

Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Chía - Cundinamarca

**LOS PRIVILEGIOS DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN EL TLC CON
ESTADOS UNIDOS**

JOSE DE JESÚS VARGAS VALENCIA

**Ensayo jurídico en la modalidad de trabajo de grado para optar por el título
de especialista en Derecho Empresarial**

**ASESOR
MARGARITA CARDENAS POVEDA**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM
AGOSTO 2012**

CONTENIDO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO.

1.2 CLÁUSULAS BASE PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

1.3 CASOS DE DISPUTAS EN TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO INTERNACIONAL.

4. CLAUSULAS DEL CAPITULO 21 DEL TLC.

1.5 POSICIONES.

1.5.1 Es Inconstitucional

1.5.2 Es constitucional

2. Órganos del Estado

3. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS PRIVILEGIOS DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN EL TLC CON E.U.

1.1. Contexto Histórico.

En las últimas décadas el mundo entero se ha venido envolviendo en una telaraña de convenios, acuerdos o tratados de orden internacional con carácter financiero del orden bilateral o multilateral, los cuales han venido poco a poco suplantando los instrumentos jurídicos del derecho internacional y del derecho interno en cada uno de los países desplazando los principios básicos sobre los cuales se desarrollaron. Por ello vemos como leyes sobre medio ambiente, derecho laboral, legislación económica, medicamentos, entre otras, que buscaban mitigar las desigualdades sociales y la exclusión, vienen perdiendo su efectividad social, dado que si estas normas son contrarias a los intereses establecidos en los instrumentos internacionales suscritos, en virtud que su aplicación afecte los intereses comerciales de los inversionistas extranjeros, las multinacionales podrán acudir a los tribunales internacionales para demandar o un trato igual, o los perjuicios causados.

Históricamente los tribunales internacionales fueron establecidos para dirimir los conflictos entre Estados o entes de derecho privado nacional e internacional entre particulares; posteriormente se amplió su jurisdicción para tratar los temas entre Estado y particulares, pero exclusivamente en temas relacionados con controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos; luego dieron un paso mas, extendiéndose a temas como la responsabilidad extracontractual de derecho privado hasta llegar a la esfera del derecho publico, donde el Estado es el exclusivo demandado.

Suramérica no ha sido ajena a la firma de tratados internacionales de comercio, pues Argentina ha firmado 54 tratados desde la década de los 90, Brasil 14, Chile 45, Costa Rica y México 11, Perú 22, Uruguay 24, Venezuela 22, reconociendo que no todos estos fueron ratificados por los parlamentos de cada una de estas naciones, sin embargo, si la mayoría; tampoco Cuba “la cuna de la izquierda en América” ha dado la espalda a este tipo de convenios, pues ha firmado 62 de

estos tratados principalmente con Italia, España, Gran Bretaña, Alemania, Holanda, China, Rusia entre otros.¹

1.2. CLAUSULAS BASE PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El esquema rector sobre el cual se han basado los ARIS (ACUERDOS REGIONALES DE INTEGRACIÓN SURAMERICANA) o los TLC (TRATADOS DE LIBRE COMERCIO), se fundamenta en las cláusulas de *trato más favorable*, *trato nacional* y *nación más favorecida*; algunos estudiosos han denominado la aplicación de estas tesis como el *virus del ultra liberalismo*, así lo menciona Alejandro Teitelbaum.²

Comencemos entonces por definir estas cláusulas, las cuales como se puede apreciar en la lectura del Acuerdo, tales principios aparecen de manera Transversal a lo largo de este y con especial referencia en el capítulo 10:

Por trato mas favorable: Debemos partir del hecho que toda inversión extranjera goza siempre de esta cláusula aunque no esté previsto en el tratado, su incumplimiento genera una responsabilidad del Estado receptor, exigible por los procedimientos que el tratado prevé, los cuales generalmente son acudir a un tribunal arbitral.³

Trato nacional: Toda ventaja concedida a los inversores nacionales debe ser extendida a los inversores extranjeros. Esto podría entenderse que ningún sector pudiese recibir ayuda especial del Estado, sin que se diese igual trato a su contraparte pues se violaría el principio de igualdad que establece el tratado. El TLC la define en su artículo 10.3, así:

“1. Cada parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión,

¹ TEITELBAUM, Alejandro Juicio al Libre Comercio. Bogotá D.C.: FLOREZ, Margarita; MONCAYO, Héctor; HERREÑO, Libardo, 2005, 27 p.

² *Ibid.*, p 21.

³ *Ibid.*, p 25.

administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”.

Nación más favorecida: Con ello se plantea el precepto que los inversores extranjeros con domicilio en los Estados parte del tratado, deben gozar de las mismas ventajas concedidas a los inversionistas extranjeros domiciliados en cualquier otro Estado. La cláusula está definida en el artículo 10.4 del Acuerdo, como:

“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable del que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta o de otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable del que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en o referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta o de otra forma de disposición de inversiones en su territorio”.

