



DVCE

Bogotá D.C, 24 de septiembre de 2021

Doctor
JORGE ELIECER GUEVARA
Senador de la República
Congreso de la República
Cra 7 #7-0
BOGOTA

Asunto : Concepto al proyecto de ley 282 de 2021 Cámara de Representantes, "Por medio del cual se crea una comisión para evaluar los Tratados de Libre Comercio suscritos con los Estados Unidos, Canadá, México, la Unión Europea y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte para hacer las recomendaciones que permitan la revisión de los mismos o en su defecto la denuncia de dichos tratados"

Respetado Congresista:

Reciba un cordial saludo en nombre del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT). En atención a la solicitud de concepto frente al proyecto de ley 282 de 2021 Cámara de Representantes, "Por medio del cual se crea una comisión para evaluar los Tratados de Libre Comercio suscritos con los Estados Unidos, Canadá, México, la Unión Europea y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte para hacer las recomendaciones que permitan la revisión de los mismos o en su defecto la denuncia de dichos tratados", me permito manifestar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES

El Proyecto de Ley crea una Comisión encargada de evaluar los tratados de libre comercio suscritos con los Estados Unidos, Canadá, México, la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Esto, "a fin de determinar los graves daños que, a la economía nacional y a la producción industrial y agropecuaria, han causado dichos tratados" (artículo 2).

Así mismo, la Comisión está facultada para formular recomendaciones sobre la revisión o suspensión de dichos tratados (artículo 2). Estas recomendaciones estarán incluidas en un informe de conclusiones por ser presentado por la Comisión seis meses calendario después de su constitución. De acuerdo con el artículo 3 del Proyecto de Ley, el informe de conclusiones de la Comisión "servirá como base para las disposiciones que en esa materia deba tomar el Gobierno Nacional".

Esta Comisión, de acuerdo con el artículo 1 del Proyecto de Ley, está conformada por:

- Funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo;
- Representantes de ciertos gremios (sector agropecuario, pequeña y mediana industria, gran industria);

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



- Organizaciones de la agricultura campesina, familiar, indígena y comunitaria;
- Centros de investigación y estudio; y
- Representantes y Senadores del Congreso de la República.

2. CONSIDERACIONES

Consideraciones sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley

El Congreso de la República tiene la facultad de "determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional" de acuerdo con el artículo 150.7 de la Constitución. Así las cosas, en principio, el Congreso estaría facultado para crear una Comisión, tal cómo lo hace en el Proyecto de Ley.

No obstante, luego del análisis de las funciones de dicha Comisión, notamos que las mismas se refieren a la evaluación y formulación de recomendaciones para la revisión o suspensión de varios tratados de libre comercio vigentes para el país. Además, notamos que el Proyecto de Ley no da claridad sobre el valor o el grado de vinculatoriedad de dichas recomendaciones. En específico, el artículo 3 del Proyecto de Ley indica que estas recomendaciones servirán "como base para las disposiciones que en esa materia deba tomar el Gobierno Nacional". El uso del término "deba" (deber) podría eventualmente indicar algún grado de vinculatoriedad de dichas recomendaciones.

Con estas funciones en mente, resaltamos que -además de estar conformada por el ejecutivo y diversos gremios y organizaciones privadas- la Comisión estaría conformada por "representantes y senadores en representación de todas las bancadas constituidas tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República" (artículo 1).

De lo anterior, la pregunta relevante es si la existencia de dicha comisión se ajustada a la Constitución. Al respecto, es pertinente señalar.

Primero, que en los términos del artículo 150.19(b) de la Constitución Política, el Congreso de la República está facultado para "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) Regular el comercio exterior".

Segundo, que el Congreso de la República estaría desconociendo la reserva legal que la Constitución Política otorga al poder ejecutivo pues, en materia específica de tratados de comercio internacional, el ámbito de acción del Congreso está limitado por el artículo 150.16, el cual indica: "Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional".

Aunque el Legislativo podría emitir una norma general sobre la regulación del comercio exterior (artículo 150.19(b)), la Constitución previó una norma específica para los tratados internacionales.

Así, la Constitución contiene el siguiente sistema específico en lo relativo a los tratados internacionales. Esto es, que los tratados internacionales solo pueden ser ratificados con el concurso activo de las tres ramas del poder público. Es decir, previa su ratificación, deben ser negociados y suscritos por el ejecutivo (artículo 189.2 de la Constitución); contar con la aprobación del Congreso (artículo 150.16 de la Constitución); contar con la sanción

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



Presidencial, y con el examen de exequibilidad de la Corte Constitucional (artículo 241 de la Constitución). Así la ratificación de tratados, en la Republica de Colombia, se constituye como un acto compuesto^[1].

De lo anterior, notamos que la facultad del Congreso en cuanto a tratados internacionales se limita a su aprobación o improbación. En esta medida, dicha facultad limitada no puede ser extendida a la formulación de recomendaciones, con algún grado de vinculatoriedad, sobre la revisión o suspensión de los mismos, siendo esta una facultad constitucional exclusivamente en cabeza del ejecutivo. Lo anterior, conforme al artículo 189.2 de la Constitución que establece, como facultad del Presidente, "Dirigir las relaciones internacionales (...) celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso"; sumado al artículo 189.25 de la Constitución que indica que el Presidente será el encargado de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior".

