

IX. EXPEDIENTE LAT-446 - SENTENCIA C-254/19 (junio 6)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma objeto de control

Ley 1841 de 2017 (julio 12) por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio y el Canje de Notas entre Colombia e Israel¹, publicado en el Diario Oficial No. 50.292 de la misma fecha.

Tabla de contenido general

Preámbulo
Capítulo 1. Disposiciones iniciales y definiciones generales
Capítulo 2. Acceso a los mercados de productos
Anexo 2A. Cronograma de eliminación gradual de aranceles para bienes industriales
Sección 1A. Eliminación gradual de los aranceles en Colombia para las mercancías originarias de Israel
Sección 1B. Eliminación gradual de aranceles en Israel para productos originarios de Colombia
Anexo 2B. Tratamiento preferencial para productos agrícolas
Sección 1A. Tratamiento preferencial en Colombia de productos originarios de Israel
Sección 1B. Tratamiento preferencial en Colombia de productos originarios de Israel
Sección 2A. Tratamiento preferencial en Israel para productos originarios de Colombia
Sección 2B. El tratamiento preferencial por Israel para productos originarios de Colombia
Anexo 2C. Trato nacional, los derechos de aduanas sobre las exportaciones e importaciones, y restricciones a las exportaciones
Capítulo 3. Normas de origen
Anexo 3A. Reglas de origen específicas
Anexo 3B. Certificado de origen
Tratado de libre comercio Colombia-Israel
Anexo 3C. Declaración en factura de conformidad con el artículo 3.19
Anexo 3D. Procedimiento para la emisión de certificación electrónicos de origen (artículo 3.16)
Anexo 3E. Procedimientos para la emisión de certificados de origen en papel (artículo 3.16)
Anexo 3F. La exención del principio de territorialidad

¹ Según certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores consta de 414 páginas.

Capítulo 4. Procedimientos aduaneros
Capítulo 5. Asistencia técnica y capacidad comercial
Capítulo 6. Medidas sanitarias y fitosanitarias
Capítulo 7. Obstáculos técnicos al comercio Anexo 7A. Subcomisión, puntos de contacto y OTC sobre obstáculos técnicos al comercio
Capítulo 8. Defensa comercial
Capítulo 9. Contratación pública Anexo 9A. Parte 1. Lista de compromisos de Colombia Parte 2. Lista de compromisos de Israel Anexo 9B. Medios electrónicos o papel utilizado por las partes para la publicación de avisos
Capítulo 10. Inversión Anexo 10A. Presentación de documentos a una parte
Capítulo 11. El comercio de servicios Anexo 11A. Sección 1. Colombia-lista de exenciones NMF Sección 2. Israel-lista de exenciones NMF Anexo 11B. El movimiento de personas físicas proveedoras de servicios Anexo 11C. Servicios financieros Anexo 11D. Servicios de telecomunicaciones Anexo 11E (solo en inglés) Sección 1. Colombia-lista de compromisos específicos Sección 2. Israel-lista de compromisos específicos
Capítulo 12. Solución de controversias Anexo 12A. Reglamento de procedimiento del Tribunal Arbitral Anexo 12B. Código de conducta
Capítulo 13. Disposiciones institucionales
Capítulo 14. Excepciones
Capítulo 15. Disposiciones finales Anexo A. Asistencia administrativa mutua en materia aduanera Anexo B. El comercio electrónico
Canje de notas Anexos A, B, C y D

2. Decisión

Primero. Levantar la suspensión de los términos.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLES** el *"tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, hecho en Jerusalén, Israel, el 30 de septiembre de 2013 y el Canje de Notas entre la República de Colombia y el Estado de Israel, por medio de la cual se corrigen errores técnicos del tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel, efectuado el 13 de noviembre de 2015"* y la Ley 1841 de 12 de julio de 2017 *"por medio de la cual se aprueba"*, bajo el entendido que ninguna de las disposiciones del capítulo de inversión que se refieran a derechos sustantivos dará lugar a tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros con respecto a los nacionales.

Tercero. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*expectativas razonables*" prevista en el artículo 10.7 del capítulo de inversión, a condición de que las partes contratantes definan qué debe entenderse por tal locución, 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 y 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.

Cuarto. Declarar **EXEQUIBLE** el vocablo "*trato*" contenido en el artículo 10.5 del capítulo de inversión, bajo el entendido de que se interprete sistemáticamente en el contexto del tratado, 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.

Quinto. 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 del Estado de Israel respecto a los condicionamientos señalados en los resolutiveos segundo a cuarto de la presente decisión.

