



La expropiación sin indemnización en el derecho interno y en el derecho internacional



Laura Victoria García Matamoros

Profesora e Investigadora Junior de la
Facultad de Jurisprudencia, de la
Universidad del Rosario

En los últimos años se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de la consagración constitucional de la expropiación sin indemnización, fundamentalmente, como consecuencia de las decisiones de la Corte Constitucional, dictadas a propósito del estudio de exequibilidad de los convenios internacionales de promoción y protección de las inversiones extranjeras en nuestro país. En este campo de las relaciones internacionales, los Estados suelen pactar cláusulas de protección recíproca de las inversiones de sus nacionales, estableciendo condiciones muy claras en aspectos tan importantes como las nacionalizaciones y expropiaciones de los bienes adquiridos con los dineros provenientes del exterior.

Sobre este particular la reforma constitucional de 1936, se preocupó por socializar la propiedad y por enmarcar el texto constitucional dentro de criterios muy estrictos en cuanto la soberanía y autonomía del Estado, los cuales se consideraban pilares fundamentales dentro del contexto de las relaciones internacionales de la época.

Por su parte, la Carta Política de 1991, influenciada por las tendencias integracionistas y de apertura, reconoció la importancia para nuestro país de fomentar las relaciones internacionales y de interactuar

con la comunidad internacional. No obstante lo anterior, conservó ciertas disposiciones que conciernen directamente a la potestad y autonomía del Estado como es el de la expropiación en sus diferentes modalidades, dentro de las cuales se encuentra la expropiación sin indemnización por motivos de equidad,¹ que ha sido, justamente, uno de los puntos más discutidos a propósito de las inversiones extranjeras en nuestro país.

La trascendencia del tema se refleja en las decisiones de la Corte y en la manifestación de los voceros de algunos Estados tales como España y Estados Unidos, los que han expresado su enorme interés en promover las inversiones en Colombia, siempre y cuando el obstáculo que presenta la norma constitucional interpretada por la Corte sea eliminado. La lógica de la exigencia realizada por los gobiernos debe buscarse en la historia internacional de este siglo, la cual ha demostrado las nefastas consecuencias para las relaciones entre los Estados, cada vez que se adoptan medidas unilaterales y sin compensación.

Es así como, atendiendo las voces provenientes de diferentes sectores, el Congreso, por iniciativa del gobierno, ha acometido el estudio de la reforma del artículo 58 de la Constitución, la cual ha dado varios giros.

Para comprender el tema en su integridad se realizará un análisis de la expropiación sin indemnización en Colombia, con especial énfasis en la decisión de la Corte Constitucional; se estudiará la institución desde el punto de vista internacional y se considerarán sus perspectivas para un futuro muy próximo.



¹ "Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente." (El subrayado es de la autora).

I. CONSAGRACIÓN Y ALCANCES DE LA EXPROPIACIÓN SIN INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Teniendo en cuenta que la norma que consagra la expropiación sin indemnización, motivo de grandes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, tiene como antecedente fundamental la reforma constitucional de 1936, es necesario analizar las reflexiones realizadas en el momento de su consagración y los criterios esbozados por la doctrina en el contexto anterior a 1991. Así mismo, es importante conocer los pronunciamientos realizados por la Asamblea Nacional Constituyente sobre la norma, los cuales, a pesar de no referirse expresamente a la expropiación sin indemnización, permiten obtener algunas luces sobre los aspectos que entran en juego en esta materia.

A. La reforma constitucional de 1936

En el siglo pasado las teorías individualistas que inspiraron la Constitución de 1886 abogaban por un derecho de propiedad casi absoluto e ilimitado y en tal virtud, tanto el texto original, como la reforma realizada en 1910, contemplaban la protección de los derechos adquiridos conforme a la ley civil y simplemente limitaba el interés particular en caso de que entrara en conflicto con el interés general como consecuencia de la expedición de una ley dictada por motivos de utilidad pública. En lo referente a la expropiación, la Asamblea Nacional Constituyente Legislativa, en 1905, quiso contemplar una eventual expropiación sin indemnización cuando se trataba de la construcción de vías de comunicación. Sin embargo, como sucedió con la integridad de las normas de esta reforma, la institución de la expropiación fue modificada por el Acto Legislativo Tercero de 1910 que contempló la enajenación forzosa mediante orden judicial y con el reconocimiento previo de una indemnización.

Con el transcurso del tiempo, las tendencias socialistas impregnaron el gobierno liberal imperante en 1934, el cual se dio a la tarea de presentar al Congreso una gran reforma social, política y económica, que, entre otros aspectos, quiso ampliar la institución de la expropiación. En tal sentido el maestro Darío Echandía, ministro de gobierno de la época, sustentó la reforma planteada en los siguientes términos: "Como veis honorables Representantes, el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que caracteriza la Constitución actual, por otra parte

que considera que el derecho individual debe ejercitarse como función social y debe tener como límite la conveniencia pública.”²

En lo concerniente a la expropiación la reforma quiso agregar la noción de “interés social” a la de utilidad pública y conservar la necesidad de reconocer una indemnización equitativa pero no necesariamente previa. En este sentido el representante Carlos Lleras Restrepo, en la comisión correspondiente, explicó a los detractores que el texto propuesto no constituía un gran cambio y en este sentido, manifestó: “Sobre el punto que yo he sostenido aquí sobre que no es necesario que el pago de la indemnización sea en dinero, deseo recordar el artículo 2º de la nombrada ley 21 de 1917, que permitió tener en cuenta al estimar la indemnización, el mayor valor recibido por la finca expropiada en parte, a virtud de las obras mismas que originaron la expropiación. Es un caso típico en que se compensa el valor de lo expropiado con otro valor, el que se ha hecho adquirir al resto de la finca. Y esto constituye un claro antecedente legislativo que confirma mi idea de que lo que la Constitución exige es la entrega de un valor que compense equitativamente el valor de lo expropiado, y de que no ha exigido nunca que esa compensación tenga que ser en dinero.”³ Estas reflexiones resultaban absolutamente coherentes con la reforma agraria que se proponía, para la cual debían tenerse criterios muy claros de indemnización, pues una adquisición de tierras a gran escala exigía erogaciones enormes por parte del Estado.