Siendo así, la voluntad de celebrar un tratado está expresada en un primer momento en la iniciativa y la negociación por parte del Presidente, quien actúa en virtud de su investidura como jefe de estado y director de las relaciones internacionales. El artículo 189 otorga al Presidente de la República plena autonomía para decidir cuándo debe entrar en negociaciones respecto de determinados temas de interés para el país, en qué oportunidad debe celebrar el tratado y cuáles deben ser sus términos. En palabras de la Corte Constitucional:

"La atribución constitucional es exclusiva del Presidente y también lo son las responsabilidades que contrae internamente por los derroteros que trace en cuanto a las relaciones de Colombia en el plano externo, así como por los compromisos que en virtud de esa política contraiga. De allí resulta que el Presidente de la República deba gozar de plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público. En tal sentido, sería inconstitucional una norma de la ley mediante la cual el Congreso de la República pretendiera interferir en el ámbito de competencia propio del Jefe del Estado, impartándole órdenes para celebrar un cierto tratado o para impedirle que lo haga, o concediéndole autorizaciones que no requiere para tales fines"^[2] (subrayado fuera del texto original).

Al respecto, resaltamos que en el Auto 288 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte Constitucional estableció, de forma clara e inequívoca, que para que el Estado colombiano adquiriera obligaciones internacionales de manera válida, "es imprescindible la intervención del Presidente de la República, quien en su calidad de director de las relaciones internacionales tiene la potestad exclusiva y excluyente de tomar la iniciativa para celebrar tratados o convenios con otros Estados" (subrayado fuera del texto original). Así mismo, resaltó que compete al ejecutivo, directamente o por intermedio de delegados, "entablar negociaciones, fijar los términos y alcance de las mismas, avalar o no los acuerdos logrados y, en últimas, suscribir el texto de un tratado o abstenerse de hacerlo" (subrayado fuera del texto original).

En el mismo sentido, los antecedentes de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente estipulaban que "la terminación, reforma y denuncia de los Tratados es, como ya se ha dicho, competencia del Presidente de la República en su condición de directos de las relaciones internacionales"^[3].

De lo mencionado, queda claro que es el ejecutivo quien tiene la iniciativa en materia de negociación de tratados internacionales, como aquellos de libre comercio. Esta iniciativa implica, entre otras, la decisión sobre



el inicio de nuevas negociaciones (que es lo que implicaría la revisión de los acuerdos de libre comercio vigentes) y la decisión sobre su suspensión.

Por lo expuesto, en criterio de este Ministerio, la participación del Congreso de la República en la Comisión creada por el Proyecto de Ley resultaría contraria a la Constitución Política debido a que la facultad del Congreso en cuanto a tratados internacionales se limita a su aprobación o improbación (artículo 150.16 constitucional); y no se extiende a la formulación de recomendaciones sobre su revisión o suspensión, en cabeza exclusivamente del ejecutivo (artículo 189.2 constitucional).

Por último, frente a la realización de informes, el artículo 200.5 de la Constitución confiere, como responsabilidad del Gobierno, “[r]endir a las Cámaras los informes que éstas soliciten sobre negocios que no demanden reserva”. Siendo así, es responsabilidad del Gobierno la realización de informes. Al respecto, cabe resaltar que dicha responsabilidad ya está positivizada a través de la Ley 1868 de 2017, “Por medio de la cual se establece la entrega del informe anual sobre el desarrollo, avance y consolidación de los acuerdos comerciales ratificados por Colombia”. Siendo así, la realización de informes es responsabilidad del Gobierno y, tratándose de un tema que compete al ejecutivo dirigir, podría ser contrario a la Constitución la creación de una Comisión compuesta por miembros del legislativo y privados con la potestad de evaluar los tratados de libre comercio vigentes para Colombia.

Consideraciones frente a las obligaciones internacionales de Colombia

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, procedemos a hacer algunas precisiones sobre las figuras de “suspensión” y “revisión” de tratados en derecho internacional público.

Comenzando por la figura de “suspensión”, se entiende por suspensión de un tratado la cesación temporal de la operación de todo o parte del mismo. La suspensión tiene por efecto para sus partes, según el artículo 72 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (“CVDT”), la liberación de cumplir el tratado en sus relaciones mutuas durante el periodo definido. Sin embargo, la suspensión no afecta a las relaciones jurídicas entre las partes ya establecidas por el tratado; lo que se suspende es la operación del tratado más no su existencia. Esto lo diferencia de la terminación de tratados que, si es válida, pone fin al propio tratado.

El artículo 72 en mención indica:

“Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado. 1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a la presente Convención: a) eximirá a las partes en las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el periodo de suspensión; b) no afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes. 2. Durante el período de suspensión las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado”.

De acuerdo con la CVDT: “la aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes” (artículo 57).

