

¿CÓMO LEER EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA?*

*RESULTADOS PRELIMINARES DE LA LÍNEA
DE INVESTIGACIÓN TRATADO DE LIBRE COMERCIO
COLOMBIA - ESTADOS UNIDOS*

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO**

MARÍA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE***

RESUMEN

Este artículo busca brindar herramientas al lector para el estudio de los textos oficiales del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos de una manera sencilla que le facilite formarse un criterio sobre el

Fecha de recepción: de de 2008
Fecha de aceptación: de de 2008

* Artículo que obtuvo “Mención de Honor” en el XX Concurso Nacional José Ignacio de Márquez sobre Derecho Económico

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en derecho tributario de la misma Universidad y en el *Enterprise and Investment Law del International Development Law Organization* en Roma, Italia. Su práctica profesional se concentra en aduanas, comercio internacional y tributación. Actualmente trabaja en el área de impuestos de Ernst & Young. Es profesor de la cátedra de aduanas y tratados de libre comercio en el postgrado de Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes y en el de Tributario de la misma universidad, así como de Tratados de Libre Comercio en el de Competencia y Libre Comercio de la Universidad Javeriana. Codirector del proyecto de investigación del Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos en la Universidad Javeriana.

*** Abogada de la Universidad Javeriana, especializada en Integración Económica de la Unión Europea (Estudios europeos) en la Universidad de Deusto (España) y con

contenido y alcance de éste, permitiéndole así hacer el mejor uso posible del TLC y facilitándole los elementos para hacer frente a los enormes retos que implica un mercado libre con los Estados Unidos. El mismo refleja algunas de las inquietudes que surgieron de la primera etapa de la línea de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana relativa al TLC con los Estados Unidos, la cual tendrá como resultado la publicación de los textos oficiales del Acuerdo de promoción comercial entre Colombia y los Estados Unidos.

Palabras clave: Acuerdo comercial; supranacionalidad; textos oficiales; tratado de libre comercio; zona de libre comercio.

*HOW TO READ THE FREE TRADE AGREEMENT
BETWEEN COLOMBIA AND THE UNITED STATES?
COLOMBIA – U.S. FREE TRADE AGREEMENT
RESEARCH. PRELIMINARY RESULTS*

ABSTRACT

This article provides the reader with tools for studying the official texts of the Trade Promotion Agreement between Colombia and the United States in an easy way in order to formed its own judgment on

formación en los acuerdos multilaterales de la Organización Mundial de Comercio en la sede de la OMC Ginebra-Suiza. Su práctica profesional se ha orientado al Derecho de la Competencia y al Libre Comercio. Se ha desempeñado en diversos cargos a lo largo de su carrera profesional, en la Superintendencia de Industria y Comercio, en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior como jefe de Investigaciones de dumping, subsidios y salvaguardias y como directora de área de competencia y comercio internacional de Prieto& Carrizosa. Actualmente es socia de Lozano & Asociados, Bogotá (Colombia). Directora de la Especialización en Derecho de la Competencia & del Libre Comercio de la Universidad Javeriana; Profesora de derecho de la competencia en pregrado (VIII semestre) de la misma Universidad. Profesora de la materia de derecho de la competencia en posgrados de las Universidades Javeriana, Externado y Andina del Ecuador. Codirectora del proyecto de investigación del Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos en la Universidad Javeriana.

the content and scope of it, thus allowing them to make the best use of the FTA possible and providing them with elements to take advantage of the enormous challenges that implies a free market with the United States. The article reflects some of the concerns that arose as a result of the first stage of the research at the Faculty of Law at the Universidad Javeriana on the FTA with the United States, which will result in the publication of the official texts of the Trade Promotion Agreement between Colombia and the United States.

Key Words: *Trade Promotion Agreement; Official Texts; Free Trade Agreement; Free Trade Zone.*

**COMMENT LIRE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE
LA COLOMBIE ET LES ETATS-UNIS?
RÉSULTATS PRÉLIMINAIRES DE LA LIGNE DE
RECHERCHE DU TRAITÉ DE LIBRE-ECHANGE**

RÉSUMÉ

Cet article fournit au lecteur des outils pour étudier les textes officiels de l'accord de promotion du commerce entre la Colombie et les États-Unis de manière simple afin de formé son propre jugement sur le contenu et la portée de celui-ci, leur permettant ainsi de tirer le meilleur parti de l'accord de libre-échange et en leur fournissant des éléments pour tirer parti des énormes défis que cela implique un marché libre avec les États-Unis. Cet article reflète certaines des préoccupations qui se posent à la suite de la première étape de la recherche à la Faculté de Droit de l'Universite Javeriana sur l'accord de libre-échange avec les États-Unis, qui a donné lieu à la publication des textes officiels de l'accord de promotion du commerce entre la Colombie et les États-Unis.

Mots-clés : *Accord de promotion du commerce, Textes officiels, Accord de libre-échange, Zone de libre-échange*

I. INTRODUCCIÓN

Una comprensión integral del Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos (en adelante TLC) reviste tal importancia que aun sectores que inicialmente se consideran “ganadores”, podrían no serlo si no logran aprehender los alcances, efectos, derechos y obligaciones derivados del mismo con precisión. Igualmente, aquellos sectores que preliminarmente se han identificado como “perdedores” deben –y necesitan– administrar el tratado procurando obtener el mayor provecho de éste, haciendo uso de los instrumentos que dispone el TLC y que pueden brindarles posibilidades ante situaciones que inicialmente puedan ser calificadas de adversas.

Por esta razón, en el seno de la Facultad de Derecho y en particular en la Revista *International Law*, el Departamento de Derecho Económico y la Especialización en Derecho de la Competencia & del Libre Comercio de la Universidad Javeriana, con la colaboración del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se creó una línea de investigación con el objetivo de profundizar sobre este aspecto, siendo este artículo el reflejo de algunas de las experiencias y conclusiones de la primera etapa de esta investigación.

No obstante que en el momento en que se escribe este artículo, la aprobación del TLC se encuentra en *stand by* en el Congreso de los Estados Unidos, consideramos que dicho acuerdo será una realidad tarde o temprano y en la medida que los resultados no son ni serán automáticos, y dependen por tanto del esfuerzo posterior y del conocimiento que se tenga de las alternativas, efectos y alcances que ofrece el texto, resulta de la mayor importancia responder al interrogante que este artículo plantea: *¿Cómo leer el TLC?*

II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

La línea de investigación que dio origen a este artículo y que fue dirigida, y estructurada por quienes lo escriben, contó con la

participación de 29 directores (entre ellos los autores)¹ expertos cada uno en los temas sujetos a las disposiciones del Tratado y sesenta (60) estudiantes² que buscaban cumplir su requisito de grado para optar por el título de abogado con esta investigación.

Para empezar el ciclo de publicaciones, producto de esta línea de investigación, los editores consideramos que era un paso necesario la divulgación –con un sustancial valor agregado– del texto legal en sus dos idiomas oficiales: castellano e inglés³. Por ahora, bástenos llamar la atención del lector sobre el hecho de que tal y como dispone el artículo 23.6 del TLC los textos en los dos idiomas son “*igualmente auténticos*”.

En el primer tomo que va a ser publicado se decidió elaborar un índice analítico de los textos oficiales del TLC Colombia-Estados Unidos, el cual cuenta con más de mil (1.000) referencias que permiten al lector una mejor y más comprensiva lectura del Tratado.

¹ SANTIAGO ROJAS, JUAN DAVID BARBOSA, ANDRÉS ESPINOSA, MARIANA PACHECO, FELIPE QUINTERO, RICARDO LÓPEZ, RICHARD FRANKLIN, GABRIEL IBARRA, MARÍA CLARA LOZANO, LUZ MARINA MONROY, ALICIA VILLEGAS, EDUARDO MANTILLA, RAFAEL RINCÓN, ÁNGELA MARÍA OROZCO, ANA MARÍA MOLINA, JAVIER CORTÁZAR, ANDRÉS FORERO, LUIS HUMBERTO USTÁRIZ, HERNANDO GUTIÉRREZ, MARÍA CONSUELO VELÁSQUEZ, ANDRÉS MEDINA, MARTÍN IBARRA, ALMA CLARA GARCÍA, JOSÉ VICENTE ZAPATA, PABLO MÁRQUEZ, ROBERTO LAGUADO, CARLOS LAGUADO, EDUARDO ZULETA, JUAN PABLO GODOY.

² JAIRO PARRA GAMBOA, ANA MARÍA VALDIVIESO JIMÉNEZ, MARIA CAROLINA CARRASQUILLA VALBUENA, ILIANA LUCÍA CABAS, CATALINA DEVIA, CIRO RAMÍREZ CORTEZ, JORGE IVÁN VALENCIA MORA, DIEGO MÁRQUEZ, HERBERT ESPINOSA, MARCELA CALLE RESTREPO, GUILLERMO SALCEDO, HERNANDO DE LA ROSA, VIVIANA SERRANO, MARÍA ALEJANDRA GARCÍA, SILVIA DELGADO MALDONADO, ÁNGELA VÉLEZ ESCALLÓN, DIEGO GUERRA VIVAS, MÓNICA TOVAR PLAZAS, ÁNGELA MARÍA CHAUSTRE, ANDRÉS FELIPE OSPINA ALGARRA, SILVIA RICAURTE, JUAN SEBASTIÁN NIÑO ROMERO, LINA ROSSI IDÁRRAGA, MARÍA ANGÉLICA BURGOS DE LA OSSA HENRY ALBERTO CHAÍN, ANDRÉS EDUARDO JIMÉNEZ CAMARGO, ALEJANDRO CARDONA JARAMILLO, MARÍA XIMENA LONDOÑO ROMANOWSKY, MARÍA CAMILA SCHÄFER GÓMEZ, DAVID ARDILA BRICEÑO, ANGÉLICA RESTREPO SERNA, MARÍA FERNANDA LONDOÑO ARAQUE, JULIANA BENOIT SALCEDO, MARÍA ALEJANDRA TARAZONA CABALLERO, CARLOS ENRIQUE VALDIVIESO JIMÉNEZ, FELIPE MUTIS TÉLLEZ, GUSTAVO MEJÍA KATTAH, LUISA FERNANDA MANTILLA VERDOOREN, JORGE ANDRÉS VALENCIA CORTÉS, MARIAN ISAAC BOTERO, MARÍA CAROLINA HINOSTROZA ROJAS, JUAN CARLOS PADILLA URICOCHEA, MAURICIO VALLECILLA DE LA ESPRIELLA, CAROLINA ALHACH TRUJILLO, MAURICIO REY SALAMANCA, VÍCTOR MUÑOZ ROSERO, JUAN CARLOS CANOSA DUARTE.