Sin embargo, las reflexiones realizadas acerca de una eventual compensación entre la indemnización y la valorización de la parte no expropiada llevó al Congreso de la época a aclarar el texto de la norma constitucional en el sentido propuesto por el representante José Miguel Arango en la plenaria de la Cámara en los siguientes términos: “Considero de justicia que si al realizarse la expropiación ésta favorece al expropiado, entonces no hubiera lugar a la indemnización.”⁴

No obstante las objeciones presentadas por algunos congresistas que trataban de demostrar que la aclaración era superflua, la norma en



² TIRADO MEJÍA, Alvaro; VELÁSQUEZ TORO, Magdala; *Reforma Constitucional de 1936*, Colección Pensadores Políticos Colombianos; Cámara de Representantes; Tomo I; Pag. 149.

³ Ob.cit. Pag 156.

⁴ Ob.cit. Tomo II Pag 222.

los términos propuestos por el congresista Arango fue aceptada, con la exigencia de que la ley que consagrara la expropiación sin indemnización debía contar con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

B. Cincuenta y cinco años después

Visto el contexto histórico dentro del cual se enmarcó la reforma constitucional de 1936, podría pensarse que en 1991 los constituyentes replantearían los argumentos expuestos. Sin embargo, la discusión se centró en otros puntos tales como el reconocimiento de una compensación en lugar de una indemnización o el de la función social de la propiedad como atributo o como esencia de la misma. Con respecto a la expropiación sin indemnización sólo se hicieron alusiones tangenciales las cuales, a pesar de mencionar aspectos como el de la seguridad y protección de los bienes como elemento determinante para las inversiones extranjeras y un poco de derecho comparado, no fueron directamente relacionadas con el tema que nos ocupa.

En este sentido, durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se hicieron afirmaciones como: “todos nos hemos puesto de acuerdo... en el sentido de que la expropiación procede no como una acción sancionatoria del Estado sino como un instrumento para darle vía a criterios de utilidad pública o interés social... no podemos darle a ese proceso un carácter sancionatorio, porque en ese momento estaríamos pecando ya contra otros principios básicos que tienen que ver con una teoría que ha sido característica de los países con tradición liberal, y es la igualdad de las cargas públicas.”

Así mismo, a propósito de las implicaciones de reconocer una compensación en lugar de una indemnización, se expresó: “...una de las cosas que hay hoy en el mundo y que se abre paso de una manera acelerada, tiene que ver con la seguridad para quienes invierten en un país y ... nadie va a invertir en Colombia bajo la perspectiva de que esa inversión en un momento dado pueda ser discrecionalmente fijada en su alcance en el momento de una expropiación, si mañana cualquier inversionista nacional o extranjero llega al país, invierte una suma de dinero, no lo va a hacer si hay una norma jurídica que dice que en caso de que el Estado en cualquier momento crea que ese bien debe pertenecer a la entidad pública, no se le va a compensar o no se le va a indemnizar...”

Por otra parte, se trajeron a colación las Constituciones de países como España, Alemania e Italia dentro de las cuales se prevé la indemnización en todos los casos de expropiación.

No obstante las reflexiones realizadas, la norma que consagraba la expropiación sin indemnización fue transcrita a la nueva Constitución sin que realmente se diera un debate profundo, lo cual implica que los argumentos expuestos en 1936, las circunstancias históricas que llevaron a su consagración y el desarrollo legislativo que se le dio a la norma constitucional antes de 1991, son los únicos elementos con que se cuenta para analizar el espíritu de la misma.

C. Desarrollo legislativo

Debido a la mayoría calificada que se exige para su aprobación y a las delicadas situaciones que puede generar la expropiación sin indemnización, desde 1936 hasta hoy, el Congreso ha expedido sólo dos leyes en las que se consagra esta figura. La primera de ellas fue la ley 1ª de 1972, que permitía expropiar sin indemnizar a los extranjeros que fueran propietarios de terrenos costeros, norma que no fue aplicada como consecuencia de una decisión de la Corte Suprema de Justicia que se estudiará más adelante. El otro caso es el de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, cuyo artículo 18 ilustra de alguna manera la aplicación de la expropiación sin indemnización: "con el objeto de evitar un enriquecimiento sin causa, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones, no tendrán en cuenta al hacer los avalúos administrativos especiales de que trata la presente ley, aquellas acciones o intenciones manifiestas y recientes del Estado, que sean susceptibles de producir una valorización evidente de los bienes avaluados." Así mismo, la ley quiso penalizar mediante la expropiación sin indemnización a aquellos que promovieran o permitieran las urbanizaciones ilegales.

Vale la pena anotar que el postulado que impide un eventual enriquecimiento sin causa fue el mismo que inspiró la ley 21 de 1917 citada como antecedente de la reforma de 1936, en la cual se tenía en cuenta la valorización de los bienes como consecuencia de la expropiación.

D. Interpretaciones de la jurisprudencia

Hasta 1991 la más alta jurisdicción constitucional, representada en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema sino en aspectos referentes al

derecho interno y particularmente a propósito de la ley 1ª de 1972 que, como se mencionó, consagró la expropiación sin indemnización en el Archipiélago de San Andrés con el propósito de recuperar las tierras cuyos titulares eran extranjeros. En su decisión la Corte consideró que la equidad hacía referencia a la compensación entre el perjuicio causado a la persona expropiada y el beneficio obtenido gracias a la destinación del bien que se expropia y en tal virtud consideró que las razones invocadas por el legislador no eran de equidad y exigió que la figura estuviera desprovista de cualquier elemento sancionatorio o confiscatorio.⁵

Fue sólo hasta 1996 que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-358, se pronunció sobre los alcances de la institución de la expropiación sin indemnización en el ámbito de las relaciones internacionales entre Colombia y otros Estados, materializadas en los Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras (APPI).