Estos principios han extendido una serie de privilegios y condiciones especiales a los inversionistas extranjeros. Por ello vemos como en TLC suscrito por otras naciones, en donde se adoptan medidas de protección por parte del Estado receptor para favorecer sectores especiales de la población, la industria, economía, medio ambiente, entre otros; en determinados momentos estas medidas gubernamentales pueden crear un desequilibrio o hacer surgir una desigualdad que afectaría los intereses de los inversionistas extranjeros y, cuando ello sucede los tratados de libre comercio, consagran normativamente la posibilidad o facultad que tienen los inversores extranjeros de acudir ante los tribunales internacionales cumpliendo con los requisitos señalados en el convenio del CIADI y las reglas del mecanismo complementario del CIAD; en virtud, como ya se mencionó, que las medidas adoptadas por los gobiernos pueden afectar su inversión, solicitando en consecuencia las indemnizaciones o compensaciones por pérdidas de ganancias futuras o esperadas. Es así entonces como bajo “el concepto de expropiación indirecta, podría prácticamente considerarse una

expropiación “prácticamente todos los actos legítimos de cualquier autoridad pública”.⁴

Es claro que los países al suscribir estos instrumentos protegen algunos sectores mediante la desgravación progresiva de aranceles, sin embargo, la problemática de igualdad comercial entre los distintos actores de una economía nacional no es simétrica, unos tendrán mas incidencia que otros, y su prevalencia debe depender de la afectación social en el orden laboral regional y nacional en primera medida y en un segundo termino de la aportación económica al PIB de un país, todo ello acompañado de políticas económicas de Estado a largo plazo.

Por ello no basta con incluir en dichos acuerdos periodos largos de desgravación, se requiere además, la adopción de políticas permanentes de comercio internacional, la modernización de las normas legales y sus órganos de justicia, la actualización de la infraestructura, el acompañamiento al gremio empresarial nacional mediante la promoción comercial y el fomento a la educación como base de la pirámide de la política de expansión comercial nacional y ruptura definitiva con la desigualdad social; es así como una Nación que mantenga índices demasiado desiguales entre su población no superara su atraso cultural, económico, social y político, por tanto no estará llamada a prosperar.

En este orden de ideas, tales principios se hacen efectivos mediante el ejercicio litigioso ante los tribunales arbitrales internacionales, siendo los más sobresalientes:

1. CIADI (Centro internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con los Inversionistas),
2. MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones),
3. CPA (Corte Permanente de Arbitraje),
4. CCI (Cámara de Comercio Internacional)
5. OMC (Organización Mundial de la salud).

Ahora bien, Chile fue el primer país en firmar un TLC con los Estados Unidos y ser ratificado por el Congreso en octubre de 2003, para entrar en vigor en enero de 2004; el acápite de solución de controversias se encuentra establecido en la sección B del Capitulo 10, articulo 10.15 el cual establece en términos generales, *que el demandante podrá acudir o someter a arbitraje una reclamación si el*

⁴ SUAREZ MEJIA, Héctor Alfredo y RINCON GAMA, Javier Armando. TLC ¿ES CONSTITUCIONAL?, Ilsa, Bogotá D.C., 2008, 84 p.

demandado ha violado una autorización o acuerdo de inversión. Una de las probables consecuencias de la anterior cláusula es que el Estado Chileno sea demandado por el inversionista privado ante los tribunales internacionales en vez de acudir a la justicia nacional, no lo haría así en principio Chile, es decir, demandar al inversionista extranjero ante una jurisdicción distinta a la nacional ya que acudir a una instancia internacional sin haber agotado su sistema jurídico sería reconocer explícitamente la ausencia de legitimidad jurídica en sus cortes. Además, surgida la controversia con el inversionista amparado por este tratado, los tribunales o la justicia chilena no tendrán competencia, solo la tendrán tribunales internacionales compuestos por tres árbitros uno de los cuales será chileno, otro de la otra parte y un tercero de nacionalidad distinta, a su vez resulta conducente dejar en claro que el derecho a aplicar es el derecho internacional consuetudinario y no sus leyes, básicamente esto implica una delegación de facultades jurisdiccionales a tribunales internacionales.

Argentina no ha escapado a estos tribunales, por ejemplo en el tratado suscrito con Francia, en su artículo VIII, incisos 2 y 3, se establece que el inversor no está obligado a agotar los recursos internos, administrativos y judiciales existentes, para acudir a instancias internacionales, lo mismo ocurre en el TPPI (Tratado Bilateral de Promoción Y protección de Inversión Extranjera) que suscribiese con Estados Unidos cuyo artículo VII, incisos 2 y 3 a-i, sostiene que si no hay arreglo amigable, será la sociedad comercial y no la Nación la que elige la jurisdicción.

Se ha llegado a tal punto, que “los Tribunales de Estados inversionistas se han apoderado de las competencias de las cortes, al involucrarse en sus juicios sobre las conductas y decisiones nacionales. De hecho, muchas demandas de Estados Inversionistas han desafiado las decisiones de otras cortes nacionales o han salido *avanti* cuando el recurso ante esas cortes ha fallado”.⁵ Es visible entonces como se han apelado a tribunales arbitrales internacionales fallos de la justicia del país receptor, obviamente ello desnaturalizado el sistema judicial interno de las naciones, esto sucede aun en estados desarrollados como Canadá, México, E.U.