³ Este primer tomo será objeto de publicación una vez se hayan surtido los trámites correspondientes en el Congreso de los Estados Unidos.

El objetivo es lograr que tanto el lector versado como aquel que se enfrenta por primera vez al libre comercio, pueda tener una aproximación estructural y transversal a los temas que resulten de su interés, a través de la posibilidad de concatenar un mismo concepto en los distintos capítulos del TLC.

Ahora bien toda vez que los textos legales del TLC presentan la complejidad de usar figuras como la remisión o la incorporación *mutatis mutandi* de disposiciones que figuran en otros acuerdos internacionales, así como la incorporación de disposiciones de orden nacional (cuando de medidas disconformes se trata), con el objeto de facilitar un análisis estructural y comprensivo del TLC, este primer tomo de la línea de investigación comprendió: i) la elaboración de una tabla de contenido del TLC (artículo por artículo); ii) la incorporación total de las normas citadas en las medidas disconformes por parte de Colombia⁴; y iii) la transcripción de las normas –de otros acuerdos comerciales– remitidas o incorporadas *mutatis mutandi* al TLC⁵. De este modo, con el uso de una sola publicación se buscó que el lector pueda resolver la mayor parte de los interrogantes relativos al derecho sustancial que resulta aplicable al caso bajo estudio.

⁴ La transcripción de las medidas disconformes reviste la mayor de las importancias, ya que son éstas las que indican el alcance de la medida reservada en concordancia con la descripción que figura en los listados correspondientes, tal y como procederemos a explicar adelante.

⁵ La idea de generar un trabajo sobre el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos, fue planteada en el seno de una de las reuniones del Comité Editorial de la Revista *International Law* por el doctor Javier Cortázar. Acogida tal idea, en el Comité –y particularmente por su director y entonces Decano de la Facultad R.P. Luis Fernando Álvarez S.J.– se nombraron los dos directores del proyecto del que hoy estamos poniendo a su disposición este artículo.

La organización del proyecto de investigación fue dispendiosa porque implicó la consecución de los expertos en cada tema del TLC que se encargarían de dirigir la investigación en cada capítulo del tratado. De manera simultánea procedimos a invitar a los alumnos de los últimos semestres de la facultad de Ciencias Jurídicas a participar de este proyecto, contando con una amplia acogida, que hoy se ve reflejada en el equipo de trabajo que se encuentra en los pies de página anteriores.

III. APROXIMACIÓN AL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS, EN ESTA PRIMERA ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

A. EL TLC ES UN TRATADO COMERCIAL

En primer lugar, debemos destacar que –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del TLC⁶– el objetivo primario del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos es el establecimiento de una zona de libre comercio.

Una zona de libre comercio consiste, muy sucintamente, en la eliminación de todas las barreras (arancelarias y no arancelarias) al libre movimiento de las mercancías originarias de los países miembros del TLC y, en el contexto de este acuerdo, de las medidas que afecten la libre prestación de servicios entre proveedores de una y otra parte en el marco del nuevo territorio aduanero generado por el Tratado⁷.

Ahora bien, cuando el objetivo de un tratado es la creación de una zona de libre comercio, queda entendido que los Estados parte del Tratado conservan su autonomía en todo lo referente a sus políticas comerciales externas con otros países –es decir, entre muchos otros elementos–; cada uno podrá continuar manejando su

⁶ “ART. 1.1: **Establecimiento de la zona de libre comercio.** Las partes de este acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXIV del GATT de 1994 y el artículo V del AGCS, establecen una zona de libre comercio”.

⁷ Originalmente, cuando se hacía alusión a la creación de una zona de libre comercio se pensaba exclusivamente en el libre comercio de mercancías. No obstante lo anterior, en los acuerdos de segunda y tercera generación las zonas de libre comercio trascienden el ámbito de las mercancías y regulan otros aspectos como servicios, propiedad intelectual, inversión, etc. Ahora bien, el artículo 1.1. del TLC hace referencia tanto el artículo XXIV del GATT de 1994 como el artículo V del AGCS. Debe anotarse que el último de estos artículos –relativo al comercio de servicios– no hace referencia expresa a la figura de la zona de libre comercio sino utiliza la expresión “un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes... a condición de que tal acuerdo...”, en tanto que el artículo XXIV del GATT de 1994 hace referencia expresa a las zonas de libre comercio y a las uniones aduaneras con condicionamientos específicos que permitan concluir que dichos bloques de integración regional cuentan con tal grado de liberalización que se constituyen en una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación mas favorecida (CNMF).

política arancelaria con terceros países de manera individual, sin que el otro tenga injerencia alguna en ella.

Este tema arroja –en el caso que nos ocupa– algunos elementos importantes para ser considerados, por ejemplo en lo relativo a los aranceles aplicables a materias primas o bienes de capital que en Colombia tienden a ser superiores a los que se aplican en los Estados Unidos, generando algunas diferencias de competitividad que pueden resultar sustanciales (y negativas) en un ámbito de libre comercio. Dado lo anterior, algunos bloques de integración subregional han optado por fórmulas distintas; tal sería el caso de la Unión Europea, que desde sus comienzos en 1957 con el Tratado de Roma, tomó la decisión de iniciar su integración desde una Unión Aduanera con miras a un mercado común⁸, lo que implicaba la cesión de soberanía de los Estados miembros en lo referente a su política comercial (incluyendo la arancelaria) con terceros países.

Ahora bien, resulta interesante llamar la atención del lector sobre la denominación exacta de lo que en nuestro país hemos llamado el TLC con los Estados Unidos. El contexto de dicho tratado se encuentra enmarcado claramente en su enunciación oficial “Acuerdo de Promoción Comercial”. Es decir, se trata de un acuerdo cuyos objetivos se encuentran dirigidos a la eliminación de las barreras al libre comercio ya sea en el ámbito de las mercancías, servicios o propiedad intelectual. Lo anterior, a diferencia⁹ de otros tratados de libre comercio, donde los objetivos trascienden el tema netamente comercial y tocan ámbitos como el político, el monetario y el institucional con profundidad. Por ejemplo, debe llamarse la atención del lector sobre el caso de la Unión Europea, donde se contempló desde el inicio (Comunidad Económica Europea en 1957) o algunos años después, la creación –entre otros de: a) un Fondo social europeo¹⁰

⁸ Cfr. artículos 2º y 3º del Tratado de Roma de 1957, que dio origen a la Comunidad Económica Europea.

⁹ El TLC con Estados Unidos cuenta con un capítulo sobre administración del acuerdo y fortalecimiento de capacidades comerciales.

¹⁰ Artículo 123 del TCEE (Tratado de Roma).

“encargado de fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores”; y b) Un Fondo de desarrollo regional “cuya intervención, coordinada con las ayudas internacionales deberá permitir, a medida que se realiza la unión económica y monetaria, corregir los principales desequilibrios regionales en la comunidad, y sobre los que resultan de un predominio agrícola, de cambios industriales y de un subempleo estructural...”¹¹.

Otra característica que resulta relevante al momento de analizar un tratado de libre comercio es si éste genera o no derecho supranacional¹², es decir, si dentro de la intencionalidad de los Estados parte del TLC figura el deseo de crear instituciones que a su vez puedan generar derecho y que éste prime sobre el de orden nacional. En el caso del TLC con los Estados Unidos no¹³ se genera derecho supranacional, contrario a lo que sucede en la Comunidad Andina o en la Unión Europea, donde se cuenta con un derecho derivado, instituciones que lo generan y tribunales supranacionales que contribuyen a hacer valer su primacía sobre el derecho nacional¹⁴.

¹¹ Reglamento 724 de 1975 del Consejo del 18 de marzo, sobre la creación de un Fondo Europeo de Desarrollo Regional. La regulación de estos fondos ha sido objeto de múltiples modificaciones. Igualmente con el Tratado de Maastricht de 1992 se da origen a los fondos de convergencia y cohesión social (art. 130A TUE).

¹² En palabras de LUIS CARLOS SÁCHICA: “...*El concepto de supranacional –distinto del de internacional, interestatal, intergubernamental– como fundamento de una manera de obrar independiente y conjunta, o de obrar solidariamente en el ejercicio de los poderes cedidos por el Estado a los organismos encargados de la integración...*” (SÁCHICA, LUIS CARLOS. Derecho Comunitario Andino. Editorial Temis. 1990. Pág. 11).

¹³ Algunos tratadistas consideran que en el caso del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos sí se genera derecho supranacional.

¹⁴ *En el TLC se prevé la Comisión de Libre Comercio, la cual se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, sin perjuicio que en virtud de artículos como el 21.5: Intervención de la comisión, deba reunirse más a menudo. Como tal, la misma tiene unas funciones claramente establecidas en el artículo 20.1 del TLC. Sin embargo, esta comisión no es un órgano supranacional y como tal no tiene personería, presupuesto o sede propia, es más bien una reunión de representantes de las partes que tiene como objetivo velar por la buena marcha del TLC.*

Adicionalmente, el TLC prevé varios comités, los cuales se reúne a solicitud de una parte o de la Comisión de Libre Comercio, son a saber según el capítulo que les corresponda: Comité de Comercio de Mercancías (artículo 2.13); Comité de Comercio

Aparte de las características del TLC enunciadas, existen otras de carácter pragmático que hemos encontrado a lo largo de la investigación y que queremos transmitir en este artículo, para efectos de facilitar la lectura y análisis del texto del TLC, la cual puede resultar compleja en virtud de que:

Primero, es un tratado comercial que incorpora una serie de conceptos específicos que sólo se han desarrollado a partir de la evolución del derecho del comercio internacional y que exigen un cierto grado de conocimiento previo.