En este sentido, teniendo en cuenta la importancia de la posición adoptada por la más alta jurisdicción constitucional en los temas referentes al derecho internacional, nos detendremos en las consideraciones efectuadas por la Corte a propósito del acuerdo suscrito entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones, cuya cláusula sexta exige el reconocimiento de una compensación pronta, adecuada y efectiva en todos los casos de expropiación.

En esta oportunidad la Corte estudió la norma constitucional que consagra la expropiación, realizó algunas consideraciones referentes al derecho de igualdad entre nacionales y extranjeros, interpretó el Pacto de San José en lo referente a la indemnización en caso de expropiación, sin aceptar que dicho pacto pudiese en cualquier caso ser considerado como norma constitucional y finalizó refiriéndose a la imposibilidad de revisar judicialmente los motivos de equidad invocados por el legislador. Como corolario de su análisis la Corte declaró exequible el acuerdo, excepto en lo referente al artículo que consagra las condiciones para la expropiación y con limitaciones en cuanto al tratamiento del nacional y de la nación más favorecida.



⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 27 de noviembre de 1.973 en: *Gaceta Judicial*, Tomos CXLI-CL, Números 2390-2391, página 225

1. Argumentos de los intervinientes

Dentro del término concedido se pronunciaron el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todos los cuales coincidieron en que el Acuerdo y su ley aprobatoria eran constitucionales y en particular con respecto a la cláusula que hace referencia a la expropiación manifestaron que en aras de la igualdad, a los extranjeros se les debe dar un trato diferencial en la medida en que son ajenos al ejercicio y al control del poder.

En cuanto a la eventual violación del artículo 58 de la Constitución se afirma que la exigencia de una compensación en todos los casos de expropiación no es sino un desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre internacional y una manifestación de derecho internacional consagrado en instrumentos vinculantes para Colombia, tales como la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Carta de los Derechos y Deberes Económicos.

Por otra parte, consideran los intervinientes mencionados, que el texto del Acuerdo en su integridad se acompasa con el mandato constitucional referente a la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del país sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Finalmente, el Banco de la República se pronunció manifestando que el acuerdo se aviene con lo establecido en la Ley 9ª de 1991 que establece los principios generales para las inversiones en nuestro país, los cuales protegen a los inversionistas en cuanto al tratamiento igualitario y a la facilidad de las transferencias al exterior.

2. Concepto del Procurador

Considera el Ministerio Público que el Acuerdo es constitucional tanto formal como materialmente, basado en que el trámite fue adecuado, que el texto del acuerdo responde a las necesidades de la economía moderna e internacional y respeta las competencias de cada uno de los poderes del Estado en el área económica.

Así mismo, señala el Procurador la importancia del concepto "comunidad internacional" frente al de "igualdad soberana". Frente a la aparente diferencia entre las categorías de expropiación previstas en la Constitución y aquella establecida en el Acuerdo, advierte que no existe vicio

de constitucionalidad alguno, en la medida en que este responde a la internacionalización de la economía consagrada en la Carta Política, respeta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y mediante la cláusula de reciprocidad acoge el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros.

Por último, considera que el Congreso, como órgano competente para decretar la expropiación sin indemnización, aprobó el acuerdo de promoción y protección de las inversiones y en tal virtud consideró que en este caso el reconocimiento de la indemnización era imprescindible.

3. Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte realizó la evaluación de cada uno de los artículos y aceptó su constitucionalidad, basada fundamentalmente en los principios de internacionalización de las relaciones económicas, sociales, políticas y ecológicas y de igualdad. Sin embargo en lo referente al régimen aplicable en materia de expropiación y nacionalización efectuó algunas salvedades, que dada su importancia nos permitimos sintetizar:

a. La violación del artículo 58 de la Constitución Nacional

En opinión de la Corte Constitucional cuando el Acuerdo establece que en todo caso de expropiación o de adopción de otras medidas, estas deberán estar precedidas de una "compensación pronta, adecuada y efectiva", se está incurriendo en una violación del inciso 5º del artículo 58 de la Constitución, ya que el tratado obliga al legislador a renunciar a una facultad que el constituyente expresamente le asigna.

En este sentido, considera la corporación que no obstante la discrecionalidad del legislador al decidir si expropia con indemnización o sin ella, su competencia opera para casos concretos y no para una categoría de casos como sería la contemplada en el Acuerdo y, adicionalmente, un compromiso *a priori* del legislativo no se compadece con la Constitución, en la medida en que ésta exige al legislador en cada caso hacer un estudio de los motivos de equidad y en tal virtud decidir *a posteriori* si cabe o no la indemnización.

Como sustento de su afirmación acuden a la definición aristotélica de equidad, según la cual el legislador no puede renunciar de ante-

mano a lo que por esencia es justo y en tal virtud la equidad debe medirse para cada caso concreto.

Por otra parte, considera la Corte que la disposición del Acuerdo que permite a los afectados, de acuerdo con la ley del Estado que adopta la medida, acudir ante los jueces o autoridades para obtener la revisión de la valoración de su inversión, contradice el mismo artículo 58 que excluye de plano la controversia judicial sobre "las razones de equidad" invocadas por el legislador.

b. Violación del principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política

La Corte considera que el Acuerdo, cuando regula la expropiación, crea una eventual discriminación respecto de los nacionales y de los extranjeros que no están cubiertos por el acuerdo y que realicen inversiones en Colombia, teniendo en cuenta que estos sí podrían ser sujetos pasivos de una expropiación sin indemnización, mientras que los inversionistas británicos e irlandeses estarían exentos de la misma.

Ante el argumento que pretende demostrar que el Acuerdo, mediante el trato diferencial, busca obtener la igualdad material, la Corte sostiene que el artículo 4º de la Constitución consagra el deber a cargo de los extranjeros de acatar las leyes colombianas, dentro de las cuales se encuentran comprendidos los artículos 58 y 100 del mismo instrumento. En lo referente a la reciprocidad afirma la Corte que este principio no salva el vicio de inconstitucionalidad del Acuerdo en la medida en que opera dentro de un ámbito distinto al del principio de igualdad.

c. Concordancia entre el Acuerdo y el Pacto de San José de Costa Rica en materia de expropiación

Al respecto, la Corte realiza un análisis del artículo 21-2 del pacto de San José de Costa Rica que exige el reconocimiento de una "indemnización justa" en todos los casos de expropiación y concluye que el artículo 58 de la Carta Política cumple a cabalidad con esta exigencia, en la medida en que los beneficios derivados de la expropiación pueden compensar los perjuicios ocasionados por la misma y en tal virtud, la compensación representa una indemnización justa.