Valga la pena como los TLC suscritos por los países desarrollados consagran estas nuevas situaciones internacionales, donde prevalecen los tribunales arbitrales internacionales sobre la jurisdicción interna. En el Tratado de Libre Comercio (NAFTA) negociado entre Estados Unidos y Canadá en 1993, al cual se adhirió México cuatro años después; en su capítulo 11 se consagra el derecho que

⁵ SHRYBMAN. Op. cit., p. 98.

tienen los inversionistas extranjeros de invocar el arbitraje internacional para reclamar por los daños generados por las malas actuaciones del gobierno, agencias publicas o las corporaciones de la Corona como es el caso de Canadá, pues debemos acordarnos que esté país pertenece a la Comunidad Británica de Naciones y algunas de sus instituciones tienen dicho origen.

1.3 CASOS DE DISPUTAS EN TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO INTERNACIONAL

Ilustremos varios casos reales presentados dentro de los tratados de libre comercio o tratados de inversión bilateral, que se encuentran suscritos en nuestra región.

1.3.1. METALCLAD vs MEXICO

Metalclad Corporation es una empresa estadounidense con sede en los Ángeles, California. Esta compañía adquirió en 1993 el confinamiento de los desechos tóxicos llamada la Pedrera, en el estado de Potosí, municipalidad de Guadalcazar, México; en el contrato de compraventa se estableció con claridad meridiana que la condición para explotar dicho lugar conforme al objeto pretendido, dependía de que consiguiese los permisos para operar pues a la fecha del convenio este predio no cumplía con los requerimientos o exigencias de ley. Esta empresa desde el momento de la compra busco llegar a un acuerdo privado con el gobierno municipal para obtener el permiso, pero nunca busco socializar a la población; en 1994 entra en vigor el TLC, con E.U., y el gobierno federal impone su voluntad y concede la reapertura de La Pedrera, posteriormente amplían el permiso de almacenamiento de desechos tóxicos, pero esta empresa conforme a lo ofrecido no garantiza la protección de las personas ni del medio ambiente, por tanto las autoridades mexicanas estatales y municipales rechazan la reapertura y posteriormente en 1997 el gobierno emite un decreto declarando un área de 188.758 hectáreas como reserva de la biosfera, en el Estado de San Luis de Potosí.⁶

Pasado un mes del decreto la compañía demanda al Estado mexicano solicitando una compensación y acude al CIADI, acusándolo de violar los artículos 1105 y 1110 del tratado. A pesar de la defensa del gobierno mexicano, en agosto del 2000 el tribunal dicto el laudo a favor de la empresa considerando que

⁶ SHRYBMAN, Steven. Juicio al Libre Comercio. Bogotá D.C.: Ilsa, 2005, 110 p.

efectivamente se violaron las obligaciones contraídas en el acuerdo debido a que la denegación del permiso municipal de construcción y la declaratoria del sitio como reserva ecológica constituían una expropiación indirecta, en consecuencia lo condena a pagar 16 millones 685 mil dólares.

Por expropiación indirecta también denominada expropiación regulatoria, debemos entender, “es el derecho que el Tratado otorga a los inversionistas estadounidenses en Colombia (y viceversa) de demandar al Estado si éste toma una medida que disminuya sus ganancias ciertas o probables”.⁷ La diferenciamos con la expropiación directa en que en esta existe transferencia de dominio del particular al Estado, en la indirecta no hay. Valga de ejemplo de expropiación indirecta cuando por medio de una ley, decreto, actuación administrativa o política pública, el Estado priva a un inversionista de su propiedad privada relacionada con la inversión ocasionándole un perjuicio, verbigracia sea una reforma tributaria, un mecanismo de control de precios o medidas ambientales sobre la emisión de sustancias tóxicas.

1.3.2. ETHYL CORPORATION vs CANADA

La compañía americana demandó ante un tribunal de arbitramento a Canadá, en virtud de que el parlamento de este país presentó un proyecto de ley para restringir el uso de un aditivo de la gasolina por ser calificado por la Agencia Ambiental de los Estados Unidos como peligroso para la salud y el medio ambiente, según la empresa se configuró una expropiación indirecta, el gobierno canadiense ante el temor de perder el caso pagó 13 millones de dólares a la empresa y públicamente revirtió la prohibición.

1.3.3. OTROS

Citare otros cuyos casos arbitrales se encuentran en curso, con el fin de establecer que los instrumentos internacionales de comercio bilateral o multilateral, permite que los inversores extranjeros acudan a tribunales arbitrales internacionales y se abstengan de acudir a las jurisdicciones internas de los países firmantes.

1.3.3.1. La corporación canadiense Methanex en contra de los Estados Unidos, reclama 970 millones de dólares, a raíz

⁷ RODRIGUEZ FRANCO, Diana. TLC ¿ ES CONSTITUCIONAL?. Bogotá D.C.: Ilsa, 2008, p. 122-123.

de la prohibición de vender el aditivo que esta empresa produce y comercializa en el estado de California y otros, por estar contaminando las aguas subterráneas.

