y C-199, ambas de 2012, así como C-286 de 2015.

[628] Sentencias C-031 de 2009, C-169 de 2012 y C-608 de 2010

[629] Sentencias C-031 de 2009, C-169 de 2012 y C-608 de 2010

[630] Metalclad Corp. v México, ARB (AF)/97.1, TLCAN, 2001.

[631] CME v la República Checa, UNCITRAL Tribunal Arbitral, Laudo parcial, 2001.

[632] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v México ARB (AF)/00/2, 2003.

[633] Revere Copper and Brass Inc. v Overseas Private Investment Corporation, 1978.

[634] Goetz and Others v República de Burundi, ICSID, 1998.

[635] Starrett Housing Corp. v Government of the Islamic Republic of Iran, Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983.

[636] Sentencia C-608 de 2010.

[637] Id.

[638] Cdno. 2, fl. 553.

[639] Cdno. 1, fl. 58.

[640] Cdno. 1, fl. 147.

[641] Cdno. 2, fl. 508.

[642] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[643] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-150 de 2009 y C-377 de 2010.

[644] Id.

[645] Id. Cfr. Sentencias C-309 de 2007. "En un Tratado Internacional no se podría impedir al legislador colombiano hacer uso de esta atribución cuando se configuren las circunstancias que la norma constitucional contempla. De igual modo, la norma no excluye la hipótesis del artículo 59 constitucional, que consagra, en caso de guerra, la expropiación con indemnización

posterior." Cfr. C-150 de 2009 y C-377 de 2010.

[646] Art. 59 de la CP. "En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes".

[647] Art. 100 de la CP. "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley".

[648] Sentencias C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[649] Cdno. 2, fl. 554.

[650] Cdno. 1, fl. 58.

[651] Id.

[652] Cdno. 1, fl. 147.

[653] Cdno. 2, fl. 509.

[654] Cdno. 2, fl. 510.

[655] Sentencias C-379 de 1996, C-358 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[656] Sentencias C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[657] Sentencia C-008 de 1997. Cfr. Sentencia C-379 de 1996. "La realidad económica determina que todo capital proveniente del extranjero generalmente permite desarrollar una empresa lucrativa y, en consecuencia, resultaría inviable cualquier intento de atraer dichos capitales si en la práctica se impidiera repatriar el producto de lo invertido".

[658] Id.

[659] Sentencia C-169 de 2012.

[660] Sentencias C-309 de 2007, C-377 de 2010, C-199 de 2012 y C-286 de 2015. Cfr. Sentencias C-008 de 1997 y C-494 de 1998. Esta disposición respeta "las 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".

[661] Cfr. Sentencias C-358 de 1996, C-294 de 2002 y C-309 de 2007.

[662] En la sentencia C-184 de 2016, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la sección (a) del artículo 2 del Anexo 8 (c) del TLC con Corea, en virtud de la cual las medidas en materia de pagos y transferencias de capital "no exceder un periodo de un año; sin embargo, bajo circunstancias excepcionales y por razones justificadas, una Parte podrá extender el período de aplicación de tales medidas por un año adicional". Esto, por cuanto "las funciones que el artículo 372 Superior le asignó a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, bancaria y crediticia son permanentes y no están sujetas a límites temporales rígidos como el determinado en el literal "a" del numeral 2° del Anexo 8-C. El carácter indefinido de las competencias del Banco se ha considerado en otros acuerdos internacionales en los que, si bien se han referido las circunstancias que habilitan ese tipo de medidas y se ha destacado su carácter transitorio, no se han previsto términos específicos de vigencia, pues éstos sólo pueden ser establecidos por la autoridad competente de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se enfrente en el ejercicio de sus funciones constitucionales".

[663] Id.

[664] Sentencia C-184 de 2016.

[665] Id. Cfr. Sentencia C-123 de 2012.

[666] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Preámbulo. Cfr. Ley 32 de 1985.

[667] Cdno. 2, fl. 554.

[668] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[669] Cdno. 1, fl. 148.

[670] Cdno. 2, fl. 520.