Segundo, si bien su lectura no es lineal –de la primera a la última página–, el mismo si requiere considerar que el TLC es uno solo y en esa medida, se deben interpretar los artículos que lo componen, haciendo necesario en más de una ocasión un análisis transversal de las distintas materias que son tratadas en éste.

Y tercero, en la medida que el TLC establece obligaciones que deben ser interpretadas desde la óptica de dos sistemas jurídicos diferentes¹⁵ –el nuestro y el estadounidense–, a la hora de aproximarse a los conceptos legales que establece el texto será necesario saber que si bien los mismos tienen la necesaria

Agrícola (artículo 2.21); Comité sobre Asuntos Comerciales de Textiles y del Vestido (artículo 3.4); Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (artículo 7.7); Comité sobre Contratación Pública (artículo 9.15); Comité de Servicios Financieros (artículo 12.16); Consejo de Asuntos Laborales (artículo 17.4: Estructura institucional); Consejo de Asuntos Ambientales (artículo 18.5) y el Comité Permanente sobre Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios (artículo 6.3). También en el TLC se previó un comité para el Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales (artículo 20.4) el cual ejerce una importante labor durante la etapa de implementación y desgravación del TLC.

Finalmente dentro del propio TLC, se dispone la posibilidad de crear grupos de trabajo, estableciendo en el texto mismo del TLC el de Administración Aduanera y Facilitación del Comercio (artículo 20.4), el cual se reporta al Comité de Fortalecimiento de Capacidades Comerciales.

¹⁵ El TLC es un Tratado Bilateral, sin embargo en buena parte fue negociado de forma plurilateral: Colombia, Ecuador y Perú, quienes estaban autorizados para ello por la Decisión 598 de la Comunidad Andina; como tal los tres países preacordaban las posiciones de negociación que llevarían a la mesa, así como las contrapropuestas generales a la propuesta inicial de Estados Unidos, sin embargo Ecuador suspendió negociaciones y Perú terminó las negociaciones con anterioridad a Colombia, sin embargo esto quedó plasmado en varios artículos del texto del TLC en los que se habla de “las partes” y de “Estados Unidos” (Ver, por ejemplo artículo 20.4 numeral 2°).

especificidad para establecer el contenido de la obligación, son lo suficientemente generales para permitir su asimilación y entendimiento en el sistema jurídico de cada parte. Tal contexto podrá resultar en que a primera vista la lectura del texto legal se perciba como “abstracta”.

Un ejemplo de la primera característica antes planteada consiste en que conceptos fundamentales del libre comercio como la “cláusula de la nación más favorecida (CNMF)” y el “principio de trato nacional” han tenido su desarrollo desde el GATT de 1947 y su contenido se ha ido decantando a lo largo de las distintas negociaciones y controversias desarrolladas en el marco del GATT y, posteriormente, de la Organización Mundial del Comercio creada con el Acuerdo de Marrakech de 1994 como resultado de la Ronda Uruguay de Negociaciones. Teniendo en cuenta que Colombia y EE. UU. son miembros de la Organización Mundial del Comercio, sin duda, la incorporación de estos conceptos (particularmente el de trato nacional) en el marco del TLC con los Estados Unidos, acompañado de expresiones tales como *mutatis mutandi*, conllevarán la necesidad de consultar los distintos paneles surgidos en el ámbito multilateral –que llenan de contenido estos conceptos– y de analizar en qué consistiría su aplicación *mutatis mutandi* en cada capítulo pactado en el TLC entre Estados Unidos y Colombia. Posiblemente, la utilización de algunas experiencias del NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) también será una referencia interesante para el análisis de estos conceptos.

Finalmente, el reto que plantea la segunda característica relativa a la necesidad de una lectura integral y transversal del TLC, no es pequeño. Por ejemplo, el tema de cómo implementar la necesidad y garantía de que exista una sana, libre y leal competencia en el nuevo territorio aduanero¹⁶ generado por el TLC, pasa por disposiciones

¹⁶ En la Unión Europea, el tema de la competencia implicó desde su inicio como Comunidad Económica Europea, la creación de una política de competencia bajo los artículos 85, 86, 92 y 93 del TCEE. Resulta interesante anotar que las ayudas estatales en el caso de la Unión Europea son analizadas bajo la perspectiva de un mercado en competencia y no bajo los criterios que indica el acuerdo de “Subvenciones y Medidas Compensatorias” de la OMC, como sí ocurre en el caso del TLC con los Estados Unidos.

que figuran en distintos capítulos además del *Capítulo 13: Política de competencia, monopolios designados y empresas del Estado*, que se dedican exclusivamente al tema. Tal es el caso de los capítulos de contratación pública, inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones y el anexo I del TLC, donde existen disposiciones que igualmente tratan la materia. La interrelación entre estas disposiciones y el capítulo general de competencia requerirá un análisis profundo sobre los límites o no de la transversalidad del TLC.

B. EL TLC ES UN TRATADO EN DOS IDIOMAS, AMBOS IGUALMENTE AUTÉNTICOS

El lector y estudioso de las normas del TLC, o el asesor que se encuentra enfrentando un caso en el cual las disposiciones legales del tratado son justamente el punto de la controversia o la fuente de su solución, podrán enfrentarse a la necesidad de comparar el contenido de los textos legales en ambos idiomas: castellano e inglés. Con el ánimo de facilitar dicha tarea, los directores de la línea de investigación resolvieron este tema desde el inicio implementando en el primer tomo, a ser publicado, los dos textos oficiales a doble columna, confrontado párrafo por párrafo el texto del TLC¹⁷.

¿Ahora bien, por qué es necesaria esta comparación?

No nos cabe duda de que en el evento en que existan diferencias en los dos textos, habrá una discusión fundamental sobre cuál es el texto que se va a tomar como referencia, mas cuando el artículo 23.6 del tratado –como ya se mencionó– indica que los dos textos son igualmente auténticos –lo que quiere decir, que hacen igualmente fe en cada idioma– presumiéndose que los términos del tratado tienen en cada texto oficial igual sentido¹⁸.

¹⁷ La única excepción a la confrontación de textos oficiales párrafo por párrafo fue en las definiciones indicadas en cada capítulo, ya que optamos por respetar la integridad de las versiones oficiales de ambos textos que traen ordenadas alfabéticamente las mismas.

¹⁸ Artículo 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Tal presunción no deja de tener complejidades varias, porque un TLC como este implica dos idiomas y dos culturas social y jurídicamente diversas. Este hecho convierte en un acierto la publicación de un texto con los dos escritos oficiales en aras de, entre otros, facilitar la interpretación de las disposiciones del TLC a través de una lectura comparativa de estos.

La edición bilingüe de los textos oficiales, le permite al lector verificar que en muchos casos no existe la equivalencia deseada entre un mismo término en uno y otro idioma, bien por tratarse de una traducción legal que exige el estudio de los respectivos sistemas jurídicos, o bien por el problema que representa la ausencia de equivalencias.

Para ilustrar lo anterior, a continuación señalamos un par de las múltiples situaciones que fueron detectadas en esta investigación y que permiten ilustrar el punto que nos ocupa. Por ejemplo, en el capítulo nueve (Contratación pública) la palabra *Tender* es usada varias veces con significados distintos¹⁹; o en el capítulo once (Comercio transfronterizo de servicios) el texto en inglés únicamente hace referencia a “*schools*” mientras que en español se refiere a “*instituciones educativas*”²⁰ o, como dentro de ese mismo capítulo,

¹⁹ Los investigadores del capítulo nueve ANA MARÍA VALDIVIESO y MARÍA FERNANDA LONDOÑO, dirigidos por ALICIA VILLEGAS, en esta investigación precisaron cómo el artículo 9.2, numeral 3º se refiere a “*Tendering Procedures*”, en la versión en inglés y a *Procedimientos de licitación*, en la versión en español; el artículo 9.4, numeral 3º utiliza el término “*shorter time limits for tendering*” en inglés, pero en este caso el texto en español es “*Plazo menor para la publicación*”; el artículo 9.8 en inglés señala el término “*Limited tendering*” y el equivalente en la versión en español es “*Contratación directa*”; el artículo 9.2 numeral 5º establece el término “*Evaluation of tenders*”, lo que la versión en español describe como “*Evaluación de las ofertas*”; los artículos 9.4, numeral 2º, literal (a), 9.5, numeral 3º y 9.6, numerales 1º y 5º se refieren al término “*Tender documentations*” como “*documentos de contratación*” en español, mientras que el artículo 9.6 numeral 8º se refiere al término “*tender documentation*”, de la versión en inglés, como “*documento licitatorio*” en el texto en español.

²⁰ Los investigadores del capítulo once MARCELA CALLE/ANGÉLICA RESTREPO/GUSTAVO MEJÍA KATTAH, dirigidos por ÁNGELA MARÍA OROZCO y por ANA MARÍA MOLINA en esta investigación precisaron esta diferencia a lo largo de la investigación del anexo 11-B numeral 2º literal A.

una nota de pie de página del texto en castellano se refiere al “*contrato de agencia comercial*” mientras que esa misma nota de pie de página en el texto en inglés señala simplemente el término “*contract*”²¹.