- 1.3.3.2. Sun Belt Water Inc., compañía Americana promueve demanda contra el estado de Canadá, por un monto de 10 billones de dólares, en razón a que una provincia le prohibió la exportación de agua hacia California, dice que esta imposición limita sus futuras ganancias, debemos manifestar que nunca alcanzo a exportar este liquido.
- 1.3.3.3. Aguas del Aconquija (CAA) filial de de una compañía subsidiaria de vivendi (francesa) reclama a la República de Argentina, US\$ 300 millones, puesto que la privatización de del servicio de agua finalmente no se dio.
- 1.3.3.4. Aguas del Tunari con base en los E.U., solicita al Estado Boliviano la indemnice por US\$15 millones, dado que un municipio le prohibió la construcción de un botadero de desechos tóxicos.

1.4. CLAUSULAS DEL CAPITULO 21 DEL TLC.

A medida que los distintos instrumentos internacionales han entrado en vigor en cada uno de los países y que sobre los mismos se presentan las disputas entre Estado e inversionista extranjero con sus respectivas sanciones para los países en la mayoría de los casos, se comenzaron a sentir las voces disonantes con referencia al capitulo de solución de controversias, en razón a las enormes ventajas de los derechos extraordinarios que les fueron concebidos para hacer frente a las decisiones gubernamentales y la leyes.

El acápite de solución de controversias en el TLC suscrito entre Colombia los E.E.U.U., se encuentra reglamentado en el capitulo 21 del acuerdo. No todo su articulado es especialmente atentatorio contra la constitución, sin embargo, los que si vulneran derechos constitucionales son: el artículo 21.3, el cual establece los parámetros sobre los que se han de dirimir las controversias que se susciten, que al respecto reza: “1. En caso de cualquier controversia que surja bajo este

Acuerdo y bajo otro tratado de libre comercio al que las Partes contendientes pertenezcan o el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro para resolver la controversia.

2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un panel al amparo del Acuerdo al que se hace referencia en el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros.”, violando el art. 4, 9 y 113 de la Constitución Política.

Por su parte el artículo 21.6 y subsiguientes, establecen la facultad que tienen los suscribientes de solicitar un tribunal para que dirima las controversias concernientes al Acuerdo y el procedimiento para acudir a este; ello a su vez lo debemos complementar con la sección B del capítulo 10, artículo 10.16 el cual establece que de presentarse controversia relativa a una inversión, el demandante (*inversionista extranjero*) podrá acudir directamente a un tribunal arbitral por haberse violado las cláusulas del Acuerdo y reclamar su respectiva indemnización. El artículo 10.17 manifiesta “Cada parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Acuerdo”, y a punto seguido se establece que la reclamación debe cumplir con los requisitos del Capítulo II del Convenio del CIADI y las reglas del mecanismo complementario del CIAD. Ello nos lleva a la obligatoria conclusión que el inversionista extranjero podrá escoger libremente un tribunal arbitral internacional de carácter privado, excluyéndose en consecuencia la jurisdicción nacional, es decir, no habrá necesidad de agotar en primera instancia las vías judiciales internas.

Además no solo se acude a una justicia privada, sino que esta es en definitiva única instancia, pues sus decisiones o laudos arbitrales no podrán ser sometidos a discusión por la jurisdicción interna de cada país, ello se encuentra contenido a todo lo largo del acuerdo suscrito con los Estados Unidos de América tanto en el capítulo 10 sección B como en el capítulo 21; es así como el Art. 21.3, reza: “Elección del foro: 1. En caso de cualquier controversia que surja bajo este Acuerdo y bajo otro tratado de libre comercio al que las partes contendientes pertenezcan o el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro para resolver la controversia. 2. Una vez que la Parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un panel al amparo del acuerdo al que se hace referencia en el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros”.

Adicionalmente, el numeral 3 del artículo 10.22, nos señala el derecho aplicable a la controversia y nos menciona que el orden es: la normatividad contenida en el Acuerdo, las normas aplicables al derecho internacional; las normas legales

específicas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinente y solo si estas no es posible aplicarlas, se debe acudir a la aplicación de las normas del país.

1.5. Posiciones

Se ha de presentar algunas posiciones relevantes con respecto a la constitucionalidad o no del capítulo 21 del Acuerdo (solución de controversias) y especialmente en lo referente al privilegio normativo de acudir a tribunales de arbitramentos internacionales por encima de la jurisdicción interna, si así lo decide el inversionista.

1.5.1. Es inconstitucional:

La primera de ellas se circunscribe a quienes argumentan que este acápite es contrario a la Constitución Política Colombiana, pues es violatorio de la misma y por tanto debió haber sido declarado inexecutable e inconstitucional la ley; en virtud de lo anterior, manifiestan que este Acuerdo viola abiertamente el artículo 9 de la C.N., *“las relaciones exteriores del estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia”*, y expresan que el artículo 21.3 es muestra de ello, pues este precepto contradice la Doctrina Calvo, la cual fue establecida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su artículo 15 que dice *“La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros”*⁸.