[671] Cdno. 1, fls 48 a 66.

[672] Cdno. 1, fl. 148.

[673] Cdno. 2, fl. 519.

[674] Id.

[675] Cdno. 1, fls. 145 a 159.

[676] Sentencias C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[677] Sentencia C-286 de 2015.

[678] Sentencia C-377 de 2010. "La salud, la seguridad y la protección al medio ambiente tienen rango constitucional como derechos, servicios esenciales y, además, son deberes principales del Estado su garantía, promoción y protección (Art. 2, 49 y 79)".

[679] Sentencias C-169 de 2012. Cfr. Sentencia C-123 de 2012.

[680] Art. 4 del PIDESC. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales

derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". Cfr. Sentencia C-115 de 2017.

[681] Cdno. 2, fl. 555.

[682] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[683] Cdno. 1, fl. 148.

[684] Id.

[685] Sentencia C-915 de 2010. "El artículo 6 [del Acuerdo] que obliga a las partes a alentar prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa 'para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y sociales' es constitucional debido a que es parte de la función social de la empresa que consagra el artículo 333 de la Carta Política".

[686] Sentencias T-247 de 2010 y T-781 de 2014.

[687] Sentencia C-708 de 2010.

[688] Cdno. 2, fl. 555.

[689] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[690] Cdno. 1, fl. 148.

[691] Cdno. 2, fl. 521.

[692] Cdno. 2, fl. 521.

[693] Sentencia C-169 de 2012. Cfr. Sentencias C-377 de 2010 y C-286 de 2015.

[694] Cdno. 2, fl. 556.

[695] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[696] Cdno. 1, fl. 148.

[697] Cdno. 2, fl. 522.

[698] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[699] Sentencias C-358 de 1996. Cfr. Sentencias C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-309 de 2007, C-294 de 2002 y C-150 de 2009. "Bien es sabido que, en general, esta forma de protección de la inversión extranjera puede lograrse a través de dos tipos de previsiones: 1) los mecanismos nacionales; 2) los mecanismos internacionales. Los primeros se presentan cuando es el Gobierno de un determinado país el que asume la garantía de las inversiones que sus nacionales y compañías realicen en el extranjero, por su parte, los mecanismos de garantía de derecho internacional son ejercidos por alguna organización de derecho internacional público, creada en virtud de un tratado multilateral, con el objeto de garantizar las inversiones que los nacionales de los Estados Parte constituyan en el extranjero". Sentencia C-494 de 1998. "En el ámbito de las negociaciones internacionales, el mecanismo de la subrogación es comúnmente utilizado, a fin

de regular lo relacionado con la responsabilidad de las Partes frente a sus inversionistas, generando una mayor seguridad en el cumplimiento de los compromisos y en las garantías que se adopten para proteger las inversiones de capitales extranjeros de los riesgos y vicisitudes en que puedan incurrir. Su consagración en nada contradice la Carta Política".

[700] Id.

[701] Id.

[702] Id.

[703] Cdno. 2, fl. 556.

[704] Cdno. 1, fl. 148.

[705] Cdno. 2, fl. 524.

[706] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[707] Sentencia C-199 de 2012.

[708] Cdno. 2, fl. 556.

[709] El MinCIT, la Cancillería, la UNAB y la ANDJE.

[710] Adriana Vargas, José Manuel Álvarez, la UROSARIO, Enrique Prieto y Eduardo Silva-Romero.

[711] Magdalena Correa.

[712] René Urueña.

[713] Cdno. 1, fl. 58.

[714] Cdno. 1, fl. 59.

[715] Cdno. 1, fl. 149.

[716] Cdno. 1.

[717] CD, min. 4:24:50.

[718] CD, min. 4:25:50.