Por otra parte, si se admitiera en gracia de discusión una eventual discordancia entre el Pacto y la Constitución, en todo caso el Acuerdo

debe ser analizado a la luz de la Carta Política y no de un tratado del mismo carácter.

4. Salvamentos de voto

No obstante la decisión mayoritaria de la Corte que acogió los argumentos antes expuestos, un sector de esta corporación, compuesto por tres magistrados, se apartó del fallo aduciendo los siguientes argumentos:

a. La errónea interpretación del inciso 5º del artículo 58 de la Constitución Nacional

Consideran que el inciso 5º del artículo 58 de la Carta Política establece una facultad discrecional para el Congreso de no indemnizar por razones de equidad y no una obligación, lo que le permite, (en desarrollo de consideraciones tales como el fomento de las relaciones internacionales, el estímulo del avance del país y el cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*), abstenerse de manera legítima de usar la figura excepcional consagrada en el inciso 5º en mención.

La suscripción de un acuerdo de esta índole y la restricción que impone en materia de expropiación es una consecuencia normal dentro del ámbito del derecho internacional en la medida que establece derechos y deberes para los Estados, tal como ocurre con cualquier tratado.

b. Errónea interpretación del concepto de equidad

Considera el salvamento que el concepto de equidad dado por Aristóteles fue interpretado de manera errónea en la medida en que la definición que quiso darse a los "motivos de equidad" se aplica a los jueces y administradores, quienes deben adaptar los postulados legales a los casos concretos pero dicho concepto no se aplica al legislador, el cual debe responder al criterio más amplio de justicia material.

Afirman los magistrados que el acto por el cual el legislador decreta la expropiación, es una ley en sentido formal y material, o sea un acto general y abstracto y en tal virtud, para el caso de la expropiación sin indemnización, mediante la cual se busca evitar que los particulares se enriquezcan con el reconocimiento de una suma de dinero por parte del Estado, el criterio que debe ser tenido en cuenta es el

de “enriquecimiento sin causa” enunciado por Pomponio, de acuerdo con el cual “es equitativo, según el derecho natural, que nadie se enriquezca a expensas de otro” y así un estudio *a priori* de la equidad frente a una categoría de casos resulta perfectamente viable.

c. El Acuerdo no es discriminatorio

El trato diferencial previsto en el Acuerdo, en concepto de los magistrados disidentes no resulta violatorio del artículo 13 de la Carta Política, toda vez que la diferencia se establece con miras a lograr una igualdad material, considerando que a los extranjeros no les está permitido participar en el ejercicio del poder político. Así mismo, gracias al principio de reciprocidad, los colombianos que inviertan en Gran Bretaña o Irlanda también estarán exentos de una eventual expropiación sin indemnización.

d. Errónea utilización del artículo 21-2 del Pacto de San José como criterio de interpretación

A juicio del salvamento de voto el argumento de la Corte que pretende ver en la eventual valorización de los bienes no expropiados el cumplimiento del requisito del pago de una “justa indemnización”, resulta violatorio del Pacto pues desconoce el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales.

Para sustentar su posición los magistrados aseguran que en el ámbito internacional una expropiación sin el pago de una indemnización se convierte en una confiscación que puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado que expropia y en tal sentido cita algunos documentos y resoluciones de las Naciones Unidas.⁶ La primera de ellas exige el reconocimiento de una indemnización de acuerdo con el derecho interno y con el derecho internacional y la segunda, un poco menos clara, establece que normalmente debe pagarse una indemnización adecuada de acuerdo con las normas internas y no se refiere al derecho internacional.

Así mismo, la jurisprudencia internacional ha reconocido la obligación por parte de los Estados de pagar una indemnización o una

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1803 (XVII); 18 de diciembre de 1962; Parágrafo 4º y Resolución 3281 (XXIX); 12 de diciembre de 1974; Artículos 2-1 y 2-2.

compensación justa, y en tal sentido el salvamento de voto cita las decisiones más importantes proferidas a nivel internacional.⁷

Con base en los elementos dados por el derecho internacional en materia de expropiación, el salvamento de voto concluye que los Estados están obligados a reconocer una indemnización justa y en tal virtud este principio puede ser considerado "de derecho internacional consuetudinario, vinculante para cualquier Estado, independientemente de su inclusión en instrumentos de carácter convencional." No obstante lo anterior, los magistrados aceptan que no existe acuerdo en cuanto al monto de dicha indemnización y es por esto que los Estados, mediante la suscripción de APPIs, tratan de eliminar las posibles ambigüedades al respecto.

Finalmente, los magistrados disidentes consideran que si la Corte quería excluir la aplicación del Pacto de San José, hubiese bastado citar la doctrina de la Corte que excluye el derecho de propiedad de los derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Política y no efectuar la comparación en los términos planteados.

e. Errónea interpretación del sistema de protección judicial y de acceso al CIADI

En el sentir de los magistrados que salvaron su voto, la constitucionalidad del Acuerdo es intachable en la medida en que las partes pueden acudir a la justicia "de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente" y que exige que la revisión sea pronta, independiente y de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el convenio mismo, pero en ningún momento implica que las razones de equidad sean controvertibles. En este mismo sentido el Convenio excluye el acceso al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) si no se han agotado previamente los mecanismos y procedimientos internos.



⁷ Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. Vs. Libyan Arab Republic, enero 19 de 1977, Pierre Marie Dupuy, árbitro único.

British Petroleum Exploration Co. Vs. Libyan Arab Republic; octubre 10 de 1973 y agosto 1º de 1974, Gunnar Lagergren, árbitro único.