De igual forma, citan como contrario a la Constitución el artículo 21.6 y sucesivos, la sección B del capítulo 10, artículos 10.16 y 10.17, en razón a que estos establecen la facultad de las partes para solicitar tribunal de arbitramento internacional para dirimir las controversias, sin que sea obligatorio acudir en primera instancia a la jurisdicción nacional, prueba de ello es que el derecho internacional consuetudinario establece como requisito previo para acudir a cualquier tipo de jurisdicción internacional, el agotamiento de las vías judiciales internas, incluso así lo ha establecido la Corte Constitucional en distintos fallos (C.C., sentencia C-358 de 1996, gaceta de la C.C.. Tomo 8, pág. 557).

⁸ SUAREZ MEGIA, Héctor Alfredo y RINCON GAMA, Javier Armando. TLC ¿ES CONSTITUCIONAL?. Bogotá D.C.: Ilsa, 2008, 83 p.

También esgrimen que se violan los artículos 113, 228 y 230 de la C.N., puesto que las cláusulas del capítulo 21 y del capítulo 10 sección B, excluyen de manera directa la injerencia del poder judicial, ya que usurpan la función pública de administrar justicia, puesto que obligan al Estado colombiano a someterse al imperio de una justicia privada internacional.

De igual forma, el Acuerdo viola el artículo 4 de la C.N., “La Constitución es norma de normas, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” y a renglón seguido dice “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, la cláusula 10.22 claramente describe el derecho aplicable a la solución de conflictos, estando las disposiciones normativas internas como último recurso; hay que destacar también que el acuerdo no contempla trato igual entre un inversionista nacional y un inversionista extranjero, pues solo este último goza de las prebendas de acudir a tribunales arbitrales internacionales, así lo estipula la normatividad consagrada en el acuerdo suscrito y presentada en el presente escrito, ya que los artículos citados a lo largo de este análisis solo hacen referencia al inversionista extranjero, además, los tratados internacionales de carácter comercial regulan las actuaciones del inversionista extranjero en el país receptor.

Por último sus detractores consideran que también viola el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, puesto que el gobierno nacional no consultó a los pueblos indígenas, a las minorías étnicas y a las mujeres, ya que dentro del TLC, existen temas neurálgicos para estas poblaciones en particular.

1.5.2. Es constitucional

Este sector del país encabezado por el poder ejecutivo, considera que el Gobierno nacional hizo un esfuerzo por dirigir acertadamente la economía del país con el propósito de mejorar la calidad de vida y lograr una mejor distribución equitativa de los recursos, por ello sostuvo en la exposición de motivos del proyecto de ley 1143 de 2007 que “las políticas de liberalización del comercio internacional de bienes y servicios, complementadas con otras políticas, genera un círculo virtuoso de desarrollo, pues los mayores flujos de comercio repercuten en el crecimiento económico, el aumento de los niveles de empleo y de bienestar de la población y la reducción de la pobreza”.

Otros acuden como el Dr. Darío Alberto Mùnera, a manifestar que el país tiene una larga tradición internacional en tratados y convenios, y que nuestro poder judicial siempre ha expresado su favorabilidad a estos; de igual forma manifiesta que, el acápite de solución de controversias, no es una creación innovadora en este tratado sino que estas normas ya se encontraban presentes en instrumentos internacionales suscritos por el país, como son los establecidos por la OMC.⁹

2. Órganos del Estado

Durante todo el trámite legislativo que surtió la Ley 1143 de 2007 “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus Cartas Adjuntas y sus Entendimientos suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”, el poder legislativo aprobó íntegramente y tal cual había sido negociado el Acuerdo, sin presentar observaciones o modificaciones a las inquietudes del capítulo 21.

La Procuraduría General de la Nación en cabeza de Edgardo Maya Villazón, presentó ante los señores Magistrados de la Corte Constitucional el 10 de marzo del 2008, concepto en relación con el instrumento internacional suscrito y la ley aprobatoria; en lo referente al tema de “*solución de controversias*”, el Ministerio Público conceptuó “En términos generales, estos capítulos se ajustan al orden constitucional en los aspectos de debido proceso, mecanismos alternativos de solución de conflictos y principios que rigen la función pública”, podemos concluir que dentro del análisis que la procuraduría hizo sobre el Acuerdo y especialmente sobre el capítulo 21, no efectuó cuestionamiento alguno.

3. CONCLUSIONES

Se concluye el presente escrito con unas apreciaciones enmarcadas dentro de un análisis jurídico, donde se deben mezclar aspectos doctrinarios y legales con las necesidades comerciales internacionales de nuestro país.