En el futuro, y esto seguramente ocurrirá, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia que no pueda resolverse, es posible que se adopte el sentido que mejor los concilie, habida cuenta del objeto y fin del tratado, siempre realizando una lectura de “buena fe” del mismo²². No obstante lo anterior, el hecho de que se trate de dos textos igualmente auténticos, genera por sí solo una problemática que posiblemente terminará siendo resuelta en el sistema de solución de controversias del TLC²³.

Adicionalmente –y esta fue una razón adicional para publicar una edición bilingüe de los textos oficiales– el mismo TLC prevé la utilización de cualquiera de los dos idiomas ante las distintas instituciones y órganos –Comisión, comités, consejos y grupos–

²¹ Los investigadores del capítulo once en esta investigación precisaron esta diferencia a lo largo de la investigación del pie de página 10. Anexo 11-E numeral 1º literal A.

²² Respecto de la interpretación de los tratados que tienen dos idiomas como auténticos, la *International Law Commission (ILC)* señaló como «*when the meaning of terms is ambiguous or obscure in one language but it is clear and convincing as to the intentions of the parties in another, the plurilingual character of the treaty facilitates interpretation of the text the meaning of which is doubtful.*» *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Report of the ILC to the General Assembly on the Work of its 8th Session, [1966] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 224, art. 29, para. 6, U.N. Doc A/6309/Rev.1 en untreaty.un.org/ilc/documentation/English/a.cn4.191.pdf*. En el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, la *Permanent Court of International Justice* tuvo que interpretar dos disposiciones contrarias de un mismo texto en *Frances e Inglés -the Palestine Mandate-*, a este respecto señaló «*Where two versions possessing equal authority exist one of which appears to have a wider bearing than the other, it is bound to adopt the more limited interpretation which can be made to harmonise with both versions and which, as far as it goes, is doubtless in accordance with the common intention of the Parties.*» *Mavrommatis Concessions, P.C.I.J. (ser. A) No. 2, at 19*. Tomado de www.worldcourts.com/pcij

²³ Un interrogante interesante podría darse en el evento de que la disposición en discusión se encuentre dentro de aquellas a las cuales tal sistema de solución de controversias no resulte aplicable, por ejemplo como los asuntos que surjan del capítulo 6 Medidas sanitarias y fitosanitarias (art. 6.2: Disposiciones generales, numeral 2º).

establecidos por el Tratado²⁴. Estas disposiciones revisten la mayor importancia para la divulgación, conocimiento y análisis de controversias surgidas en relación con las disposiciones e implicaciones del TLC entre Colombia y los Estados Unidos.

C. EL TLC: UN SOLO TEXTO INTEGRAL

Para empezar, es importante señalar que el TLC está estructurado por un preámbulo y veintitrés (23) capítulos más sus respectivos anexos, apéndices y notas de pie de página²⁵, incluidos los cambios introducidos por el Protocolo modificadorio.

Como ya hemos señalado, para entender el TLC y su alcance se debe realizar una lectura integral del mismo, es decir, cada uno de los artículos del tratado se deben considerar de una manera interrelacionada y no en forma aislada. En otras palabras, siempre será necesario interpretar los términos del tratado en su contexto, incluyendo su preámbulo y cada uno de los anexos del mismo.

Como se mencionó previamente, para efectos de facilitar la lectura de los textos oficiales desde una perspectiva integral del tratado, en esta investigación se desarrolló un índice analítico. Dicho índice²⁶,

²⁴ Por ejemplo, el artículo 18.7, num. 2º, lit. a) o el artículo 21.10, num. 1º, lit. f) del texto del Tratado antes del protocolo modificadorio permiten y reconoce que las actuaciones de una parte se den en cualquiera de los dos idiomas: inglés o castellano/español.

²⁵ Artículo 23.1: Anexos, apéndices y notas de pie de página, TLC.

²⁶ La construcción del índice partió del diccionario de la UNCTAD que fuere entregado como referencia por parte de los editores a todo el equipo de trabajo. Posteriormente los directores y estudiantes presentaron las palabras clave vinculadas a los artículos correspondientes de su capítulo. Obtenida dicha información, los editores llevaron a cabo la revisión de estas referencias, añadiendo algunas y modificando otras, para finalmente dar al índice una estructura global vinculando las palabras de cada capítulo a conceptos generales que permitan tener una aproximación transversal, comprensiva y general del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos. Lo interesante de este ejercicio entre otros elementos es que permitió establecer nociones, identificar transversalidades y descubrir temas que de otra forma no resultarían importantes para el lector. Ejemplo de esto, es cómo a través de la elaboración del índice fue posible establecer que Estados Unidos expresamente incluyó el concepto de zonas francas “*foreign trade zone*” dentro de su territorio para efectos del TLC (Anexo 1.3. Definiciones específicas por país). A pesar de las múltiples referencias logradas, este índice todavía se trata de un texto en “construcción”, razón por la cual

que se publicará próximamente en un primer tomo, tanto en medio físico como en archivo electrónico (con hipervínculos al propio tratado), concluyó estableciendo más de mil (1000) referencias. El objetivo del mismo es permitir al lector una más fácil identificación de los artículos que tocan el tema de su interés y la concatenación de los distintos capítulos que tienen relación con los asuntos bajo estudio. Es decir, incentivar un análisis transversal del Tratado.

Todas las disposiciones del TLC deben ubicarse en un contexto preciso y para esto, al leer el texto es necesario considerar las principales reglas de interpretación de los tratados internacionales, las cuales en su mayoría se encuentran consagradas en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. No obstante lo anterior procede llamar la atención del lector sobre el hecho de que Estados Unidos no ha suscrito formalmente dicho Tratado Internacional. Sin embargo, en palabras de Roberto Echandi²⁷

“Tal y como ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional, la ‘Convención de Viena’ es en realidad una “codificación” del derecho internacional consuetudinario, aplicable en la interpretación de acuerdos internacionales. Al ser en realidad parte del derecho constitucional consuetudinario, la Convención de Viena le es igualmente aplicable tanto a los países que han suscrito y ratificado formalmente la Convención, como a aquellos países que, pese a que formalmente no la han suscrito, forman parte de la Comunidad Internacional de Naciones”.

Una adecuada interpretación de las disposiciones del Tratado debe, en particular, consultar las definiciones expresas que ha consagrado el propio TLC, en la medida que esa ha sido la intención de los Estados parte. Esta observación comprende tanto las

si el lector tiene sugerencias sobre éste, podrá remitirlas al correo electrónico de la Especialización en Derecho de la Competencia & del Libre Comercio: competenciaylibrecomercio@javeriana.edu.co

²⁷ ECHANDI, ROBERTO. ¿Cómo leer el TLC?, Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Págs .42-43. Editora: Anabel González. Asociación para el Estudio Jurídico del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. 2005.

definiciones generales de aplicación para todo el TLC consagradas en el capítulo uno, como las definiciones específicas aplicables a cada capítulo que las consagra²⁸. Una adecuada concatenación de estos dos bloques de definiciones permitirá al lector la interpretación más adecuada del Tratado.

EL PREÁMBULO Y LOS CAPÍTULOS DEL TLC.

Uno de los elementos más importantes en el proceso de interpretación del TLC es el preámbulo. En nuestro concepto, la función del preámbulo del TLC es establecer el contexto vinculante en que se desarrollará todo el Tratado en general.

Ahora bien, en lo referente a los capítulos específicos, un primer análisis de los 23 capítulos arroja que estos presentan estructuras disímiles entre ellos. Algunos se encuentran organizados en secciones, posiblemente debido al hecho de que son más extensos y/o comprenden temas que pueden ser separados conceptualmente. Tal es el caso del: capítulo uno (Disposiciones iniciales); capítulo dos (Trato nacional y acceso de mercancías al mercado); capítulo cuatro (Origen); capítulo ocho (Medidas de defensa comercial); capítulo 10 (Inversiones); capítulo 19 (Transparencia); capítulo 20 (Administración del acuerdo y fortalecimiento de capacidad instalada) y finalmente el capítulo 21 (Solución de controversias).

De otra parte, hay capítulos que se encuentran estructurados exclusivamente sobre la base de artículos sin separarlos conceptualmente en secciones. Tal es el caso de capítulos como el tres (Textiles y el vestido); cinco (Administración aduanera y facilitación del comercio); seis (Medidas sanitarias y fitosanitarias); siete (Obstáculos técnicos al comercio); 11 (Comercio transfronterizo); 12 (Servicios financieros); 13 (Competencia, monopolios designados y empresas del Estado); 14 (Telecomunicaciones); 15 (Comercio

²⁸ En general cada capítulo cuenta con sus propias definiciones específicas con la excepción de los capítulos 5, 6, 20 y 23.

electrónico); 16 (Propiedad intelectual); 17 (Asuntos laborales); 18 (Medio ambiente); 22 (Excepciones); y 23 (Disposiciones finales).

Merece especial atención el capítulo nueve que presenta una mezcla que inicia con artículos y procede con secciones. Dichas secciones, sin embargo, comprenden fundamentalmente las listas de Colombia y Estados Unidos en relación con la contratación pública.

Así mismo, hay capítulos que cuentan con apéndices, tal es el caso de los capítulos 2, 3 y 4. Igualmente otros capítulos tienen cartas adjuntas, tal es el caso de los capítulos: seis (Medidas sanitarias y fitosanitarias); nueve (Contratación pública); 11 (Servicios transfronterizos) y 16 (Propiedad intelectual).

LOS DEMÁS TEXTOS LEGALES QUE CONFORMAN EL TLC.

En lo referente a los textos legales que no han sido calificados como capítulos, es importante destacar que de conformidad con el capítulo de disposiciones finales, forman parte integrante del TLC los anexos, los apéndices y las notas de pie de página²⁹.