[719] CD, min. 4:26:11. En su escrito, señaló que la doctrina especializada en la materia afirma que las cortes del Estado receptor no son un foro adecuado para resolver este tipo de controversias, por varias razones: (a) Las controversias entre el Estado receptor y un inversionista extranjero están gobernadas por el derecho internacional. En el derecho internacional, el Estado es uno sólo. El comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, se considera un acto o hecho del Estado. De esta forma, para el inversionista, acudir a las cortes domésticas del Estado receptor significaría acceder a que la contraparte (el Estado) sea a su vez el juez de la controversia. (b) En algunos casos, las decisiones de las cortes domésticas son la causa misma de la controversia entre el inversionista y el Estado. El hecho ilícito internacional alegado por el

inversionista es una actuación judicial definitiva como lo sería, por ejemplo, una sentencia de la Corte Constitucional. De esta manera, en estos casos sería imposible que los reclamos del inversionista fueran resueltos por las cortes domésticas. Las decisiones de cortes domésticas fueron la principal causa de controversias (7 controversias) entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en el último año. (c) Imposibilidad de demandar violaciones derivadas de la legislación local. En estos casos, las cortes domésticas estarán obligadas a hacer cumplir la ley y la constitución local y por tanto no serían un foro adecuado para resolver la controversia. En este punto, sin embargo, es importante resaltar que los tribunales arbitrales carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad de una determinada medida. Los tribunales de arbitraje de inversión únicamente tienen competencia para pronunciarse sobre los derechos económicos (compensación) que surgen para el inversionista en caso de que se compruebe que las medidas fueron contrarias a las obligaciones internacionales del Estado receptor bajo el APPRI. Ver. Cdno. 2, fls. 465 a 489.

[720] CD, min. 4:27:41. En su escrito, advirtió que los reclamos de los inversionistas bajo los APPRI versan, en términos generales, acerca de una violación del derecho internacional, no de una violación del derecho local. Aun si los inversionistas están habilitados para presentar reclamos por la violación a un APPRI, la posibilidad de que las cortes domésticas conozcan de este tipo de reclamos no es conveniente por razones de especialidad e imparcialidad: (i) Especialidad: las cortes domésticas no suelen tener una experticia en el derecho internacional de las inversiones ni en derecho internacional público. Por lo tanto, no serían un foro especializado para resolver este tipo de controversias; y (ii) Imparcialidad: Existe un riesgo de que las cortes domésticas no adelanten los procesos con imparcialidad. Los inversionistas extranjeros perciben que las cortes domésticas tienden a favorecer a la parte local (el Estado) en sus fallos. Igualmente puede ser posible que a pesar de la imparcialidad de las cortes domésticas la rama ejecutiva se niegue a hacer cumplir una decisión desfavorable. Ver. Cdno. 2, fls. 465 a 489.

[721] CD, min. 4:28:44.

[722] CD, min. 4:29:18.

[723] Cdno. 2, fls. 465 a 489.

[724] Id.

[725] Id.

[726] Id.

[727] Id.

[728] Id.

[729] Id.

[730] CD, min. 4:45:15.

[731] CD, min. 4:47:13.

[732] CD, min. 4:39:38.

[733] CD, min. 4:42:39.

[734] CD, min. 1:49:55.

[735] CD, min. 1:09:38.

[736] CD, min. 1:54:27.

[737] CD, min. 1:56:35.

[738] CD, min. 1:57:45.

[739] CD, min. 1:58:27

[740] CD, min. 4:53:35.

[741] CD, min. 4:54:44.

[742] Id.

[743] CD, min. 4:52:47.

[744] CD, min. 4:57:55.

[745] CD, min. 4:52:21.

[746] CD, min. 5:16:19.

[747] CD, min. 5:18:50.

[748] CD, min. 5:20:09.

[749] Cdno. 2, fls. 449 a 464.

[750] Id.

[751] Id.

[752] Id.

[753] El artículo contiene 24 numerales, pero el número 21 está repetido dos veces. Por tanto, son 25 numerales en total.

[754] Con excepción de las alegaciones relativas a las violaciones de los artículos 3 y 10.2 del Acuerdo (núm. 2).