No podemos apartarnos de la tendencia mundial al tratar de expandir la economía colombiana mediante la suscripción de instrumentos internacionales ya sean de carácter multilateral o bilateral; las economías cerradas hoy día se encuentran en declive pues no alcanzan a satisfacer las necesidades propias de sus gentes, el intercambio de productos y servicios es sano dentro del marco mundial del comercio. De igual forma debemos entender que en el mundo existe una asimetría entre los Estados, unos mas estables política, económica y socialmente que otros,

⁹ MUNERA, Darío Alberto. TLC ¿ES CONSTITUCIONAL?. Bogotá D.C.: 2008, P. 25-30.

pero ello no implica que esta aparente supremacía signifique dependencia o subordinación. Muy por el contrario si los países desarrollados mirasen a las naciones en vía de desarrollo como aliados de futuro e incluyeran dentro de sus políticas de Estado el mejoramiento o acrecentamientos económico de estas naciones, no se verían expuestos a futuras migraciones masivas con las respectivas incidencias que ello trae en el empleo, la seguridad y economía de la región. Debe haber oposición a la colonización comercial, mas no a la colaboración e intercambio comercial.

Ahora bien, lo que no es fácil comprender es por qué razón países tan poderosos como los Estados Unidos, Canadá, incluyen dentro de sus tratados normas de solución de controversias, tal y como consta en el capítulo 21 del TLC. Solo habría una explicación posible, que los líderes en la mayoría de las naciones, velan primero por los intereses de los grandes conglomerados que por los de sus votantes; debido a los grandes aportes económicos de estas transnacionales a las campañas políticas.

El sistema democrático, es el mejor prototipo con prevalencia de una economía liberal, si se quiere capitalista, pero nunca a ultranza, donde el individuo como ser humano no importa, pues así la libertad de empresa, el libre comercio, el libre albedrío empresarial; si queremos el éxito en nuestros países debemos acortar la brecha pero no la económica, sino la educativa. Si logramos ello, el resultado final será una prosperidad estable y duradera.

Finalicemos diciendo que el capítulo 21 del TLC, es abiertamente contrario a la Constitución, porque le quita al Estado colombiano la primacía sobre el ejercicio soberano de administrar justicia, promueve la desigualdad entre pares en el comercio favoreciendo a inversionistas extranjeros sobre los nacionales, modifica arbitrariamente los principios rectores del derecho internacional consuetudinario, invierte en forma permanente a particulares para que cumplan funciones jurisdiccionales, obliga al Estado receptor de la inversión a renunciar a sistemas alternativos de justicia, convierte al arbitraje internacional privado en una instancia excluyente y única, en algunos casos ha llegado a tomar el carácter de otra instancia de fallos nacionales y tal vez para mi lo mas grave de todo, ya los gobiernos deben mirar cuidadosamente todas aquellas medidas que dicten en favor del interés general y publico, pues si están afectan al inversionista foráneo, este puede demandar al Estado y así lo obliga a renunciar a la protección de sus ciudadanos a favor del inversionista extranjero (multinacionales).

Colombia no es un país donde exija grandes, pequeñas o algún tipo de responsabilidad política a los gobernantes y, ellos así lo saben.

Por ultimo, los países que suscribieron los primeros tratados de libre comercio ya están pensando en una segunda etapa del TLC, así lo afirma el ex presidente de

México Vicente Fox.¹⁰ Dado esta nueva tendencia, debemos preguntarnos si aprovechamos la experiencia de los TLC que ya han surtido efectos por varios años y pasamos directamente a la segunda etapa.

BIBLIOGRAFIA

DIARIOS ESPECIALIZADOS

Ámbito jurídico, No. 319 del 11 de abril de 2011, pág. 19, título “El arbitraje internacional continua en permanente expansión”.

Ámbito jurídico, No 328 del 22 de agosto de 2011, pág. 15, título “Abismo itinerante”, pág. 16, título “IPJI: índice del poder judicial individual”.

PERIODICOS NACIONALES

El Tiempo, 20 de noviembre de 2011, pág. 11, título “La tierra prometida... para compradores extranjeros”, columna de opinión, Cambalache, Daniel Samper Pizano”.

El tiempo, 14 de agosto de 2012, sección debes leer, pag.15

REVISTAS

Revista Semana, diciembre 19 de 2011, pág. 94, título “En la era de los TLC”.

SENTENCIAS

13.16. CSJ.S. Civil, Sent. 1101020300020070195600, de jul. 27 de 2007, M.P. Ruth Marina Díaz. “Laudo extranjero solo contraría el orden publico, si vulnera instituciones de derecho interno, ámbito jurídico del 4 de septiembre de 2011.

Concepto de la Procuraduría General de la Nación del 10 de Marzo de 2008, Edgardo Maya Villazón, procurador General, para ser presentado en el debate de constitucionalidad dado en la Corte Constitucional.

¹⁰ EL TIEMPO. Bogotá D.C. 14, agosto, 2012. 3 sec. 15 p.

LIBROS

CARLOS GAVIRIA DÍAZ, DARÍO ALBERTO MÚNERA, EDUARDO SÁNCHEZ, RICARDO ABELLO, ALFREDO SUÁREZ, JAVIER RINCÓN, LAURA RANGEL, DIANA RODRÍGUEZ, GERMÁN BURGOS, LIBARDO HERREÑO H. TLC ¿es constitucional?, Bogotá: ILSA, colección Democracia y Judicatura, 2008.