Ahora bien, nada dice el capítulo 23 –Disposiciones finales– sobre el papel de los entendimientos y de las cartas adjuntas y su integración al TLC, situación que podrá presentar controversias en el futuro tal y como procederemos a indicar a continuación.

i. Los anexos

Los anexos de cada capítulo tienen como finalidad aclarar o precisar algunas de las disposiciones previstas específicamente en un artículo, lo que implica que se circunscriben a la interpretación de dicha disposición en particular. Lo anterior se ve claramente reflejado en el orden o numeración de algunos anexos. Tal es el caso del *Anexo 2.18. Medidas de salvaguardia agrícola*, cuyo objetivo es desarrollar el artículo que corresponde a la misma numeración.

Existen otros anexos específicos por capítulo que se encuentran identificados por letras (A, B, C,....), tal es el caso de los capítulos

²⁹ Artículo 23.1, capítulo veintitrés, TLC.

tres, diez, once y catorce. En este evento, el orden que corresponde a las letras no tiene un fin específico, simplemente es enunciativo.

Por último, encontramos los *anexos de medidas disconformes*, cuya finalidad básica es distinta a las de los anteriores. Su objetivo consiste en hacer constancia de la reserva expresa de cada parte con relación a las obligaciones dispuestas en los capítulos de servicios, servicios financieros, e inversión.

Los textos de los anexos de medidas disconformes contienen las listas de Colombia y de los Estados Unidos por separado e incluyen ya sea una nota explicativa (anexos I y II) o una nota introductoria (anexo III). La función de dichas notas es indicar cómo leer los anexos, así como el valor jurídico de cada uno de los elementos de las fichas que los conforman y qué será necesario considerar para poder entender el alcance de cada una de las medidas (*sector, subsector, obligaciones afectadas, nivel de gobierno, en algunos casos las medidas y la descripción*),

Básicamente, los anexos de medidas disconformes contienen una o varias disposiciones que pueden no estar conformes – disconformes – con alguna de las obligaciones de los capítulos de servicios y servicios financieros o inversión, si bien las disposiciones de los capítulos del TLC se aplican a todos los sectores de la economía en principio.

Para leer estos anexos es necesario fijarse primero en el elemento clave que es la medida citada, la cual indica las áreas o materias de disconformidad con las obligaciones del Tratado que son objeto de reserva³⁰. En consecuencia, si la norma que establece la medida es

³⁰ Expresamente el propio texto del TLC señala sin embargo que “*el elemento Medidas prevalecerá sobre cualquier otro elemento, salvo cuando cualquier discrepancia entre el elemento Medidas y los otros elementos considerados en su totalidad sea tan sustancial y material que no sería razonable concluir que el elemento Medidas deba prevalecer, en cuyo caso, los otros elementos deberán prevalecer en la medida de la discrepancia*” (*Anexo I, Nota Explicativa, numeral 3,(b)*) Un ejemplo de la aplicación de lo anterior se encuentra en el anexo I en la Medida Disconforme I-Col-22 referente al Sector de Televisión Comunitaria, donde el elemento **Medida** hace referencia al artículo 3º Definiciones y al artículo 4º Formalidades de las comunidades organizadas del Acuerdo 006 de 1999 que establece unas definiciones, pero el elemento

modificada, no significa que se acabe la reserva. Lo importante es que la modificación no resulte más restrictiva, es decir, más discriminatoria o más inconsistente con las disposiciones del TLC. Esto está llamado a convertirse en un reto para nuestros legisladores³¹.

ii. Los apéndices

Los apéndices –que por expresa disposición del artículo 23.1 son parte integrante del Tratado– se encuentran así mismo en varios capítulos. Tal es el caso de los capítulos 2, 3 y 4.

En el capítulo dos: Trato nacional y acceso a mercados, el apéndice contiene las notas generales de la lista arancelaria tanto de Colombia como de Estados Unidos. Igualmente, el capítulo tres: Textiles y vestido contiene un apéndice: La tabla de correlación para mercancías textiles y del vestido; y el capítulo cuatro: Reglas de origen y procedimientos de origen incluye como apéndice 4.1 a La tabla de correlación para el calzado.

iii. Las cartas adjuntas y los entendimientos

La doctrina colombiana define a las cartas adjuntas –*side letters*– como

“comunicaciones enviadas mutuamente por las partes, debidamente firmadas en el momento de la suscripción del tratado, que pretenden precisar el alcance de una o algunas disposiciones del

Descripción que es el que es coherente con el elemento de Obligaciones Afectadas, establece es que “no pueden ser ofrecidos a más de 6.000 asociados”, materia que se regula es en el artículo 6° del Acuerdo 006 de 1999. Entendemos que en este caso es esta disposición la que sería ser objeto de afectación, primando el elemento Descripción sobre la Medida misma, por lo que se entendería que la norma objeto de la medida disconforme es el Art. 6°.

³¹ La inclusión de los textos legales citados por Colombia como medidas disconformes, se llevó a cabo en la publicación del I tomo, con el objeto de facilitarle al lector el análisis de las fichas que las contienen. Tal y como puede verificarse en las notas editoriales del 1er. tomo, el lector podrá encontrar algunas discrepancias en algunas fichas entre la medida citada y la descripción de ésta. Lo anterior conllevará el uso necesario de criterios de interpretación del contenido de la ficha, los cuales están señalados en la nota explicativa del anexo I del TLC.

tratado^{32/33}, y a los entendimientos como la “*manifestación expresa de la voluntad de las partes del Tratado sobre algún tema en particular*”³⁴.

El primer interrogante que surge en relación con las cartas adjuntas³⁵ y los entendimientos³⁶ del TLC consiste en su estatus

³² SANTIAGO ROJAS ARROYO y MARÍA EUGENIA LLOREDA P. ¿TLC? Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, Grupo Editorial Norma, Págs. 69 y 70.

³³ ÁNGELA VÉLEZ y DAVID ARDILA señalan como “*Las cartas adjuntas corresponden a varios escritos que remitió el Gobierno de Colombia al Gobierno de Estados Unidos, o viceversa, a fin de precisar la forma de aplicar determinado artículo del TLC, de reservarse para el Estado determinada atribución, o de precisar el contenido de una disposición del tratado. Dichas cartas, al ser respondidas y aceptadas expresamente por el otro Estado como parte integrante del TLC, serán documentos que surtirán los efectos jurídicos de las demás partes del tratado*”. Trabajo de grado, requisito para optar el título de abogado elaborado por ÁNGELA VÉLEZ y DAVID ARDILA, capítulo 23, pág. 113. Internacionalmente, encontramos como se establece que las mismas “*sirven de medio para expresar entendimientos sobre temas específicos complementarios o sobre temas no incorporados en el documento del acuerdo. En algunos casos, este medio previene que terceros países reclamen los mismos derechos comerciales acordados por las partes, acogiéndose a normas de «nación más favorecida» en el marco de la Organización Mundial del Comercio.*” FERNANDO GÓMEZ ARBELÁEZ, TLC: Efectos de una carta, Diario La Prensa, Panamá, miércoles 15 de febrero del 2006.

³⁴ SANTIAGO ROJAS ARROYO y MARÍA EUGENIA LLOREDA P. ¿TLC? Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, Grupo Editorial Norma, pág. 68.

³⁵ En materia de cartas adjuntas en el TLC encontramos: i. En el capítulo de Acceso a mercados y trato nacional se incluye la Carta Adjunta ITA (Acuerdo de Tecnología de la Información). ii. En el capítulo de Medidas sanitarias y fitosanitarias encontramos la Carta Adjunta Medidas sanitarias y fitosanitarias. En este aspecto debe destacarse que según consulta hecha el 27 de diciembre del 2006 a las 5:30 p.m.; el texto que figura como oficial en la página web del USTR indica la existencia de tres cartas adjuntas: February SPS Letter Exchange, August SPS Letter Exchange, Other SPS Letter Exchange, sin embargo, en el documento que figura como oficial en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y que fue el radicado y aprobado por el Congreso, según constatación de los autores, aparece únicamente la Carta Adjunta sobre Obligaciones adicionales en materia de MSF correspondiente a la última de las tres cartas indicadas arriba en el texto en inglés. iii. En el capítulo de Compras públicas encontramos las: Carta Adjunta 9.11 y la Carta Adjunta Licitaciones Electrónicas. En la versión que figura como oficial en la página web del USTR, según consulta llevada a cabo el 27 de diciembre del 2006 a las 6:40 p.m., las cartas adjuntas del capítulo 9 se denominan: Side Letter Regarding Interim Measures que corresponde a la Carta Adjunta 9.11 del texto en español; y, Side Letter on 30- Day Tendering que corresponde a la Carta Adjunta Licitaciones Electrónicas del Texto en español. iv. En el capítulo de Servicios encontramos la Carta Adjunta en Medidas estatales, y v. En el capítulo de Propiedad intelectual encontramos las siguientes Cartas Adjuntas: Carta Adjunta sobre Patentes y ciertos productos regulados, Carta Adjunta ISP y la Carta adjunta sobre retransmisiones.

³⁶ En materia de entendimientos en el TLC encontramos: i. el Entendimiento referente al artículo 12.1.3(a); ii. el Entendimiento sobre servicios financieros y medidas de

jurídico. De hecho, tal pregunta se torna más compleja en la medida que el capítulo de Disposiciones finales no hace mención expresa a estos instrumentos como integrantes del Tratado³⁷. Como ya se señaló, el artículo 23.1 solo hace mención a los anexos, apéndices y notas de pie de página como instrumentos que sin duda alguna hacen parte del Tratado. Sin embargo, el gobierno colombiano radicó varias cartas adjuntas junto con el texto del TLC que fue sometido a consideración y aprobación por el Congreso colombiano.

El segundo interrogante surge en el evento de considerar que una carta adjunta no hubiera tenido aceptación expresa del otro Estado, por ejemplo que no hubiera sido sometida a consideración del Congreso colombiano y sí lo sea en el Congreso de EE. UU., en este evento será necesario determinar si la misma forma parte del TLC y por tanto si es o no obligatoria y hasta dónde la misma refleja o vincula la manifestación soberana de la voluntad del Estado³⁸.

servicio; iii. el Entendimiento sobre ciertas medidas de salud pública, y finalmente, iv. el Entendimiento sobre Biodiversidad y conocimiento tradicionales. Es procedente llamar la atención sobre el hecho de que los textos oficiales en Español consideran este último entendimiento dentro del marco del capítulo de Derechos de Propiedad Intelectual, mientras que la página del USTR consultada el 27 de diciembre de 2006 dispone que este Entendimiento se encuentra al final del Tratado.