3. Síntesis de la providencia

La Corte encontró que se cumplieron los requisitos procedimentales en cuanto a la representación del Estado en la negociación, la no necesidad de consulta previa a los pueblos étnicos, el inicio del trámite legislativo, las publicaciones, los informes de ponencia, los anuncios previos a la votación, el *quórum* deliberatorio y decisorio, la votación nominal y pública, los tiempos que deben mediar entre los debates, la aprobación dentro de las legislaturas y la remisión oportuna a esta Corporación (arts. 157 y ss. Constitución y Ley 05 de 1992).

Ingresando al fondo del asunto reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el control integral a la totalidad del tratado comercial, que debe atender la Constitución (en particular arts. 9º, 226 y 227), el respeto por las competencias del Presidente y del Congreso de la República (arts. 189.2 y 150.16 superiores), y los tratados de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (art. 93 superior), bajo un juicio de razonabilidad (finalidad legítima y adecuación). Así mismo, reafirmó su precedente constitucional en el sentido de que carece de competencia para valorar la conveniencia nacional, lo cual no es obstáculo para que constate que el Gobierno nacional hubiere aportado las razones y la evidencia empírica concreta y suficiente que justifique el proceso de negociación.

En términos generales halló que el acuerdo comercial se ajusta a la Constitución, toda vez que se pudo determinar los beneficios que en principio representan para la economía colombiana al obtener el acceso para productos de nuestra oferta exportable en lo agrícola e industrial, y acordarse normas que complementan la desgravación arancelaria e incluirse capítulos que garantizan la apertura comercial, limitándose la capacidad de las partes para establecer barreras reglamentarias y sanitarias a las importaciones, además de promover la protección de los derechos de los consumidores, así como el acceso a una mayor oferta de bienes y servicios de mejor calidad y a menor precio. También se tuvieron en cuenta los sectores sensibles y la población vulnerable (arts. 9º, 65, 79, 226, 227, 333 y 334 superiores).

Respecto a los principios de equidad y reciprocidad se expuso que a pesar de la diferencia en el tamaño de las economías y los distintos niveles de desarrollo, las obligaciones asumidas preservan una mutua correspondencia (complementariedad) y no traen consigo por sí mismas una condición inequitativa, al establecerse por ejemplo períodos diferenciales de desgravación arancelaria y contenerse salvaguardias, medidas *antidumping* y derechos compensatorios. De igual modo, el tratado es una manifestación expresa de la soberanía nacional y la autodeterminación de los pueblos, al mantenerse conforme al clausulado las competencias de las autoridades locales cuando se comprometa el interés público o la estabilidad macroeconómica.

La Corte constató que tanto el Gobierno como el Congreso examinaron y validaron la conveniencia de la negociación y aprobación del acuerdo comercial, al estar precedida de los estudios necesarios y la valoración adecuada conforme a una metodología de modelos, variables y criterios que evidenciaron la importancia de la suscripción del tratado. Puso de presente la importancia del empleo de la Ley 1868 de 2017, que radica en cabeza del Gobierno el rendir informes anuales al

Congreso sobre los impactos macroeconómicos y los sectores involucrados por los TLCs ratificados.

En cuanto al examen del articulado, particularmente del concepto de "territorio" (capítulo 1, art. 1.5), se estableció que tanto el Gobierno como el Congreso verificaron que no es un tratado de límites sino de naturaleza comercial, pudiendo además establecer este Tribunal que, bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia constitucional, no se definen límites territoriales al circunscribirse al intercambio y profundización económica o comercial, distinguiendo así el concepto de territorio aduanero -derecho internacional económico- del territorio como elemento constitutivo del Estado -derecho internacional público- (art. 101 superior).

Así mismo, destacó que la norma internacional según la cual los tratados internacionales se aplican a la totalidad del territorio salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo (art. 29 Convención de Viena), es de *ius dispositivum*, es decir, se trata de una disposición que admite acuerdo en contrario a diferencia de aquellas de *ius cogens*. Del mismo modo, los derechos y obligaciones comerciales son aplicables conforme al principio *res inter alios acta* por lo que no son oponibles a terceros Estados (arts. 34 y 35, Convención de Viena), además que una interpretación contraria desconocería el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (art. 34, *ejusdem*), según el cual los tratados solo tienen efectos inter partes, por lo que no deben ni perjudicar ni beneficiar a terceros. Por lo tanto, distinguió que ninguna de las cláusulas del tratado puede interpretarse en el sentido de definir el territorio soberano de Israel o de Colombia.

En relación con el concepto de "nacional" para Israel (art. 1.5.), siguiendo el precedente constitucional y las decisiones de la Corte Internacional de Justicia², no se consideró indeterminado de forma insuperable (art. 96 superior), porque delimita la cobertura en cuanto a la protección de las inversiones cubiertas y los inversionistas legitimados (cfr. art. 10.11.). Se aludió a la necesidad de un lazo real entre el Estado y el individuo, que ha llevado a sostener la denominada nacionalidad efectiva y dominante.