[755] La presentación de la notificación de diferencia, de la notificación de intención y otros documentos será enviada: a la Dirección de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y a la subdirección encargada de las inversiones internacionales de la Dirección General del Tesoro (Francia) o a la dirección encargada de la inversión extranjera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o quien haga sus veces (Colombia). (núm. 17)

[756] Esta elección será definitiva (núm. 6). Las Partes Contratantes dan su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia relativa a las inversiones pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales (núm. 8)

[757] Este preaviso debe ser objeto de notificación escrita dirigida por el inversionista a la Parte

Contratante receptora de la inversión precisando su intención de presentar una solicitud de arbitraje, denominada en adelante "notificación de intención", en la que se indique el nombre y la dirección del inversionista reclamante e indicar de manera detallada los hechos y puntos de derecho invocados y un monto aproximado de los daños e intereses reclamados o cualquier otro tipo de alivio solicitado (núm. 7).

[758] Que incluirá los intereses desde el momento en que se causa el daño hasta el pago (núm. 15 a).

[759] En este caso el laudo dispondrá que el demandado pueda pagar una indemnización cuando la restitución no sea posible (núm. 15 b)

[760] Esto, con el acuerdo de las partes contendientes.

[761] Si el tribunal no ha sido constituido en 60 días, desde la fecha en que una reclamación se ha sometido a arbitraje de acuerdo con este artículo, el Secretario General del CIADI, a solicitud de una parte contendiente, previa consulta a las partes, designará a su discreción el árbitro u árbitros no nombrados. El Secretario General del CIADI no podrá nombrar como Presidente del tribunal a ningún ciudadano de alguna de las Partes Contratantes.

[762] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-294 de 2002, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[763] Sentencias C-309 de 2007 y C-169 de 2012.

[764] Sentencia C-377 de 2010.

[765] Sentencias C-309 de 2007, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[766] Sentencia C-358 de 1996.

[767] Sentencias C-031 de 2009 y C-150 de 2009.

[768] Sentencias C-980 de 2010 y C-341 de 2014.

[769] Sentencia C-641 de 2002.

[770] Creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional. Es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en materia del derecho mercantil internacional. Cfr.

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html> "La Comisión está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años". Colombia integra esta Comisión.

[771] Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y estados en el marco de un tratado. Art. 2. Publicación de la información al inicio del proceso arbitral. Art. 3. Publicación de los documentos. Art. 4. Escritos presentados por terceros. Art. 5. Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes. Art. 6. Audiencias. Art. 7.

Excepciones a la norma de la transparencia. Art. 8. Archivo de la información publicada.

[772] Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y estados en el marco de un tratado. Art. 1. "Cuando una norma de este Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición."

[773] Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y estados en el marco de un tratado. Art. 7. "Excepciones a la norma de la transparencia

Información confidencial o protegida 1. La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6. 2. La información confidencial o protegida consiste en: a) Información comercial confidencial; b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público; c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legislación de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley. 3. El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, adoptará disposiciones para impedir que se ponga información confidencial o protegida a disposición del público, inclusive estableciendo, según proceda: a) Plazos para que una parte litigante, una parte en el tratado no litigante o un tercero indique que desea proteger dicha información en los documentos; b) Procedimientos para seleccionar y suprimir rápidamente de esos documentos la información confidencial o protegida; y c) Procedimientos para celebrar audiencias en privado, en la medida en que ello se prevea en el artículo 6, párrafo 2. El tribunal arbitral decidirá, previa consulta con las partes litigantes, si determinada información es confidencial o protegida. 4. Si el tribunal arbitral determina que no debe suprimirse información de un documento, o que no debe impedirse que el documento se haga público, cualquier parte litigante, parte en el tratado no litigante o tercero que en forma voluntaria hubiera incorporado el documento al expediente del procedimiento arbitral podrá retirar el documento o una parte de este de dicho expediente. 5. Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales. Integridad del proceso arbitral 6. No se pondrá información a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando esa información, si se pusiera a disposición del público, pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral conforme a lo dispuesto en el párrafo 7. 7. El tribunal podrá, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con las partes litigantes cuando sea viable, adoptar las medidas adecuadas para impedir o demorar la publicación de información cuando tal publicación pueda poner en peligro la integridad del proceso arbitral porque pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables".