³⁷ La discusión cuando se ha utilizado estos instrumentos en otros TLC ha sido si “*The various side letters may constitute part of the Agreement, be stand-alone instruments that are legally binding or they may have no legal standing.*” (Free Trade Agreement Report, Clayton Utz, marzo 2004). Como tal, algunos foros han resuelto esta discusión dependiendo del lenguaje en que específicamente cada carta se encuentre escrita – Clayton Utz–.

³⁸ Este evento puede generar múltiples disputas. En NAFTA ya se dio una controversia legal en virtud de la discusión de si una carta adjunta resultaba o no aplicable entre EE. UU. y México; en virtud de que este último no concedía validez alguna a la fórmula que este documento establecía para efectos de calcular el acceso al mercado del azúcar y EE. UU. alegaba que la misma era plenamente obligatoria, señalando que se trataba de “document relating to NAFTA published by Congress and particularly by the House of Representatives under the number 103-160 and entitled “Message from the President of the United States, transmitting North American Free Trade Agreement, Supplemental Agreements and Additional Documents” dated November 4 (U.S. Government Printing Office, Washington, 1993), there is a printed copy included of two letters sent; one by Mr. M. Kantor to Dr. Jaime Serra Puche, Mexican Minister of Trade and Industrial Development, and the other sent by the latter to his

iv. Las notas de pie de página

Adicionalmente, las notas de pie de página también resultan vinculantes y en muchos casos necesarias para poder interpretar el TLC e igualmente, como lo dispone el artículo 23.1, las notas de pie de página son parte integrante del texto del TLC.

En el contexto de los tratados internacionales podemos poner en consideración los textos de los acuerdos multilaterales de la OMC que cuentan con múltiples notas a pie de página³⁹, las cuales son sin duda vinculantes y han servido a la adecuada interpretación de éstos.

v. El protocolo modificadorio

El protocolo modificadorio, cuyo contenido también fue objeto de aprobación en el Congreso de la República de Colombia, adicionó y modificó algunas de las disposiciones que figuraban en los textos finales producto de la negociación entre Colombia y los Estados Unidos. Por esta razón se debe tener cuidado cuando se citen artículos según sea con y sin las variaciones del protocolo.

Dicho protocolo fue objeto –de manera conjunta con el texto inicial pactado con los Estados Unidos– del estudio de constitucionalidad en la Corte Constitucional la cual recientemente declaró la constitucionalidad del TLC –expediente LAT 311– y su protocolo modificadorio –expediente LAT 319–, así como las leyes aprobatorias de los mismos; la Ley 1143 y la 1166. Dicho fallo será obviamente objeto de publicación en el primer tomo relativo a los textos oficiales del TLC (Sentencias C-750 y C-751 del 2008).

U.S. counterpart, Mr. Kantor.” RODOLFO CRUZ MIRAMONTES, *The North American Free Trade Agreement and the so-called «parallel letters»* Pág. 8.

³⁹ Recuérdese como el propio TLC incorpora *mutatis mutandi* una disposición de la OMC **incluyendo sus notas de pie de página.**

D. LOS TEXTOS LEGALES DE OTROS ACUERDOS COMERCIALES INCORPORADOS AL TLC

Tal como lo señalamos anteriormente, el Tratado de Libre Comercio hace uso de conceptos específicos de otros tratados en varios de sus artículos, estableciendo la manera como estas disposiciones deben ser tenidas en consideración para la respectiva aplicación del artículo del TLC⁴⁰.

El lector deberá tener entonces especial cuidado en estos casos, analizando los efectos de si se trata de una remisión a una norma de otro tratado o de una incorporación de ésta al texto del TLC⁴¹. Incluso, múltiples disposiciones de algunos acuerdos de la OMC han sido incorporadas “*mutatis mutandi*”⁴² al texto del TLC. Lo anterior implica que tales disposiciones forman parte integrante del TLC, siendo necesario llamar la atención del lector sobre el hecho

⁴⁰ Es importante señalar como para efectos metodológicos, la investigación solicitó para la publicación del I Tomo la autorización de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la reproducción de los textos de la OMC.

⁴¹ Es el caso, por ejemplo, del artículo 2.15 del TLC que establece que en lo relativo a contingentes arancelarios para las mercancías agrícolas cada parte deberá implementarlos y administrarlos de conformidad con el artículo XIII del GATT de 1994 y sus notas interpretativas.

⁴² El listado de disposiciones *mutatis mutandi* del TLC con los Estados Unidos contiene las siguientes disposiciones:

- 1) Artículo 2.2. relativa al principio de Trato Nacional en el acuerdo que incorpora el artículo III del GATT de 1994 y sus notas interpretativas;
- 2) Artículo 2.8 que incorpora *mutatis mutandi* el artículo IX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas;
- 3) Artículo 8.3.1 (Medidas de defensa comercial) que incorpora *mutatis mutandi* los artículos 3 y 4.2. (c) del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC;
- 4) Artículo 8.3.2 (Medidas de defensa comercial) que incorpora *mutatis mutandi* el artículo 4.2.(a) del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC;
- 5) Artículo 10.6.2.(b) inciso 2° (Servicios) que hace aplicable al caso *–mutatis mutandi–* lo dispuesto por los artículos 10.7.2 a 10.7.4 del mismo acuerdo;
- 6) Artículo 12.19.2 (Servicios financieros) que hace aplicable al caso *–mutatis mutandi–* las definiciones del artículo 10.28 del mismo acuerdo;
- 7) Artículo 16.2.6 (Propiedad intelectual) que incorpora *mutatis mutandi* el artículo 6 bis de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967);

de que dicha incorporación no es pura y simple sino *mutatis mutandi*. Es decir, tal expresión tendrá sin duda distintas implicaciones dependiendo del artículo incorporado y del capítulo en que éste se encuentre inserto, siendo necesario el análisis específico de sus efectos en relación con las disposiciones propias del tratado y no las del acuerdo de donde hayan sido tomadas.

En este último caso, debe entonces el lector prestar gran atención a este punto y no dar por sentado que el efecto del artículo es exactamente el mismo que aquel de su texto original. Lo anterior, se torna más evidente cuando se observa el artículo 23.3 del TLC referente a las enmiendas que se lleven a cabo a las disposiciones del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio. En este caso, la disposición enmendada no entra automáticamente a formar parte del TLC sino que las partes

“se consultarán con miras a enmendar la disposición correspondiente de este acuerdo, según corresponda, de conformidad con el artículo 23.2”.

En otros casos, el TLC hace referencia no a un artículo sino a todo un acuerdo, por lo que será necesario a la hora de consultar los efectos de determinada disposición del TLC considerar también el acuerdo al que se está haciendo referencia⁴³.

8) Artículo 16.7.2 (Propiedad intelectual) que incorpora *mutatis mutandi* el artículo 14.6 del Acuerdo de los ADPIC;

9) Artículo 22.1.1 (Excepciones) que incorpora *mutatis mutandi* el artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas para efectos de varios capítulos (del 2 al 7) del TLC

10) Artículo 22.1.2 (Excepciones) que incorpora *mutatis mutandi* el artículo XIV del GATS (incluyendo sus notas de pie de página) para efectos de los capítulos 11, 14 y 15 del TLC.

11) En el anexo II en referencia a todos los sectores y con relación al trato nacional y medidas adoptadas en materia de orden público existen igualmente dos aplicaciones *mutatis mutandi*.

⁴³ Por ejemplo, en el caso del Acuerdo sobre Licencias de Importación, de la OMC el artículo 2.9. del TLC prohíbe adoptar una medida que resulte incompatible con éste, sin precisar las disposiciones que podrían resultar relevantes. De otro lado, no todas las remisiones de carácter general son a los acuerdos de la OMC, tal es el caso de la llevada a cabo por el artículo 16.4 del TLC antes del protocolo modificatorio, el cual

Ejemplos de normas a las que hace referencia es el TLC con los Estados Unidos; se trate de un artículo o todo un acuerdo, son:

- a. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (artículo 2.22: Definiciones).
- b. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (artículo 2.22: Definiciones).
- c. El Acuerdo sobre Licencias de Importación (artículo 2.22: Definiciones).
- d. El artículo 2º del Acuerdo de la OMC sobre agricultura. En este caso, el TLC remite a este texto para todos los efectos de la definición de *mercancías agrícolas* relacionadas con el capítulo dos del TLC (artículo 2.22: Definiciones).
- e. Capítulo 49 del Sistema Armonizado (en adelante SA), para efectos de lo que se debe considerar «material publicitario» el TLC remite al SA. Debe anotarse que Colombia es miembro de la Organización Mundial de Aduanas (en adelante OMA) (artículo 2.22: Definiciones).
- f. Nuevamente en relación con el capítulo de agricultura, el TLC acude a la otros tratados, remitiéndose al artículo 1º (e) del acuerdo de la OMC sobre agricultura (artículo 2.22: Definiciones) para dar luz sobre el significado del término «subsidios a la exportación».
- g. Igualmente, en el ámbito de las acciones autorizadas por el órgano de solución de controversias de la OMC, señala como este órgano, a través de sus acciones, puede establecer una excepción al principio de *trato nacional y de restricciones* a las importaciones y a las exportaciones. (Anexo 2.22, literal a)).

E. EL TLC Y SU VINCULACIÓN AL DERECHO INTERNO

El TLC celebrado entre Estados Unidos y Colombia, no constituye derecho supranacional. Por tanto no contará con las características

remite a los principios establecidos en la política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (1999).

propias de este derecho como son la supremacía, la aplicación inmediata y el efecto directo.