ILSA. JUICIO AL LIBRE COMERCIO – Aspectos jurídicos de los TLC. Bogotá: ILSA, 2005.

Combatiendo los TLCs: la creciente resistencia a los tratados de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión, autor bilaterales org-biotal-Grain, editado por ILSA, 2008.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)**

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	DERECHO EMPRESARIAL Y DE LOS NEGOCIOS
2	TÍTULO DEL PROYECTO	LOS PRIVILEGIOS DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN EL TLC CON ESTADOS UNIDOS
3	AUTOR(es)	JOSE DE JESUS VARGAS VALENCIA
4	AÑO Y MES	SEPTIEMBRE DEL 2012
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	MARGARITA CARDENAS POVEDA
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>El TLC suscrito con Estados Unidos de América, otorga unos privilegios a los inversionistas extranjeros tal y como se destaca en el capítulo 21, siendo a concepto de muchos tratadistas abiertamente contrario a la Constitución. Se argumenta que le quita al Estado colombiano la primacía sobre el ejercicio soberano de administrar justicia, promueve la desigualdad entre pares en el comercio favoreciendo a inversionistas extranjeros sobre los nacionales, modifica arbitrariamente los principios rectores del derecho internacional consuetudinario, inviste en forma permanente a particulares para que cumplan funciones jurisdiccionales, convierte al arbitraje internacional privado en una instancia excluyente y en unos casos ha llegado a tomar el carácter de otra instancia de fallos nacionales, sin embargo esto es una tendencia comercial mundial.</p> <p>The FTA that was signed with the United States gives some privileges to foreign investors just as it is mentioned in chapter 21, being a statement for many authors that is openly in contrast with the Constitution. It is said that it takes away from the Colombian government the sovereignty of managing Justice, promotes inequality among counterparts in Commerce supporting foreign investors over the national ones, modifies arbitrarily the governing principles of International Customs Law, permits permanently private individuals the right to carry out jurisdictional functions, turns International Arbitration into a private one, at some point exclusive, and in some cases, it has taken on other legal interpretations; nevertheless, this is a worldwide commercial trend.</p>
7	PALABRAS CLAVES	1.TLC ESTADOS UNIDOS 2. INVERSIONISTA EXTRANJERO 3. CAPITULO 21 4. ARBITRAMENTO 5.CIADI
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	SERVICIOS JURIDICOS
9	TIPO DE ESTUDIO	ENSAYO EN LA MODALIDAD DE TRABAJO DE GRADO
10	OBJETIVO GENERAL	Presentar dentro de un contexto jurídico la posición del inversionista extranjero dentro del TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América,
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	Contexto histórico del inversionista extranjero en los TLC. Cláusulas base para solución de controversias. Casos de disputas en tribunales de arbitramento internacional. Cláusulas del capítulo 21 del TLC. Es constitucional o inconstitucional el capítulo 21 del TLC.
12	RESUMEN GENERAL	<p>En las últimas décadas el mundo entero se ha venido envolviendo en una serie de convenios, acuerdos o tratados de orden internacional con carácter financiero del orden bilateral o multilateral, los cuales han venido poco a poco suplantando los instrumentos jurídicos del derecho internacional y del derecho interno en cada uno de los países desplazando los principios básicos sobre los cuales se desarrollaron. Por ello vemos como leyes sobre medio ambiente, derecho laboral, legislación económica, medicamentos, entre otras, que buscaban mitigar las desigualdades sociales y la exclusión, vienen perdiendo su efectividad social, dado que si estas normas son contrarias a los intereses establecidos en los instrumentos internacionales suscritos, en virtud que su aplicación afecte los intereses comerciales de los inversionistas extranjeros, las multinacionales podrán acudir a los tribunales internacionales para demandar o un trato igual, o los perjuicios causados.</p>