Libyan American Oil Co. Vs. Libyan Arab Republic; abril 12 de 1977; Sohobi Mahmassani, árbitro único.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Fábrica de Chorzow, 13 de septiembre de 1928, Série A, No. 17.

f. Internacionalización de la economía y nuevo concepto de soberanía

Las nuevas condiciones económicas del mundo exigen la globalización y la internacionalización y en este sentido la eliminación de barreras, la integración entre los Estados y el abandono del proteccionismo se imponen. Solo así puede entenderse la nueva concepción de soberanía que permite a las naciones "estar en el mundo" y desarrollarse adecuadamente.

La Constitución de 1991 acogió cabalmente estas reflexiones y fue así como consagró los principios de integración económica, la internacionalización de las relaciones económicas y aún más, admitió que el Estado ceda ciertos atributos y competencias a favor de organismos supranacionales de integración.

Estos postulados constitucionales le otorgan al órgano encargado de las relaciones internacionales la facultad de tomar las medidas que considere pertinentes, para buscar el desarrollo del país mediante la internacionalización de la economía, previo cumplimiento de las disposiciones sobre la materia.

En este orden de ideas la inversión extranjera se ha convertido en un pilar fundamental para el desarrollo económico de los Estados y en un mecanismo apto y eficiente para la internacionalización de las relaciones. En tal virtud, a la luz de la Constitución de 1991, los acuerdos de promoción y protección de estas inversiones son perfectamente válidos.

Por otra parte, a la luz del artículo 226 de al C.N, el Estado colombiano, representado por el legislador, con el propósito de internacionalizar la economía y actuando "sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional" puede renunciar temporalmente y frente a un grupo determinado, de la facultad de expropiar sin indemnización.

g. Consecuencias de una interpretación inflexible de la Constitución

Si bien la Corte quiso proteger la Carta Política evitando que su texto fuera modificado por un Acuerdo internacional, considera el salvamento de voto que mal cumplió su misión pues la importancia de la protección de la inversiones es tal que la reforma a la Constitución se hace inminente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en el derecho colombiano la expropiación sin indemnización busca evitar el enriquecimiento sin causa de los particulares con el consecuente empobrecimiento del Estado, lo cual despoja esta institución de cualquier carácter sancionatorio o arbitrario. Sin embargo, cuando un elemento internacional entra en juego, la posición de nuestros órganos estatales no es clara en la medida en que el ejecutivo y el legislativo propenden por la limitación de la figura constitucional y por una verdadera internacionalización de la economía, mientras que un sector de nuestro poder judicial defiende la exégesis de la norma.

II. LA EXPROPIACIÓN SIN INDEMNIZACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

En materia de derecho internacional y de las relaciones entre Estados el problema de la indemnización resulta de vital importancia en razón de los antecedentes que muestran cómo las expropiaciones y las nacionalizaciones han sido fuente de serios conflictos internacionales, fundamentalmente frente a los cambios de regímenes políticos y económicos. En tal sentido la comunidad de Estados y las jurisdicciones internacionales han realizado grandes esfuerzos por superar este escollo.

A. Algunos conflictos internacionales

Para ilustrar la trascendencia del tema en el ámbito internacional podemos referirnos en primer término a países como Polonia que participaron en la primera guerra mundial y adoptaron las medidas tendientes a despojar de la propiedad a los extranjeros que se encontraban en sus nuevos territorios. Fue así como la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1926 y en 1928 debió pronunciarse sobre las nacionalizaciones y expropiaciones realizadas por Polonia sobre bienes alemanes que se encontraban en Alta Silesia. Para sustentar las medidas adoptadas, Polonia invocó la Convención de Armisticio de 1918 que establecía que el enemigo no podía utilizar ningún bien público que pudiese servir a los aliados de prenda para cubrir las reparaciones. La Corte Internacional en esta oportunidad consideró que las autoridades polacas que desconocieron ciertos derechos adquiridos por personas privadas violaron el principio que obliga a respetar los derechos privados en el caso en que se presente un cambio de soberanía. Así mismo, en el caso de la expropiación de la Fábrica de Chorsow, al cual se refirió el salvamento de voto de la sentencia C-

358, la misma jurisdicción internacional obligó a Polonia a reparar el perjuicio ocasionado a las sociedades alemanas.

Por otra parte, en las décadas de los sesenta y setenta en América Latina, gracias a la consolidación del régimen comunista en Cuba, las primeras medidas de los gobernantes que actuaban bajo esta concepción eran las de nacionalizar y expropiar las propiedades de los Estados y de los nacionales extranjeros.

Despojando este estudio de cualquier consideración política, es claro que la revolución cubana de 1959, dirigida por el Comandante Fidel Castro, adoptó una política agresiva, tendiente a restringir la propiedad de los Estados Unidos sobre los bienes cubanos. Bajo esta inspiración se realizó la Reforma Agraria del 17 de mayo de 1959, mediante la cual se expropiaron grandes latifundios azucareros que pertenecían a empresas norteamericanas. Así mismo, la ley del 6 de julio de 1960 autorizó al gobierno para expropiar las empresas de propiedad de personas naturales o jurídicas norteamericanas, siempre que fuera necesario para la defensa de los "intereses nacionales" y la indemnización se condicionaba a que Estados Unidos se comprometiera a comprar más de tres millones de toneladas de azúcar al año. En esta misma época se ocuparon las refinerías de la Texas y la Esso porque se negaron a procesar el petróleo importado de Rusia y, el 24 de octubre del mismo año, terminaron por nacionalizarse 162 empresas de Estados Unidos. La reacción a todas estas medidas de nacionalización y expropiación sin indemnización, desde el punto de vista netamente económico, fue la declaración por parte de los Estados Unidos de Norte América del embargo y del bloqueo económico.

La ideología socialista continuó su expansión en América Latina y para citar sólo un ejemplo, el gobierno de Salvador Allende en Chile, en el proceso hacia el régimen comunista, quiso recuperar las minas de cobre, hierro y salitre de propiedad de compañías norteamericanas sin reconocer indemnización alguna, generando de esta manera conflictos internacionales que llevaron a la realización de embargos y bloqueos y a pronunciamientos arbitrales, que obviamente cesaron con la caída del régimen.