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



De lo anterior, un tratado se podrá suspender siguiendo las disposiciones del mismo o por el consentimiento de sus partes. En el mismo sentido, el artículo 42(2) de la CVDT establece que la suspensión de tratados “no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención”. Esto quiere decir que la suspensión de un tratado sin atender a estas normas podría ser equivalente a una violación de las obligaciones internacionales del país y, en esa medida, exponer a Colombia a disputas internacionales.

Así las cosas, además de lo previsto por cada tratado en específico, la CVDT indica que un tratado se podrá suspender por:

- Consentimiento de todas las partes (artículo 57(b) de la CVDT).
- Consentimiento de dos o más partes en un tratado multilateral (suspensión sólo entre ellas) (artículo 58 de la CVDT).
- Celebración ulterior de un tratado por las mismas partes sobre la misma materia (artículo 59 de la CVDT).
- Violación grave de un tratado por una de sus partes (artículo 60 de la CVDT).
- Imposibilidad temporal de cumplir un tratado (artículo 61 de la CVDT).
- Cambio fundamental en las circunstancias (artículo 62 de la CVDT).

Adicional a las normas generales contenidas en la CVDT, resaltamos que, luego de una revisión preliminar, no encontramos en los acuerdos comerciales vigentes normas específicas sobre su suspensión. Siendo así, para suspender un acuerdo comercial, en principio, el país debería recurrir a lo establecido por la CVDT.

Continuando por la figura de “revisión”, resaltamos que esta revisión debe atender al consentimiento de sus partes. El derecho internacional se basa en el consentimiento de los Estados; es decir, como regla general, las obligaciones de un Estado se basan en su consentimiento para obligarse. En esta medida, la revisión de los artículos de un tratado, que podría resultar en su modificación, requiere del consentimiento de sus partes. Sobre la modificación de tratados, la CVDT indica:

“Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa” (artículo 39).

Resaltamos que dichas figuras no encuentran aplicación automática en todos los tratados que celebra un Estado. Por ejemplo, con respecto a la denuncia o retiro de un tratado, el artículo 56 de la CVDT indica que:

“1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”.

Siendo así, la aplicación de estos instrumentos requiere un análisis caso a caso de las cláusulas pactadas en cada tratado y de las reglas establecidas en la Parte V de la CVDT.

3. CONCLUSIONES

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



SC-CER050027



GD-FM-009.v20



Primero, la participación del Congreso de la República en la Comisión creada por el Proyecto de Ley resulta contraria a la Constitución debido a que la facultad del Congreso en cuanto a tratados internacionales se limita a su aprobación o improbación (artículo 150.16 constitucional); y no se extiende a la formulación de recomendaciones sobre su revisión o suspensión, en cabeza exclusivamente del ejecutivo (artículo 189.2 constitucional).

Segundo, la creación de una Comisión compuesta por miembros del legislativo y privados con la potestad de evaluar los tratados de libre comercio vigentes para Colombia resulta contraria a la Constitución debido a que la realización de informes es responsabilidad del Gobierno (artículo 200.5 constitucional).

Tercero, las figuras de "suspensión" y "revisión" de tratados en derecho internacional requiere de un análisis caso a caso pues no existe una regulación internacional única para las mismas.

En ese sentido, esta cartera no encuentra viabilidad jurídica y técnica al mencionado proyecto de ley.

Finalmente suscribo quedando a entera disposición de cualquier ampliación de información que se requiera.

[1] "El artículo 241.10 de la Constitución Política prevé que es función de la Corte ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias. Esta competencia de la Corte Constitucional integra el proceso de negociación, suscripción, aprobación y ratificación de los tratados internacionales previsto por la Constitución Política. En el marco de este proceso, la Constitución exige agotar diversas etapas sucesivas en las que intervienen las tres ramas del poder público, así: "(i) suscripción del instrumento internacional por parte del Presidente de la República, (ii) aprobación del convenio internacional por el Congreso de la República mediante una ley aprobatoria, (iii) estudio del convenio y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional, y, finalmente, (iv) ratificación del instrumento internacional por parte del Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado". Perfeccionado el tratado tras las etapas señaladas, los compromisos celebrados por el Estado son plenamente exigibles en los ámbitos internacional y doméstico" Sentencia C-252 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 1995.

[3] Antecedentes de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014.

"De conformidad con el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 962 de 2005, la firma mecánica que aparece a continuación, tiene plena validez para todos los efectos legales y no necesita autenticación, ni sello.
Adicionalmente este documento ha sido firmado digitalmente de conformidad con la ley 527 de 1999 y la resolución 2817 de 2012."

Cordialmente,

ANDRES CARDENAS MUÑOZ
VICEMINISTRO DE COMERCIO EXTERIOR
DESPACHO DEL VICEMINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR

Proyectó: Carlos Alberto Rojas

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@ mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



GD-FM-009.v20



Revisó: Carlos Alberto Rojas/Juan Cruz
Aprobó: Andrés Cárdenas



pYPP suo+ 0Gww 9BOA 56M3 mwAN 49Y=

Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia

Código Postal 110311 - Nit. 830115297-6

Conmutador (571) 6067676 – Línea Gratuita 01 8000 958283

Email: info@mincit.gov.co

<http://www.mincit.gov.co>



SC-CER559027



GD-FM-009.v20