[774] Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y estados en el marco de un tratado. Artículo 4. Escritos presentados por terceros 1. Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante ("tercero") presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio. 2. El tercero que desee presentar un escrito lo solicitará al tribunal arbitral e indicará, en una declaración escrita concisa, redactada en uno de los idiomas del arbitraje y ajustada al límite de páginas que haya determinado el tribunal, lo

siguiente: a) Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero); b) Divulgación de si el tercero tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante; c) Información sobre todo gobierno, persona u organización que haya prestado al tercero i) ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones anualmente); d) Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito.

3. Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes: a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes. 4. El escrito presentado por el tercero deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) referirse únicamente a cuestiones en litigio. 5. El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes. 6. El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por el tercero. Artículo 5. Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes 1. El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado. 2. El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3, y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática. 3. El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2. 4. El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes. 5. El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.

[775] Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Sección III. Procedimiento arbitral Disposiciones generales Artículo 17. 5. El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje.

[776] Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje CIADI. Regla 32.

Actuaciones orales. (1) Las actuaciones orales comprenderán las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos. (2) Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida. Regla 37. Visitas e investigaciones; presentaciones de partes no contendientes (1) Si el Tribunal considerase necesario visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en ese lugar, dictará una resolución al efecto. La resolución definirá el alcance de la visita o el objeto de las indagaciones, el plazo, el procedimiento que se deberá seguir y los demás detalles. Las partes podrán participar en toda visita o indagaciones. (2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla "parte no contendiente") que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

[777] Cdno. 2, fl. 557.

[778] Id.

[779] Id.

[780] Cdno. 2, fl. 559.

[781] Id.

[782] La UNAB y Sebastián Mantilla.

[783] José Manuel Álvarez, la UROSARIO y la UEXTERNADO.

[784] Diana Correa y Rafael Rincón.

[785] El Embajador, la Cancillería, Alejandra Valencia y Nicolás Palau.

[786] Cdno. 2, fl. 532.

[787] Cdno. 2, fls. 569 a 574.

[788] Id.

[789] Id.

[790] Id.

[791] Id.

[792] Cdno. 1, fls. 160 a 187.

[793] Id.

[794] CD, min. 2:03:10.

[795] CD, min. 2:04:31.

[796] CD, min. 2:04:42

[797] Cdno. 1, fls. 71 a 75.

[798] Id.

[799] Cdno. 2, fls. 319 a 346.

[800] Id.

[801] Id.

[802] Id.

[803] Id.

[804] CD, min. 3:49:46.

[805] Cdno. 2, fls. 589 a 592.

[806] Id.

[807] Cdno. 2, fls. 576 a 587.

[808] Id.

[809] Id.

[810] Id.

[811] CD, min. 14:50.

[812] CD, min. 15:30.

[813] CD, min. 15:55.

[814] Cdno. 2, fl. 356.

[815] CD, min. 3:29:50.

[816] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-123 de 2012, C-169 de 2012 y C-199 de 2012. Ley 246 de 1995. Art. 12. Ley 245 de 1995. Art. 11. Ley 279 de 1994. Art. 11. Ley 437 de 1998. Art. 8. Ley 1198 de 2008. Art. 11. Ley 437 de 1998. Art. 8. Ley 1198 de 2008. Art. 11.

[817] Sentencias C-358 de 1996, C-379 de 1996, C-008 de 1997 y C-494 de 1998.

[818] Sentencia C-150 de 2009.

[819] Sentencia C-169 de 2012.

[820] Sentencia C-309 de 2007.

[821] Cdno. 2, fl. 559.

[822] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[823] Cdno. 1, fl. 149.

[824] Cdno. 2, fl. 533.

[825] Sentencias C-377 de 2010, C-169 de 2012 y C-286 de 2015.

[826] Sentencia C-377 de 2010.

[827] Id.

[828] Sentencias C-309 de 2007, C-150 de 2009, C-199 de 2012 y C-286 de 2015.