De otro lado, los países productores de petróleo en donde las inversiones inglesas y norteamericanas han sido de enorme importancia, han

demostrado que cada vez que pretenden ver sus intereses vulnerados deciden expropiar y nacionalizar las propiedades sin el reconocimiento de indemnizaciones justas, con lo cual han dado lugar a varias demandas internacionales. En consecuencia, en múltiples oportunidades, países como Irán, Kuwait y Libia se han visto implicados en decisiones arbitrales y de la Corte Internacional de Justicia que ha exigido fundamentalmente el respeto de los tratados, de los contratos de concesión y de las cláusulas de estabilización.

B. Pacto de San José de Costa Rica

Con el propósito de neutralizar los efectos de los regímenes autoritarios en materia económica, en 1969 la comunidad interamericana se preocupó por regular el tema de las expropiaciones y las nacionalizaciones y en tal sentido en el artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica se estableció que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley". No obstante la consagración de la norma, la falta de un aparato jurisdiccional internacional y de unas normas claras sobre la responsabilidad de los Estados, impidieron su efectividad en los casos que se presentaron en países como Chile. Es por esto que la comunidad internacional se ha puesto en la tarea de interpretar y desarrollar tales principios protectores.

En lo referente a la aplicación de la norma del Pacto de San José, dado dos interpretaciones, una, aquella de la Corte Constitucional, según la cual, la indemnización justa puede verse representada por el beneficio y el mayor valor obtenido a favor de la parte de los bienes no expropiados, gracias a las obras y actividades realizadas por el Estado en la parte expropiada, lo cual, en estricto sentido sería una compensación entre la valorización y la indemnización.

La segunda interpretación, planteada en el salvamento de voto, y basada en los conflictos generados a nivel internacional como consecuencia de las expropiaciones y nacionalizaciones realizadas en forma arbitraria y sin reconocimiento alguno, considera que el derecho internacional impide en cualquier caso que la propiedad sea desconocida sin que medie una indemnización adecuada, pronta y efectiva, entendida como el pago de una suma de dinero compensatoria sin que aún exista consenso en cuanto a los rubros que deben componer el monto.

No obstante los antecedentes internacionales en la materia, es necesario aclarar que, tal como se demostró en el estudio de la norma constitucional, a nivel interno el espíritu de la institución de la expropiación sin indemnización pretende que se consideren eventuales compensaciones entre los beneficios de la expropiación y el valor de los bienes expropiados, pero en ningún caso autoriza las supresiones totales y arbitrarias de la propiedad, lo cual resulta coherente con los sistemas internos de otros Estados como veremos a continuación.

C. Otras legislaciones

Una revisión general de las Constituciones de diferentes países demuestra que ningún Estado liberal consagra la figura de la expropiación sin indemnización, no obstante lo cual, recopilando las normas legales que regulan el tema, encontramos que por razones de equidad se reconocen compensaciones entre las valorizaciones y las indemnizaciones previstas. Tal es el caso del Código francés, que regula la expropiación por causa de utilidad pública, expedido en 1977, el cual consagra las siguientes disposiciones:

“Art.13-11. Cuando la pérdida parcial resultante de la expropiación comprometa la estructura de una explotación agrícola, ocasionando un grave desequilibrio de acuerdo con el artículo L-23-1:

(Señala el procedimiento y regula la siguiente hipótesis)

...3º Cuando en el curso de un período de diez años se realicen varias expropiaciones en una explotación determinada, el desequilibrio previsto en el numeral primero del presente artículo debe ser apreciada para toda la expropiación agrícola parcialmente expropiada, con la condición de que haya sido explotada desde el principio del período por el mismo explotador, su cónyuge o sus descendientes, partiendo de la fecha de publicación del acto declarativo de utilidad pública previo a la primera expropiación. *En todo caso, en la apreciación del desequilibrio serán tenidas en cuenta las mejoras que pudieron ser aportadas en ese período de tiempo a las estructuras de la explotación con el concurso del poder público o de organismos sometidos a su tutela.*

Art. L.13-12 *Si la ejecución de trabajos debe procurar un aumento del valor inmediato al resto de la propiedad, el juez decide sobre este aumento en una providencia distinta. El monto de la plusvalía se compensa en todo o en parte con la indemnización de la expropiación.”*

Así mismo en Canadá, el capítulo séptimo de la ley que regula la expropiación de las tierras situadas en Yukon y que sean necesarias para la ejecución de actividades de desarrollo, establece: "Art. 7.8.3. La autoridad expropiante que ejerce el derecho de inundar las tierras previstas por un reglamento y que han sido señaladas en cartas, de acuerdo con los artículos 7.8.1 y 7.8.2. *no paga una indemnización al expropiado sino en consideración a las mejoras. En todo caso, el monto de la totalidad de las indemnizaciones pagadas a los expropiados para la construcción hidroeléctrica o el represamiento de agua no puede sobrepasar el 3 por 100 de los costos de construcción de esta obra.*" Existe en esta norma un claro ejemplo de expropiación sin una eventual indemnización por motivos de equidad.

En la República de Guatemala, el decreto 529 del Congreso consagra el siguiente principio en materia de indemnización:

"Artículo 13. En los casos de expropiación parcial se tomará en cuenta el mayor valor que pudiera resultar para la fracción sobrante, en cuanto sea consecuencia de un mejoramiento o plusvalía por la naturaleza de la obra a emprender en la proporción de las dimensiones del sobrante o cuando por efecto de las obras a emprender, tal fracción sobrante aumente su precio por motivo de su nueva situación. En ambos casos el mayor valor se deducirá de la indemnización."

Las disposiciones mencionadas demuestran que la obligación de pagar una indemnización para todos los casos de expropiación se cumple a cabalidad si la valorización aportada por las obras públicas compensa total o parcialmente la pérdida sufrida por la persona que se expropia.