A la luz del derecho interno, el TLC será un Tratado Internacional con las características que tienen este tipo de disposiciones en el marco del ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, el TLC con los Estados Unidos implica –en algunos casos– la reafirmación de algunas disposiciones que si bien constituían derecho nacional, con la firma y entrada en vigencia de este acuerdo comprometen al Estado colombiano internacionalmente, reafirmando⁴⁴ y fortaleciendo⁴⁵ así el Estado de derecho –*rule of law*.

Lo anterior, resulta más interesante si entendemos que el TLC se ha convertido en el modelo adoptado hacia los años futuros para Colombia en otras negociaciones⁴⁶.

Ahora bien, dado lo anterior, vale la pena plantearse el interrogante sobre la forma en que las disposiciones del TLC con los Estados Unidos interactuarán en los siguientes eventos:

i. Frente a las disposiciones andinas.

Específicamente en lo referente a la interacción de las normas del TLC con las de la Comunidad Andina, el prólogo del TLC remite a

⁴⁴ El TLC por ejemplo refuerza y reitera varios de los principios constitucionales en materia de inversión, tales como el de no discriminación para los extranjeros o los referentes en materia de expropiación. Para estos efectos recomendamos la tesis de los estudiantes Silvia Delgado y Felipe Mutis sobre “El capítulo X del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos: Inversión”.

⁴⁵ Ejemplo de es lo que concierne a los trámites aduaneros, donde en materia de despacho de mercancías, se acordó agilizar el proceso de ingreso de las mercancías a un país en un término no mayor de 48 horas, contadas desde la llegada al puerto (artículo 5.2: Despacho de mercancías).

⁴⁶ Al momento de la redacción de este artículo, el TLC EE. UU. fue aprobado por la Ley 1143 de 4 de julio del 2007 junto con la Ley 1166 que contiene el correspondiente Protocolo modificatorio y se encuentra en trámite en la Corte Constitucional. El TLC con Chile ya fue aprobado por el Congreso colombiano al igual que el acuerdo con el Triángulo Norte de Centroamérica (Honduras, Guatemala y El Salvador), y también se encuentran en la Corte. Estos dos tratados manejan una estructura y un clausulado similar al del TLC. Adicionalmente, se acaban de concluir las negociaciones con EFTA y con Canadá.

la Decisión 598 de la Comunidad Andina, la cual requiere que cuando los países andinos negocien acuerdos de comercio se preserve el *ordenamiento jurídico andino* en sus relaciones recíprocas.

Sin embargo, cuando las disposiciones del TLC presenten controversia con las normas andinas, esta discusión será uno de los retos más importantes de aquellos que administran la política de comercio exterior colombiana, en particular, dada la existencia expresa de la disposición ya señalada en el propio preámbulo del TLC con los Estados Unidos⁴⁷.

ii. Frente a la legislación interna antes de la entrada en vigor del tratado.

De otro lado, en la medida que desde la firma del TLC (22 de noviembre del 2006) y del Protocolo (28 de junio del 2007) en Colombia se han presentado algunas modificaciones a la legislación nacional que regula materias que fueron previamente negociadas dentro del TLC, será importante definir el tratamiento que se va a impartir en este caso respecto de las obligaciones de Colombia en esta materia.

Por ejemplo, en materia de las listas de desgravaciones tanto de los Estados Unidos como de Colombia, debemos llamar la atención del lector sobre el hecho de que en diciembre del año 2006 el arancel colombiano fue modificado mediante el Decreto 4589 del mismo año. Lo anterior implica que el lector deberá concatenar el estado actual de la subpartida que figura en el listado de desgravación y que tuvo como base para efectos de la negociación el Decreto 4341 del 2004. Para facilitar esta labor y la que ocurra a futuro –por ejemplo frente a otras reformas del arancel– será útil establecer, cada vez que ocurra una reforma de esta naturaleza, una tabla de equivalencias de subpartidas, la cual preferiblemente debería ser elaborada por la

⁴⁷ Un primer antecedente ya se dio con la modificación de la Decisión 486 en materia de propiedad intelectual, lo cual permitirá al Perú implementar su TLC con Estados Unidos.

DIAN de conformidad con lo que establezca el Comité de Comercio de Mercancías del TLC⁴⁸.

Adicionalmente, Colombia incluyó como parte del texto del tratado varias disposiciones que son normas independientes y autónomas, razón por la cual podrán ser modificadas internamente con posterioridad a que entre en vigor el tratado, pero, la continuación, renovación o reforma de una de estas disposiciones a las que se hace referencia en el TLC, es independiente de la disposición que las consagra internamente. En particular procede destacar:

- a. La remisión que se hace a la contribución requerida sobre la exportación del café de conformidad con la Ley 101 de 1993 (anexo 2.11 (a)) para efectos de no aplicar lo relativo a impuestos a la exportación. En este evento es preciso señalar que en la última reforma, con posterioridad a la terminación de la negociación del TLC –Ley 1151 del 2007 (Plan de desarrollo)– se modificó esta ley específicamente en lo que concierne a la contribución cafetera.
- b. La contribución requerida sobre la exportación de esmeraldas de conformidad con la Ley 488 de 1988 (anexo 2.11 (b)).
- c. Los controles sobre exportación de café establecidos de conformidad con la Ley 9^a del 17 de enero de 1991, en materia

⁴⁸ En este caso es importante considerar que expresamente en el TLC las Notas generales de la Lista arancelaria de la República de Colombia señalaron lo siguiente: “*1. Relación con el Arancel de Aduanas de la República de Colombia (AACOL). Las posiciones arancelarias de esta Lista están generalmente expresadas en términos del AACOL, y la interpretación de las disposiciones de esta Lista, incluyendo la cobertura de producto de las subpartidas de esta Lista, se regirán por las Notas Generales, Notas de la Sección y Notas del Capítulo del AACOL. En tanto las posiciones arancelarias de esta Lista sean idénticas a las posiciones arancelarias correspondientes del AACOL, las posiciones arancelarias de esta Lista tendrán el mismo significado que las correspondientes posiciones arancelarias del AACOL.*” Adicionalmente, es importante señalar cómo dentro de las funciones del Comité de Comercio de Mercancías, se encuentra la de *revisar la conversión a la nomenclatura del Sistema Armonizado del 2007 y sus posteriores revisiones para asegurar que las obligaciones de cada parte bajo este acuerdo no sean alteradas*” (artículo 2.13, numeral 3(d)).

de consagrar una excepción al principio de *Trato nacional y de restricciones* a las importaciones y a las exportaciones. (Anexo 2.22, literal a)).

- d. El caso en materia de restricciones a las bebidas alcohólicas señalados en la Ley 788 del 27 de diciembre del 2002 y la Ley 223 del 22 de diciembre de 1995 (Anexo 2.22, literal a)). En este evento es importante señalar como si bien se estableció una excepción al principio de *trato nacional y de restricciones* a las importaciones y a las exportaciones, la misma solo se estableció hasta por cuatro años después de la entrada en vigor del TLC. Posteriormente, EE. UU. podría exigir la aplicación del principio de trato nacional por ejemplo.
- e. Los controles sobre la importación de mercancías usadas, imperfectas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos de conformidad con la Resolución 001 del 2 de enero de 1995, constituyen una excepción al principio de *trato nacional y de restricciones* a las importaciones y a las exportaciones. (Anexo 2.22, literal c)).
- f. Controles sobre las importaciones de vehículos usados de conformidad con la Resolución 001 del 2 de enero de 1995, constituyen una excepción al principio de *trato nacional y de restricciones* a las importaciones y a las exportaciones. (Anexo 2.22, literal d)).

iii. Frente a los cambios en la legislación interna a la entrada en vigor del tratado (Implementación)

El TLC establece la obligación de incorporar previa o posteriormente algunas modificaciones al marco jurídico colombiano con el fin de promover el comercio entre estas dos naciones, algunas de estas de conformidad con los distintos compromisos del Tratado, son:

*1. Ley aprobatoria del Convenio de Bruselas sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite*⁴⁹.

⁴⁹ Artículo 16.1: Disposiciones generales

2. Ley aprobatoria del Tratado de Budapest sobre el Depósito Internacional de Microorganismos.
3. Ley aprobatoria del Tratado sobre Derecho de Marcas (TLT).
4. Ley aprobatoria del Convenio sobre Protección de Nuevas Variedades Vegetales (UPOV 91).
5. Ley aprobatoria del Protocolo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas.
6. *Exención tributaria para los envíos de entrega rápida de US\$ 200 o menos*⁵⁰.
7. *Modificación de procedimiento y términos para el despacho de mercancía (actualmente Decreto 2685 de 1999)*⁵¹.
8. *Adopción del sistema de envíos de entrega rápida con ciertas características tales como eliminar consideraciones de peso o valor de aduana*⁵².
9. *Decreto reglamentario del procedimiento de salvaguardia del TLC*⁵³.
10. *Modificar el Código de Comercio en lo relativo al contrato de agencia comercial*⁵⁴.
11. Ley modificatoria de la Ley 35 de 1993 con el fin de permitir la subcontratación de la administración total o parcial de portafolios de inversión con instituciones financieras de Estados Unidos.
12. *Decreto modificatorio del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) que permita a los residentes en Colombia tomar seguros en el exterior* y⁵⁵,

⁵⁰ Artículo 5.7: Envíos de entrega rápida, literal (g).

⁵¹ Artículo 5.2: Despacho de mercancías.

⁵² Artículo 5.7: Envíos de entrega rápida, literal (g).

⁵³ Capítulo ocho: Defensa comercial.

⁵⁴ Anexo 11E Agencia comercial.

⁵⁵ Anexo 12.15 Compromiso específico

13. *Decreto reglamentario de la figura de los productos distintivos para el caso del whiskey “Tennessee y Bourbon”*⁵⁶.