[829] Cdno. 2, fl. 560.

[830] Cdno. 1, fls. 48 a 66.

[831] Cdno. 1, fl. 149.

[832] Cdno. 2, fl. 535.

[833] Sentencias C-358 de 1996, C-376 de 1996, C-008 de 1997, C-494 de 1998, C-309 de 2007, C-294 de 2002, C-150 de 2009, C-377 de 2010, C-123 de 2012, C-169 de 2012, C-169 de 2012 y C-286 de 2015.

[834] Sentencias C-358 de 1996. Cfr. C-294 de 2002, C-309 de 2007 y C-286 de 2015. Ver, también, C-377 de 2010. "Se observa que las disposiciones contenidas en esta sección no admiten reparos de constitucionalidad pues su finalidad es asegurar el cumplimiento de las normas del Acuerdo y su efectiva realización". C-169 de 2012. "normas de carácter operativo indispensables para la aplicación y ejecución del Acuerdo".

[835] Id.

[836] Sentencia C-123 de 2012.

[837] Id.

[838] Ley 1449 de 2011. "17.4. No obstante la terminación de este Acuerdo conforme con el párrafo 2 de este artículo, el mismo continuará siendo efectivo por un período adicional de diez (10) años contados a partir de la fecha de su terminación con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la mencionada fecha de terminación del Acuerdo". Sentencia C-123 de 2012.

[839] Sentencia C-123 de 2012.

[840] Case C-284/16, *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV*, 6 March 2018, EU:C:2018:158.

[841] En este caso, Achmea, una empresa de los Países Bajos dedicada a comercializar seguros médicos, alegó que, en 2006, Eslovaquia revirtió su política de liberalización del mercado de seguros médicos de salud y prohibió la distribución de las ganancias generadas como consecuencia de los mismos. Esta decisión surtió efectos entre 2006 y 2011, año en el cual, mediante una ley, se permitió la distribución de tales ganancias. Por las pérdidas sufridas en ese lapso, Achmea convocó a un tribunal de arbitraje en contra de Eslovaquia, con fundamento en el artículo 8 del APPRI entre Eslovaquia y los Países Bajos. Mediante el laudo de 7 de diciembre de 2012, el Tribunal condenó a Eslovaquia a pagar 22.1 millones de euros a Achmea a título de indemnización. Por esto, Eslovaquia presentó una solicitud de nulidad ante la justicia alemana, que finalmente fue conocida por la Corte Federal de Justicia de Alemania. Esta Corte remitió el asunto al Tribunal de Justicia Europeo, por cuanto Eslovaquia argumentó que el artículo 8 del mencionado APPRI era contrario a los artículos 18, 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[842] BIT. Netherlands - Slovakia BIT (1991). Art. 8. "1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably. 2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement. 3) The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal. 4) If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments. 5) The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL). 6) The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law. 7) The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute". (Traducción oficial al español no disponible).

[843] *Id.* "On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules: Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded

between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept". (Traducción oficial al español no disponible).

[844] Constitución Política de Colombia. Artículo 241. – "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo".

[845] Según el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, le corresponde a la Corte "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva".

[846] Según la sentencia C-227 de 1993, "si el Congreso puede aprobar o improbar todo un tratado, también puede hacerlo parcialmente". Lo anterior demuestra que no es del todo cierto el argumento según el cual el Congreso de la República no juega un papel relevante en el proceso de aprobación de un tratado. Sin perjuicio de esto, debe tenerse en cuenta que la facultad del Congreso debe respetar las competencias exclusivas en materia del manejo de las relaciones internacionales que están en cabeza del Presidente de la República. En efecto, desde la Constitución Política de 1886 le corresponde al Congreso de la República aprobar o improbar, in toto, los tratados internacionales (Art. 76, numeral 20). Esta facultad se mantuvo incólume en las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968. Ello, como una expresión de la separación de poderes, según la cual radica en cabeza del Jefe del Estado la conducción de las relaciones internacionales, sin que ello esté exento de un control político en el órgano legislativo. Al respecto puede verse Germán Cavellier, Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia, Tercera Edición, Editorial Legis, 2000, p. 30, en donde el autor señala que, según "el régimen constitucional colombiano actual sobre los tratados consignados en todas las constituciones, desde 1821 hasta 1991, el Presidente de la República, jefe del Estado, es el funcionario con competencia exclusiva para negociar y concluir tratados públicos con otros Estados o entidades reconocidas por el Derecho Internacional" (se subraya). En consecuencia, no tiene cabida el argumento esgrimido en el numeral 55 de la sentencia C-252 de 2019 sobre el "voto en bloque", como un déficit deliberativo, sino como una manifestación institucional, con arraigo en nuestra tradición constitucional, de la distinción de funciones diseñada por el Constituyente.