Sobre las normas de origen (capítulo 3), conforme al precedente constitucional y las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³, manifestó que siguiendo el procedimiento instituido en el TLC celebrado, los productos originarios que se importen deben contar con un certificado de origen o una declaración en factura emitida por el exportador, además, debe presentarse ante la autoridad aduanera de la parte importadora la prueba del origen de la mercancía. También la autoridad podrá exigir que la declaración de importación vaya acompañada de una declaración del importador de que los productos cumplen con las condiciones exigidas. Cuando la autoridad aduanera de la importadora tenga dudas sobre la autenticidad de las pruebas de origen puede recurrir al proceso para tal verificación. Si el país concluye que el producto no cumple con las condiciones para clasificarlo como originario de Israel, el acuerdo comercial permite negar o no aplicar el tratamiento arancelario preferencial para el producto, además de acudir a la legislación colombiana para las sanciones apropiadas por las violaciones a las regulaciones y leyes relacionadas con el capítulo de reglas de origen.

En cuanto las disposiciones finales (capítulo 15), en torno a la firma del acuerdo, sus ejemplares originales y los idiomas empleados, se encontró correspondencia con el ordenamiento superior (art. 10) al establecerse que el castellano es el idioma oficial de Colombia, por lo que la versión del acuerdo comercial es auténtica como lo determina el propio instrumento, además de encontrar respaldo en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados. El escoger un idioma neutral en caso de discrepancia en las traducciones originales, no significa que el texto pueda tener sentidos distintos en cada idioma, ya que se presume que todos los textos originales comparten igual significado por lo que las obligaciones recogidas en una u otra versión deben ser las mismas. Las inconsistencias que se presenten pueden ser corregidas

² 6 de abril de 1955. Caso *Nottebohm* (segunda fase) incoado mediante una solicitud del Principado de Liechtenstein contra la República de Guatemala, dicha Corte recordó que el derecho internacional deja librado a cada Estado la regulación de la concesión de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse que las normas que ha establecido deban ser reconocidas forzosamente por el otro Estado, si no ha actuado de conformidad con hacer coincidir tal concesión de la nacionalidad con un lazo efectivo entre el Estado y el individuo.

³ 25 de febrero de 2010. Petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del acuerdo euromediterráneo, la cual se presentó en el marco de un litigio aduanero entre una empresa alemana (*Firma Brita GmbH*) y la administración aduanera del puerto de Hamburgo, relativo a la decisión de éste de denegar a la demandante la importación en régimen preferencial de productos fabricados en Cisjordania.

oficialmente siguiendo los trámites y formalidades dispuestas por el propio acuerdo comercial, las disposiciones comunes de la OMC y las reglas conforme al derecho internacional.

En cuanto a las normas de inversión (capítulo 10), esta Corporación pudo determinar en comparación con el precedente constitucional sobre el APPRI celebrado con Francia (LAT-445), que existen similitudes en sus contenidos normativos pero también diferencias, lo cual obedece a distintos factores que parten de la naturaleza de cada tratado, esto es, la modalidad celebrada y el carácter de última o primera generación, y los parámetros que atienden en su interpretación, entre otros. De ahí la importancia de examinar caso a caso el articulado bajo revisión constitucional.

Conforme a la precisión mencionada la Corte pudo establecer en el presente asunto que no está presente o no existe indeterminación respecto a las expresiones "*inter alia*", "*de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra parte contratante y a sus inversiones, en su territorio*", "*situaciones similares*" y "*necesarias y proporcionales*", procediendo a declarar la exequibilidad.

No obstante, ello no acaeció respecto a otros contenidos normativos del capítulo de inversión, por lo que halló necesaria algunas declaraciones interpretativas, a saber: i) dado que algunas interpretaciones del articulado podrían resultar incompatibles con el mandato de igual trato al inversionista nacional es indispensable condicionar en términos generales el capítulo de inversiones; ii) la expresión "*expectativas razonables*" (art. 10.7), a condición de que las partes definan qué debe entenderse por tal locución, atendiendo que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados efectuados por la parte contratante y 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; iii) el vocablo "*trato*" (art. 10.5), en el entendido que se interprete sistemáticamente en el contexto del tratado, manteniendo la competencia constitucional del Presidente de la República en materia de dirección de las relaciones internacionales y la celebración de tratados (art. 189.2).