14. *Adhesión como miembro pleno del Acuerdo de Tecnología de la información (ITA)*⁵⁷.

iv. Frente a los cambios en la legislación interna a futuro.

Así mismo, en un futuro será esencial coordinar la relación entre la legislación interna y las obligaciones consagradas en el TLC. Lo anterior, siempre desde la perspectiva señalada al inicio de este artículo, de que la estructura de un TLC establece conceptos jurídicos que, si bien tienen la suficiente especificidad para establecer el contenido de la obligaciones de cada una de las partes, deben ser lo suficientemente generales para permitir ser asimilados y entendidos en los diferentes sistemas jurídicos de cada una de estas; es decir, un TLC establece parámetros generales con los cuales se supone que la legislación interna debe ser compatible⁵⁸.

Un ejemplo de ello es la cláusula de excepción de tributación que ha sido adoptada por Colombia a través del artículo 22.3: tributación en el TLC⁵⁹. La misma es la combinación de algunas

⁵⁶ Artículo 2.12: Productos distintivos.

⁵⁷ Carta Adjunta ITA

⁵⁸ En esto las disposiciones de los TLC se diferencian de las disposiciones que podemos encontrar en un Convenio para evitar la Doble disposición, en la medida que en estos últimos se establecen tarifas máximas por ejemplo. Excepcionalmente en el TLC se encuentran exenciones de tributos como es el caso de la prevista para envíos de entrega rápida valorados en US\$ 200 o menos (artículo 5.7: literal 9)

⁵⁹ Una cláusula de esta naturaleza: i) prohíbe los impuestos sobre la exportación de bienes y replican la protección de la OMC contra impuestos discriminatorios sobre los productos; ii) establece que estas disposiciones no son aplicables a los impuestos existentes al momento de la entrada en vigor del TLC, pero sí imponen límites a la capacidad de los gobiernos y legisladores para la aplicación de impuestos discriminatorios en el futuro; iii) establece la forma en que el Principio de Trato Nacional, Trato de Nación más favorecida y la Expropiación e indemnización se aplican a los impuestos y a las controversias frente a la aplicación de estos y iv) aclara el marco legal e institucional de la doble tributación y su relación con estos tratados.

disposiciones de la OMC (GATT y GATS), junto con la excepción tributaria que se encuentra en los Acuerdos Bilaterales de Inversión, BIT, *Bilateral Investment Treaties*⁶⁰.

La misma, que también es un ejemplo de aplicación transversal a lo largo de todo el texto del TLC⁶¹, implicará para Colombia y Estados Unidos cumplir con los siguientes objetivos:

- i) Garantizar la absoluta independencia y soberanía recaudatoria de los Estados para establecer los ingresos que considere necesarios para solventar su gasto público, pero siempre buscando que esto no afecte de manera discriminatoria a los nacionales de la otra parte con los que se celebró el TLC.
- ii) Respetar y reconocer a través de constituir una “excepción” que la política fiscal y las necesidades económicas de cada Estado son diferentes, preservando la soberanía tributaria que le corresponde a cada país. Como tal, a través de esta cláusula no se establecen impuestos, ni tampoco los deroga.

Para un análisis más detallado de esta cláusula consultar el artículo “La cláusula de excepción de tributación en los Tratados de Libre Comercio: El artículo 22.3 del TLC con EE. UU.”, de JUAN PABLO GODOY y JUAN DAVID BARBOSA, publicado en el número 57 de la Revista del ICDT.

⁶⁰ Un ejemplo de cómo funciona esta cláusula en un BIT y los efectos que puede generar para las partes se encuentra en el BIT entre Ecuador y EE. UU., específicamente en la Cláusula X; donde la misma fue una de las cláusulas invocadas en el caso *Occidental Exploration and Production Company –OEPC– c. Ecuador* (administrado por la London Court of International Arbitration, as. UN 34672) Ver, JUAN DAVID BARBOSA y WENDY GALARZA-ANDRADE, *Arbitraje Internacional en materia de Impuestos*, Revista *International Law*, Número 9, Pontificia Universidad Javeriana.

⁶¹ La cláusula de excepción de tributación en los TLC que ha celebrado Colombia por lo general se encuentra siempre en un “*Capítulo de excepciones*”. Un capítulo de esta naturaleza tiene por propósito evitar que en eventos o circunstancias que puedan resultar delicadas para un Estado –como el tema de la soberanía tributaria– no se limite la potestad del Estado en virtud de los compromisos adquiridos para desarrollar el libre comercio. Las excepciones dentro del libre comercio tienen un claro antecedente en el GATT y posteriormente en la OMC: tanto en el GATT como en el GATS es posible encontrar un artículo que hace referencia expresa a las excepciones. (GATT Art. XX y XXI y GATS Art. XIV) Colombia se adhirió a la OMC por medio de la Ley 170 de 1994.

- iii) Reflejar el propósito generalizado de evitar la doble tributación internacional mediante la celebración de convenios para evitar la doble tributación (en adelante CDI).
- iv) Conciliar la tributación con el comercio internacional, buscando que como tal, y así con todas las cláusulas de excepción en un tratado, ésta sea utilizada por las partes como último recurso. Un uso equivocado de este tipo de disposiciones podría convertir en inaplicable el sistema entero ya que la amplitud de los conceptos que se consagran en las excepciones se podrían invocar para anular cualquier obligación del tratado.

Los anteriores objetivos establecen que en virtud de que los artículos del TLC deben ser interpretados y puestos en ejecución dentro del contexto del respeto debido de las normas y los estándares de ciertos derechos y conceptos, en este caso los que agrupan el tema tributario, se hace necesario establecer parámetros como los anteriormente señalados. Es decir solo con esta cláusula de tributación podemos observar cómo hacia el futuro el TLC tendrá efectos al establecer reglas para efectos de garantizar un régimen tributario entre las partes del TLC caracterizado por *el trato no discriminatorio, justo y equitativo y por los principios del trato nacional y nación más favorecida*.

Es decir –y así ocurrirá con otras disposiciones– más que una limitación al Congreso en el diseño de la estructura, en este caso la tributaria, lo que se reafirma son principios reconocidos por nuestra propia Constitución Política y por los compromisos de Colombia vía OMC⁶².

⁶² Expresamente en la sentencia que declaró la constitucionalidad del TLC, el magistrado HUMBERTO SIERRA señaló como “*La vigencia del TLC y su Protocolo Modificadorio no pueden suponer una mengua o eliminación de las competencias y de las facultades constitucionales de los distintos órganos y autoridades colombianas*”, señalando además que “*la declaratoria de la constitucionalidad del Tratado no avala de manera automática la normativa que se expida para reglamentarlo*”. Periódico El Tiempo, pág. 1-10, Viernes 25 de julio del 2008. En el futuro pueden producirse dos escenarios: i. Una norma que en desarrollo del TLC resulte contraria a la Constitución, pero también, ii. Una norma que resulte contraria a las disposiciones del TLC.

Sin embargo, esto implica un conocimiento del TLC por todos los agentes. Por tanto resulta evidente la necesidad de concientizar a las instituciones de orden departamental y municipal con el fin de coordinar la tributación local con los estándares del TLC, con el propósito de evitar futuras controversias.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es temprano para adelantarnos en relación con cuál será la interpretación en la práctica de muchas de las disposiciones del tratado o su aplicación misma. Sin embargo, en la medida que el TLC simplemente establece parámetros generales con los cuales se supone que la legislación interna debe ser compatible, tenemos que el mismo será de obligatoria lectura para autoridades, legisladores, abogados, empresarios y todo aquel que pueda en algún momento tener un interés.

Serán entonces los casos concretos los que creen la necesidad de acudir a los elementos de juicio que se han planteado en este artículo: probablemente será necesario confrontar los textos en ambos idiomas para ver si ello contribuye al análisis de las disposiciones aplicables, seguido de una revisión del alcance y sentido del preámbulo en relación con la norma bajo análisis. Igualmente, habrá de examinarse si la norma bajo estudio es objeto de una remisión o de una incorporación *mutatis mutandi* de otro acuerdo internacional y los alcances y limitaciones de la norma incorporada o remitida.

Con certeza, en la medida que el TLC sea aplicado, surgirán muchos elementos adicionales a los aquí indicados para la implementación e interpretación de las disposiciones del acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBOSA, JUAN DAVID y GALARZA-ANDRADE, WENDY. Arbitraje Internacional en materia de Impuestos, *Revista International Law*, Número 9, Pontificia Universidad Javeriana. 2007.
- CLAYTON UTZ –Law Firm Special Report–. Free Trade Agreement Report, Australia, marzo, 2004.

- CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO. The North American Free Trade Agreement and the so-called “parallel letters”. *Anuario mexicano de Derecho Internacional* N° 3, 2005.
- DELGADO, SILVIA y MUTIS, FELIPE. Tesis de grado. “El capítulo X del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos: Inversión” Facultad de Derecho, Universidad Javeriana, 2007.
- ECHANDI, ROBERTO. ¿Cómo leer el TLC?, Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Editora: Anabel González. Asociación para el Estudio Jurídico del Tratado de Libre comercio con los Estados Unidos. 2005.
- GODOY, JUAN PABLO y BARBOSA, JUAN DAVID. La tributación en los Tratados de Libre Comercio. *Fundamentos de la Tributación*. Universidad de los Andes. Editorial Temis. 2008.
- GÓMEZ ARBELÁEZ, FERNANDO. TLC: efectos de una carta, *Diario La Prensa*, Panamá, miércoles 15 de febrero del 2006.
- ROJAS ARROYO, SANTIAGO y LLOREDA P., MARÍA EUGENIA. ¿TLC? Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, Grupo Editorial Norma, 2007.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS. *Derecho comunitario andino*. Editorial Temis. 1990.
- VÉLEZ, ÁNGELA y ARDILA, DAVID. Tesis de grado capítulo 23 del TLC, Facultad de Derecho, Universidad Javeriana, 2007.