[847] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38. "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 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 (...)". Este Estatuto fue adoptado en Colombia mediante la Ley 13 de 1945, "Por la cual se aprueban unos instrumentos internacionales".

[848] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 59. "La decisión de la Corte no es

obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido". En igual sentido, el artículo 53(1) del Convenio CIADI, aprobado en Colombia mediante la Ley 267 de 1996, señala que "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".

[849] Al respecto, ver: Niki Aloupi & Caroline Kleiner (Dir.), *Le précédent en droit international: Colloque de Strasbourg*, Editions Pedone, 2016; Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, Journal de Droit International (Clunet, 2010, 685, published by LexisNexis SA). Translated by Brian McGarry 2011, Published by Oxford University Press; Gilbert Guillaume. "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1, 2011; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", Arbitration International, vol. 23 (3), 2007, pp. 357-378; Yas Banifatemi & Emmanuel Gaillard (eds.), Precedent in International Arbitration: IAI Seminar, Paris - December 14, 2007, pp. 105-12, Huntington, NY., JurisNet, LLC, 2008, p. 107; Jeffery P. Commission, *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, en: Journal of International Arbitration, vol. 2, Kluwer Law International 2007, Volume 24, Issue 2, pp. 129-158; Anne-Veronique Schlaepfer, Philippe Pinsolle y Louis Degos. *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, en: Yas Banifatemi & Emmanuel Gaillard (eds.), Precedent in International Arbitration: IAI Seminar, Paris - December 14, 2007, p. 249; y Hersch Lauterpacht. "The Development of International Law by the International Court", Stevens & Sons Limited, 1958, Cambridge, reimpression de Grotius Publications Limited, 1982; entre otros.

[850] 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.

[851] Las siguientes tres obras son ilustrativas en cuanto a las reglas de interpretación de los tratados internacionales: Tarcisio Gazzini, *Interpretation of International Investment Treaties*, Hart Publishing, 2016; Andrea Bianchi, Daniel Peat & Mathew Windsor, *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, 2015; y J. Romesh Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2012.

[852] Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "**31.** Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. **3.** Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: **c)** toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

[853] Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38. "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 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 (...)" (se subraya)

[854] Ver en este sentido mi aclaración de voto a la sentencia SU-214 de 2016.

[855] Al respecto, ver: Andrei Marmor, *Randomized Judicial Review*,). USC Law Legal Studies, Paper No. 15-8, (April 2015). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2568725> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2568725>; y Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 Duke Law Journal, 1277-1333 (2001). Disponible en:

[856] La importancia y complejidad en la interpretación y aplicación de este estándar puede consultarse en: Patrick Dumberry, *Fair and Equitable Treatment: its interaction with the Minimum Standard and its Customary Status*, Brill, 2018; Fulvio Maria Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Springer, 2018; Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013; Alexandra Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, 2012; Roland Klager, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011; y Iona Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

[857] En este Acuerdo, al igual que en todos los AII firmados por Colombia, se incluyen cláusulas de margen regulatorio (Non Precluded Measures –NPM-), que en el caso del Acuerdo con Francia se puede observar en: (i) Preámbulo – objetivos de políticas públicas, cuestiones tributarias (2.4); (ii) orden público (5.3;14); (iii) licencias obligatorias (6.4); (iv) diversidad cultural (9); y (v) medio ambiente, salud, laboral (10).