Realizando un análisis conjunto de los ejemplos traídos de otras legislaciones y las interpretaciones dadas por la jurisprudencia, podríamos concluir que la Corte tiene razón al afirmar que los motivos de equidad por los cuales puede eventualmente decretarse la expropiación sin indemnización no excluyen "la indemnización justa" exigida por el Pacto de San José, en la medida en que siempre existirá la compensación por valorización. Sin embargo, no podemos concluir inexorablemente que esta posibilidad esté admitida por el Acuerdo al referirse simplemente a "una compensación pronta, adecuada y efectiva" pues existe el elemento internacional que, como nos demuestran los hechos que han generado conflictos de cierta gravedad, exige implacablemente la seriedad y la claridad en las relaciones entre Esta-

dos para guardar la armonía en las relaciones y evitar una eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la enorme importancia que representan las inversiones extranjeras en nuestro país, más aún en estos momentos de crisis, hubiese sido mucho más sano para las relaciones de Colombia con los Estados que pretenden proteger a sus inversionistas, realizar una interpretación integral y sistemática de la Constitución que acepta expresamente la integración y la internacionalización de la economía tal como se establece en el salvamento de voto de la decisión que se estudió y declarar exequible la totalidad del acuerdo, en el entendido que dado el carácter de “extranjeros” resulta apenas lógico que sus bienes y recursos, por encontrarse en un país extraño, gocen de una especial protección eventualmente exigible en el ámbito internacional, y tomando en cuenta que la propiedad es un elemento muy vulnerable ante las arbitrariedades de los regímenes internos.

Estas son justamente la preocupaciones que quieren aliviar los Estados mediante la suscripción de los APPIs, luego la interpretación exegética de la norma constitucional realizada por la Corte, suprime todo interés a los Acuerdos y lleva a que los Estados simple y llanamente no suscriban estos instrumentos de recíproca confianza.

Es tan cierto lo anterior que la decisión que estamos analizando, proveniente de la más alta Corte, en un tema de gran importancia para la economía, ha traído como consecuencia necesaria la modificación de la Carta Política, la cual tiene vocación de permanencia y cuenta con la jurisdicción constitucional para su respeto pero también para su armonización e interpretación.

III. HACIA LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Ante el panorama que presenta la interpretación de la Corte para las inversiones extranjeras nadie duda que la mejor forma de solucionar la incongruencia entre nuestra Carta Política y el derecho internacional en materia de expropiación es reformando la primera, para lo cual es necesario seguir el trámite previsto en el artículo 375 de la CP en cuanto a presentación del proyecto, el cumplimiento de los términos y la obtención de las mayorías.

La reforma puede tener dos enfoques: el primero, que busca la eliminación simple y llana de la institución de la expropiación sin in-

demnización, caso en el cual el Congreso, como poder constituido, debería dejar constancia del alcance de la reforma pues bien podría decirse que al prescindirse de esta figura en la Constitución, cualquier ley que establezca la expropiación sin indemnización sería inconstitucional, independientemente de si existen o no motivos de equidad y en tal sentido el enriquecimiento sin causa por la vía de la expropiación tendría vía libre, lo cual resulta absurdo y no coincide con lo que sucede en los sistemas cuya Constitución reconoce expresamente la obligación de indemnizar, pero que a nivel legal prevén eventuales compensaciones.

En este sentido, como se ha demostrado a lo largo de este análisis, disintimos de la opinión emitida por el salvamento de voto al expresar que "Si la Constitución no hubiese previsto expresamente la expropiación sin indemnización, es claro que ésta nunca podría verificarse".

Por otra parte, el segundo enfoque que puede dársele a la reforma, busca dar una protección constitucional expresa a favor de las inversiones extranjeras en el sentido de exigir una indemnización en todos los eventos en que exista una expropiación que las pueda afectar. Esta parece ser la vía tomada por el gobierno.

A. Proyecto del gobierno nacional

El Ministerio de Relaciones Exteriores, avalado por los Ministerios del Interior, de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior y por el Departamento Nacional de Planeación presentó, al Congreso un proyecto de reforma del siguiente tenor:

"Artículo 1: El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. Únicamente para obras públicas, reforma agraria y urbana o, en caso de desastre natural o de daño ecológico, la expropiación de inmuebles podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

El Gobierno Nacional, sobre la base de reciprocidad, podrá establecer a través de convenios internacionales, que la expropiación siempre esté sometida al pago de una indemnización justa y equitativa. Igual tratamiento deberá ser otorgado a los nacionales en Colombia.”

Como se observa, la norma, en primer término, limita la expropiación por vía administrativa a los casos enunciados y de esta manera consagra un punto que fue discutido en el Asamblea Nacional Constituyente y que no fue aprobado esencialmente por que consagraba expropiaciones de primera y segunda clase. En segundo término, permite la celebración de convenios internacionales en los que se pacte la obligación de reconocer una indemnización justa y equitativa en caso de expropiación.

Si bien el texto propuesto soluciona el obstáculo que se viene presentado, no deja de generar ciertas dudas. Para comenzar tenemos que la expresión “igual tratamiento deberá ser otorgado a los nacionales en Colombia” no es precisa, pues puede estar refiriéndose a los nacionales extranjeros que se encuentren en Colombia o a los nacionales colombianos.

Si se aplica la primera interpretación, el principio de igualdad de las cargas públicas se vería en peligro, pues basta imaginar que el Congreso decida expropiar sin indemnización un sector determinado, en

el cual haya colombianos y extranjeros que no son precisamente inversionistas, sino personas que por uno u otro motivo han decidido radicarse en Colombia y que pudieran invocar la existencia de un Convenio para reclamar una indemnización en procura de un enriquecimiento adicional y en detrimento de la equidad perseguida con la expropiación.

Si nos acogemos entonces a la segunda interpretación, en la práctica el inciso quinto del artículo 58 sería inocuo, pues no podría expropiarse sin indemnizar a los colombianos que hagan parte un grupo de personas compuesto por nacionales y extranjeros, considerando que los colombianos siempre van a invocar el trato igualitario previsto en el último inciso. En consecuencia, el campo de acción de la expropiación sin indemnización quedaría ostensiblemente reducido.