		<p>Históricamente los tribunales internacionales fueron establecidos para dirimir los conflictos entre Estados o entes de derecho privado nacional e internacional entre particulares; posteriormente se amplió su jurisdicción para tratar los temas entre Estado y particulares, pero exclusivamente en temas relacionados con controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos; luego dieron un paso más, extendiéndose a temas como la responsabilidad extracontractual de derecho privado hasta llegar a la esfera del derecho público, donde el Estado es el exclusivo demandado.</p>
13	<p>CONCLUSIONES.</p>	<p>Se concluye el presente escrito con unas apreciaciones enmarcadas dentro de un análisis jurídico, donde se deben mezclar aspectos doctrinarios y legales con las necesidades comerciales internacionales de nuestro país.</p> <p>No podemos apartarnos de la tendencia mundial al tratar de expandir la economía colombiana mediante la suscripción de instrumentos internacionales ya sean de carácter multilateral o bilateral; las economías cerradas hoy día se encuentran en declive pues no alcanzan a satisfacer las necesidades propias de sus gentes, el intercambio de productos y servicios es sano dentro del marco mundial del comercio. De igual forma debemos entender que en el mundo existe una asimetría entre los Estados, unos más estables política, económica y socialmente que otros, pero ello no implica que esta aparente supremacía signifique dependencia o subordinación. Muy por el contrario si los países desarrollados mirasen a las naciones en vía de desarrollo como aliados de futuro e incluyeran dentro de sus políticas de Estado el mejoramiento o acrecentamientos económico de estas naciones, no se verían expuestos a futuras migraciones masivas con las respectivas incidencias que ello trae en el empleo, la seguridad y economía de la región. a protección de sus ciudadanos a favor del inversionista extranjero (multinacionales). stas colombiano</p> <p>Ahora bien, lo que no es fácil comprender es por qué razón países tan poderosos como los Estados Unidos, Canadá, incluyen dentro de sus tratados normas de solución de controversias, tal y como consta en el capítulo 21 del TLC. Solo habría una explicación posible, que los líderes en la mayoría de las naciones, velan primero por los intereses de los grandes conglomerados que por los de sus votantes; debido a los grandes aportes económicos de estas transnacionales a las campañas políticas.</p> <p>El sistema democrático, es el mejor prototipo con prevalencia de una economía liberal, si se quiere capitalista, pero nunca a ultranza, donde el individuo como ser humano no importa, pues así la libertad de empresa, el libre comercio, el libre albedrío empresarial; si queremos el éxito en nuestros países debemos acortar la brecha pero no la económica, sino la educativa. Si logramos ello, el resultado final será una prosperidad estable y duradera.</p> <p>Finalicemos diciendo que el capítulo 21 del TLC, es abiertamente contrario a la Constitución, porque le quita al Estado colombiano la primacía sobre el ejercicio soberano de administrar justicia, promueve la desigualdad entre pares en el comercio favoreciendo a inversionistas extranjeros sobre los nacionales, modifica arbitrariamente los principios rectores del derecho internacional consuetudinario, invierte en forma permanente a particulares para que cumplan funciones jurisdiccionales, obliga al Estado receptor de la inversión a renunciar a sistemas alternativos de justicia, convierte al arbitraje internacional privado en una instancia excluyente y única, en algunos casos ha llegado a tomar el carácter de otra instancia de fallos nacionales y tal vez para mí lo más grave de todo, ya los gobiernos deben mirar cuidadosamente todas aquellas medidas que dicten en favor del interés general y público, pues si están afectan al inversionista foráneo, este puede demandar al Estado y así lo obliga a renunciar a la protección de sus ciudadanos a favor del inversionista extranjero (multinacionales).</p> <p>Colombia no es un país donde exija grandes, pequeñas o algún tipo de responsabilidad política a los gobernantes y, ellos así lo saben.</p> <p>Por último, los países que suscribieron los primeros tratados de libre comercio ya están pensando en una segunda etapa del TLC, así lo afirma el ex presidente de México Vicente Fox. Dado esta nueva tendencia, debemos preguntarnos si aprovechamos la experiencia de los TLC que ya han surtido efectos por varios años y pasamos directamente a la segunda etapa.</p>
14	<p>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS</p>	<p>DIARIOS ESPECIALIZADOS</p> <p>Ámbito jurídico, No. 319 del 11 de abril de 2011, pág. 19, título “El arbitraje internacional continua en permanente expansión”.</p> <p>Ámbito jurídico, No 328 del 22 de agosto de 2011, pág. 15, título “Abismo itinerante”, pág. 16, título “IPJ: índice del poder judicial individual”.</p> <p>PERIODICOS NACIONALES</p> <p>El Tiempo, 20 de noviembre de 2011, pág. 11, título “La tierra prometida... para compradores extranjeros”, columna de opinión, Cambalache, Daniel Samper Pizano”.</p> <p>El tiempo, 14 de agosto de 2012, sección debes leer, pag.15</p> <p>REVISTAS</p> <p>Revista Semana, diciembre 19 de 2011, pág. 94, título “En la era de los TLC”.</p>

SENTENCIAS

13.16. CSJ.S. Civil, Sent. 1101020300020070195600, de jul. 27 de 2007, M.P. Ruth Marina Díaz. "Laudo extranjero solo contraria el orden publico, si vulnera instituciones de derecho interno, ámbito jurídico del 4 de septiembre de 2011.

Concepto de la Procuraduría General de la Nación del 10 de Marzo de 2008, Edgardo Maya Villazón, procurador General, para ser presentado en el debate de constitucionalidad dado en la Corte Constitucional.

LIBROS

CARLOS GAVIRIA DIAZ, DARIO ALBERTO MUNERA, EDUARDO SANCHEZ, RICARDO ABELLO, ALFREDO SUÁREZ, JAVIER RINCÓN, LAURA RANGEL, DIANA RODRÍGUEZ, GERMÁN BURGOS, LIBARDO HERREÑO H. TLC ¿es constitucional?, Bogotá: ILSA, colección Democracia y Judicatura, 2008, ILSA. JUICIO AL LIBRE COMERCIO – Aspectos jurídicos de los TLC. Bogotá: ILSA, 2005.

Combatiendo los TLCs: la creciente resistencia a los tratados de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión, autor bilaterales org-biot-al-Grain, editado por ILSA, 2008.

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

MARGARITA CARDENAS POVEDA