[858] Al respecto, puede verse que en el numeral 211 de la sentencia C-252 de 2019, al estudiar al concepto de "expectativas legítimas", se señala que "la delimitación del alcance normativo de este concepto es por completo consecuente con los desarrollos recientes en el derecho internacional de inversiones al respecto, en particular los incluidos en el CETA y el TPP (párr. 199)".

[859] Al respecto, puede verse el numeral 211 de la sentencia C-252 de 2019, en donde al referirse al concepto de "expectativas legítimas" señala que: "tras la revisión de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje, la Corte no puede pasar por alto que esta expresión representa "uno de los desarrollos más controversiales del trato justo y equitativo"**[493]** y que no ha sido definida de manera uniforme por los tribunales de arbitraje. Es más, la Corte resalta que los propios tribunales reconocen que el "umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada (...) y de las circunstancias del caso" (se subraya).

[860] Al respecto puede verse: Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 115-116. En igual sentido, puede verse: Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 279-289, en donde los autores muestran cómo el concepto de "expectativas legítimas" es utilizado de múltiples maneras, teniendo en cuenta la inversión protegida y el marco legal del Estado receptor de la inversión, entre otros aspectos.

[861] Al respecto, puede resaltarse el numeral 247 de la sentencia C-252 de 2019, en donde se señala que: "la Corte considera que la expresión "necesarias y proporcionales" admite, en el marco de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones, al menos una lectura contraria a la Constitución Política".

[862] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. "31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su

objeto y fin. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" (subrayado fuera del texto original).

[863] La Corte Constitucional ha reiterado esta línea jurisprudencial, entre otras, en las sentencias C-178 de 1995. MP. Fabio Morón Díaz; C-864 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil; C-750 de 2008. Clara Inés Vargas Hernández; C-221 de 2013. MP. Jorge Iván Palacio Palacio; C-667 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-157 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-210 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa.

[864] Al respecto se pueden consultar, entre otras sentencias: C-864 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y C-750 de 2008. Clara Inés Vargas Hernández.

[865] En el numeral 52 de la sentencia, al analizar la naturaleza, alcance y efectos del control de constitucionalidad material de los APPRI, se resumen algunas de las intervenciones ciudadanas allegadas a este proceso en las que solicitan a la Corte realizar un cambio de precedente.

[866] En el numeral 60 de la sentencia se señala el número de controversias internacionales de inversión que existen en contra de Colombia y el valor de las pretensiones en estos procesos.

[867] De acuerdo con la sentencia de unificación SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, estas cargas incluyen la identificación de la posición vigente (carga de transparencia); la justificación de la nueva posición, a raíz de una transformación en el sistema de derecho positivo, en el orden axiológico que soporta la Constitución Política, o en las condiciones sociales imperantes (carga de suficiencia 1); y, finalmente, la justificación acerca de por qué la "nueva posición" no sólo es mejor que la anterior, sino que su adopción satisface el costo que impone en la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad en la interpretación de los derechos (carga de suficiencia 2).

[868] Sentencia SU-075 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[869] Sentencia C-031 de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[870] Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

[871] Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

[872] Al analizar la constitucionalidad de la expresión "expectativas legítimas", la sentencia indica en su numeral 211: "tras la revisión de los pronunciamientos de los tribunales de arbitraje, la Corte no puede pasar por alto que esta expresión representa "uno de los desarrollos más controversiales del trato justo y equitativo". Así mismo, en el estudio de la expresión "necesarias y proporcionales", la sentencia afirma en el numeral 247: "la Corte considera que la expresión "necesarias y proporcionales" admite, en el marco de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones, al menos una lectura contraria a la Constitución Política".

[873] El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) 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 (...)". La jurisprudencia constitucional ha señalado que esta norma establece las fuentes del derecho internacional público (Ver, entre otras sentencias: T-070 de 2015. MP. Martha Victoria Sáchica Mendez; SU-443 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-316 de 2017. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-080 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo).

[874] Constitución Política. Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