En este sentido no resulta congruente que la misma exposición de motivos presentada por el Gobierno rechace la expropiación sin indemnización en todos los casos, pero el texto presentado no lo contempla así y lo limita a las inversiones extranjeras protegidas por un acuerdo. Es así como se lee: "Visto en su integridad, el ordenamiento jurídico colombiano en relación con la expropiación sin indemnización por razones de equidad, no conserva armonía y más bien se contradice, porque la Constitución obliga a las autoridades a proteger, entre otras cosas, los bienes de quienes residen en el país, (artículo 2º, inciso 2º de la CP) y determina que la Ley impedirá la obstrucción o restricción de la libertad económica (artículo 333 inciso 4º de la C.P.). Por lo anterior, no parece acorde con nuestra tradición y con los valores culturales, sociales, morales y económicos, que se estatuya un mecanismo cuya aplicación vaya en contra de aquellas instituciones que consensualmente entendemos como justas, es decir el derecho a la propiedad privada, pilar del Estado moderno capitalista."

Coincidimos con las reflexiones anteriores y consideramos entonces, que la norma constitucional no debe contener ninguna referencia expresa a una eventual expropiación sin indemnización pues la expresión de la norma que regula la indemnización diciendo que "Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado" permite considerar en cada caso concreto si se trata de un nacional o de un extranjero amparado por un Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones y como tal con unos intereses

muy claros o, si existiendo una valorización proveniente de la expropiación en el caso que se trate de un colombiano o de un extranjero no inversionista, se encuentran debidamente satisfechos "los intereses de la comunidad y del afectado".

En todo caso, la consagración constitucional de una institución que permita la aplicación de dos normas de derecho diferentes a la misma situación de hecho no deja de presentar serias complicaciones, más aún si se tiene en cuenta que existen factores adicionales que pueden aumentar la incertidumbre, tales como la influencia del derecho internacional y el poder absoluto del Congreso de la República en cuanto a la consagración de las razones de equidad y de los motivos de utilidad pública frente a los cuales el poder judicial no puede pronunciarse, estando siempre en la disyuntiva de decidir si la ley dictada por "razones de equidad" es más o menos constitucional que aquélla que exige para los extranjeros el pago de una indemnización "justa y equitativa".

En tal sentido, teniendo en cuenta que la Constitución es el más serio de los instrumentos jurídicos y políticos, consideramos que sus reformas deben ser claras y completas como resultado de un estudio serio que no procure simplemente la solución de problemas coyunturales.

B. Discusión del proyecto de acto legislativo

Algunas de las reflexiones realizadas en torno a la norma propuesta por el gobierno, llevaron al Congreso a replantear los términos de la reforma y eliminar cualquier referencia a una eventual expropiación sin indemnización.

En primer término consideran los congresistas que el derecho moderno exige que se le reconozca una indemnización justa a quien haya sido despojado contra su voluntad del derecho de propiedad y expresan que "reconocer el pago de indemnización en todos los casos de expropiación, significa consagrar en nuestro ordenamiento constitucional un principio previsto en los ordenamientos constitucionales del mundo occidental, y establecido en el artículo 21, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica de 1969."⁸



⁸ GACETA DEL CONGRESO; Imprenta Nacional de Colombia, Año VII-No. 186; Santa Fe de Bogotá, D.C., viernes 18 de septiembre de 1998; página 6.

Como es lógico, el principal argumento de los congresistas que propusieron la supresión total de la institución es la necesidad de ser consecuentes con la idea de apertura económica y de sus implicaciones. En este sentido manifiestan: "nuestro país a partir de 1991, en el marco del proceso de apertura económica, inició una política de fomento a la inversión extranjera, la cual se sigue aplicando y desarrollando. Esta política comprende la adopción de un marco legal competitivo, la firma de acuerdos internacionales que permitan minimizar el riesgo político, y la implementación de un programa de promoción a la inversión extranjera en nuestro país."⁹

Así mismo, la exposición de motivos del acto legislativo propuesto, demuestra con cifras y estadísticas la enorme importancia de las inversiones extranjeras en nuestro país y su crecimiento en los últimos años, para concluir que definitivamente los inversionistas provenientes de otros Estados deben contar con una debida seguridad.

Por otra parte, en el último debate de la primera vuelta surtida en el Congreso, uno de los argumentos expuestos fue el de la calificación del riesgo de expropiación en Colombia con respecto de los demás países de América Latina cuyo promedio subió ostensiblemente en 1997.

Finalizados los debates en primera vuelta el texto aprobado es del siguiente tenor:

"Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.



⁹ GACETA DEL CONGRESO; Imprenta Nacional de Colombia, Año VII-No. 186; Santa Fe de Bogotá, D.C., viernes 18 de septiembre de 1998; página 6.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado.

En los casos en que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.”

En esta norma se conjugan la eliminación de la referencia expresa a la expropiación sin indemnización y la conservación del criterio que consulta los intereses de la comunidad y del afectado, todo lo cual permite la suscripción de acuerdos de protección a las inversiones en el ámbito internacional y la consideración de eventuales compensaciones entre el valor de los bienes parcialmente expropiados y el beneficio obtenido gracias a la intervención del Estado, tal como está válidamente consagrado en algunas legislaciones (Francia, Canadá, Guatemala, entre otras).

CONCLUSIONES

Desafortunadamente en nuestro país los problemas se solucionan por el camino, acudiendo normalmente a reformas legales o constitucionales que en algunos casos abren nuevos interrogantes que pueden suscitar conflictos aun más graves.

Vale la pena resaltar la reforma constitucional, que tal como ha sido planteada por el Congreso, constituye un avance importante en materia de derecho internacional, en virtud de que acoge los principios que son propios en la materia y resulta acorde con los antecedentes, los elementos y las interpretaciones dadas por la comunidad internacional, evitando eventuales conflictos y responsabilidades así mismo internacionales.

Sólo resta, como interrogante, la interpretación que se hará de la norma en el ámbito interno, para evitar que la protección del derecho de propiedad mediante las condiciones impuestas a la expropiación, se convierta en un mecanismo que permita el enriquecimiento injustificado de los particulares, por cuenta de un Estado que soporta enormes cargas.