Por último, este Tribunal advirtió al Presidente de la República que si, en ejercicio de su competencia constitucional de dirección de las relaciones internacionales, decide ratificar este tratado (art. 31 Convención de Viena), debe adelantar las gestiones para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con el Estado de Israel respecto a los condicionamientos formulados. La referidas declaraciones interpretativas conjuntas no deberán someterse a la aprobación del Congreso de la República, ni a la revisión de constitucionalidad por la Corte, habida cuenta de que su objeto es delimitar el alcance interpretativo de las expresiones declaradas exequibles bajo los condicionamientos; claro, siempre que en no se incluyan cláusulas sustanciales nuevas u obligaciones o derechos adicionales, evento en el cual dicho instrumentos sí deberán sujetarse a los requerimientos constitucionales señalados.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** manifestó su aclaración y salvamento parcial de voto respecto de ciertos resolutive adoptados por la mayoría de la Sala Plena. En igual sentido a lo señalado en la decisión adoptada por la Sala Plena respecto 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, sentencia C-252 de 2019, el Magistrado **Linares** considera que debe analizarse detenidamente el nuevo rol de la Corte Constitucional en control judicial de los tratados de libre comercio, frente a una posible injerencia indebida en la competencia del ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales. Asimismo, enfatizó en el uso inapropiado de las fuentes de interpretación de los tratados internacionales, por cuanto la decisión de la mayoría de la Sala Plena no tiene presente lo dispuesto en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 –adoptada mediante la Ley 32 de 1985. Sumado a lo anterior, resaltó que la Corte no puede imponer su propia visión sobre el contenido específico de ciertas cláusulas, definiéndole a ambos Estados cómo negociar y qué contenido deben tener ciertas expresiones en los acuerdos. Con base en estas consideraciones, el Magistrado **Linares** decidió apartarse de los puntos resolutive de la sentencia Segundo a Quinto, en cada uno de ellos, por las mismas razones señaladas en su salvamento y aclaración de voto a la sentencia C-252 de 2019.

De igual manera, el Magistrado **Alberto Rojas Ríos** se apartó de esta decisión, por las mismas razones que lo llevaron a salvar el voto de la sentencia C-252 de 2019, en la que se revisó el Acuerdo de Promoción y Promoción de Inversiones celebrado con Francia, al considerar que el Tratado de Libre Comercio y el Canje de Notas entre Colombia e Israel, y que la Ley 1841 del 12 de julio de 2017, por medio de la cual se aprobó dicho tratado internacional, debieron declararse exequibles de manera pura y simple o, en su defecto, declarar inexecutable las disposiciones contrarias a la Carta Política, pero, en todo caso, no someter el instrumento internacional a condicionamientos, como en efecto se hizo de manera genérica frente al contenido total del referido Acuerdo mediante la determinación adoptada en el ordinal segunda de dicha providencia y, de manera específica, respecto de las expresiones: (i) "*expectativas razonables*" prevista en el artículo 10.7 del capítulo de inversión; y (ii) el vocablo "*trato*" contenido en el artículo 10.5 del capítulo de inversión; los cuales se condicionaron a través de los ordinales tercero y cuarto de la sentencia objeto de discernimiento.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** aclaró el voto en lo referente al capítulo de inversiones del "Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel". En su concepto, la competencia que tiene la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de tratados internacionales debe circunscribirse a cuestiones jurídicas referentes al procedimiento de formación del tratado y de su ley aprobatoria, así como la compatibilidad de sus cláusulas con los preceptos constitucionales, sin entrar a pronunciarse sobre cuestiones de conveniencia que pertenecen a la órbita del Ejecutivo en desarrollo de las atribuciones que le confirió la Constitución Política en materia de dirección de las relaciones internacionales del Estado colombiano. En esa medida, el control constitucional que realiza la Corte debe ser especialmente deferente con las competencias que en la materia tiene el Jefe de Estado y la confrontación de cada una de las cláusulas de un tratado de libre comercio con los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia no puede hacerse de manera aislada sin hacer un examen sistemático del conjunto de cláusulas suscritas entre los Estados parte y sin tener en cuenta que en este tipo de tratados los Estados no están en la misma situación.

De igual modo, la Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró su voto, puesto que si bien comparte la decisión adoptada en el sentido de declarar executable el tratado y su ley aprobatoria, considera necesario presentar algunas precisiones sobre los fundamentos de la sentencia, particularmente en los siguientes aspectos: i) la Corte avanzó en la definición de la cláusula de la nación más favorecida, sin embargo, debió asumir el control de constitucionalidad de la misma con mayor contundencia, concretamente porque esa disposición restringe las facultades del Presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales del Estado; ii) era necesario que la sentencia aclarara en términos constitucionales los artículos del acuerdo relacionados con normas de contratación, estacionamiento de tropas, solución de controversias y eliminación de subsidios al sector agropecuario; y, iii) si bien se trató de un acuerdo de naturaleza comercial, la definición de territorio aduanero debía analizarse en términos de reciprocidad, debido a las asimetrías identificadas en la conceptualización del término realizada por Israel y Colombia.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

