

# *Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación*



**Juan Jacobo Calderón Villegas\***

Recibido: febrero de 2005

Aprobado: mayo de 2005

## **INTRODUCCIÓN**

**L**os procesos de integración económica, cuya incidencia en los ordenamientos jurídicos domésticos es indudable, requieren ser abordados desde múltiples perspectivas a fin de comprender su significado y determinar sus alcances específicos. La regulación de la inversión extranjera ocupa un lugar fundamental en tales procesos debido a que de la manera en que la misma se estructure dependerá, en gran medida, la activación de la inversión en los diferentes Estados, en particular en Colombia y, en consecuencia, la intensidad con que operan los rasgos de la globalización económica.



\* Abogado de la Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Coordinador de la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: [juan.calderonvi@urosario.edu.co](mailto:juan.calderonvi@urosario.edu.co)

**Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(2): 92-123, julio-diciembre de 2005**

La finalidad de este trabajo, según se explica a continuación, consiste en establecer el influjo que la jurisprudencia constitucional ha tenido en la comprensión de algunos aspectos centrales de los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera suscritos por Colombia, y la forma en que tal jurisprudencia, en todo caso debatible y problemática, se relaciona con algunas de las características asociadas con un adecuado régimen de inversión extranjera.

Es importante advertir que el estudio que se presenta hace parte de las actividades de investigación que actualmente desarrolla la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario.

## 1. CUESTIÓN PROBLEMÁTICA

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de abordar en diversas ocasiones y, fundamentalmente, en sede del control abstracto de constitucionalidad, problemas relacionados, de una u otra manera, con el régimen jurídico que disciplina la inversión extranjera en Colombia. Tal constatación, considerando la importancia institucional del citado Tribunal, y el tipo de decisiones que en ejercicio de dicho control se encuentra legitimado para proferir, exige examinar el alcance de semejantes decisiones en orden a establecer su incidencia en el sistema normativo bajo el cual debe desarrollarse la inversión extranjera en Colombia.

Así las cosas, y considerando los breves comentarios que se presentan acerca de la relación entre globalización e inversión extranjera, en los siguientes apartes, en los que será posible destacar la importancia que la doctrina le ha conferido a la claridad, estabilidad y consistencia de la regulación en materia de inversión extranjera, este trabajo pretende describir el influjo que la interpretación del artículo 100 de la Constitución Política de Colombia realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1058 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) al determinar la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 473 del Código de Comercio,<sup>1</sup> puede suponer en relación con el sistema de reglas que actualmente



<sup>1</sup> El artículo 473 del Código de Comercio señala lo siguiente: "Cuando la sociedad tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de que trata el ordinal 5 del artículo anterior serán ciudadanos colombianos".

cobijan el desarrollo de la inversión extranjera en el país y, en particular, con las reglas contempladas en los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera.<sup>2</sup>

## 1.1 Precisión metodológica

A fin de abordar la cuestión acabada de señalar se seguirá el siguiente orden: en primer lugar se presentarán unas breves consideraciones relacionadas con la globalización y su relación con los órdenes jurídicos que disciplinan la inversión extranjera. Posteriormente se expondrá una breve síntesis del contenido de la sentencia C-1058 de 2003 describiendo, con tal objetivo, las razones que sostienen (*ratio decidendi*) la decisión que en la misma se acoge. Seguidamente se expondrá de manera breve el contenido general de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera determinando el comportamiento de la jurisprudencia constitucional en el examen de los mandatos de igualdad (trato nacional y cláusula de la nación más favorecida) contenidos en tales acuerdos. A continuación se presentarán algunas consideraciones acerca de la relevancia que el núcleo de la argumentación constitucional expuesta en la sentencia C-1058 de 2003 y referida a los alcances de la expresión “orden público” contenida en el artículo 100 de la Constitución, puede ostentar en la interpretación de los acuerdos de promoción y protección de la inversión adoptados por Colombia en el marco de sus relaciones internacionales. Para ello, se aludirá a la estrategia argumentativa desarrollada por la Corte Constitucional en tal sentencia a fin de definir el significado de la expresión orden público, se efectuará una aproximación crítica al núcleo de tal estrategia argumentativa y, finalmente, se hará una referencia específica a la incidencia de la misma en la interpretación de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera. Por último, se presentarán, a manera de conclusión, algunas observaciones generales de la cuestión analizada.

Es importante advertir que el presente ensayo no pretende formular una crítica orientada a definir la favorabilidad o no del proceso de inversión extranjera que actualmente se lleva a cabo en Colom-



<sup>2</sup> Pudo constatarse que para referirse a tales acuerdos en ocasiones se emplea la abreviatura APPI y en otras oportunidades, Bit's (Bilateral Investment Treaties).

bia. La finalidad, por el contrario, es efectuar un examen descriptivo y analítico –no prescriptivo o propositivo– de la interpretación de ciertas categorías relevantes para la inversión extranjera a la luz de las normas que la orientan. En este sentido, el objetivo consiste en exponer, así sea brevemente, el estado de la cuestión y precisar, a la luz de algunos conceptos útiles para el efecto, el tipo de argumentación que la ha abordado, la estructura de la misma y los problemas dogmáticos que plantea.

Adicionalmente, el trabajo permitirá establecer una de las maneras bajo las cuales la interpretación constitucional puede incidir en la comprensión de órdenes normativos *no reglados*<sup>3</sup> constitucionalmente y, en este sentido, tal y como ocurre en otros muchos casos, será posible constatar la manera en que se podrá producir o se ha producido el proceso de constitucionalización del derecho en Colombia y, en particular, del régimen jurídico de la inversión extranjera. En esa dirección será del caso verificar cómo tal proceso puede surtirse a través de cauces que incluso tienen la capacidad de *afectar* los compromisos que el Estado colombiano, en el marco de la globalización económica, ha adquirido o se encuentra en proceso de adquirir con el objeto de promover y proteger la inversión extranjera.

## 2. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA E INVERSIÓN EXTRANJERA

La globalización ha sido definida por Boaventura de Sousa Santos como “un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”.<sup>4</sup> Así, y dado que se trata de un proceso, su desarrollo no resulta inmediato y, por ello, la ampliación de la condición o entidad local podrá avanzar de manera gradual.

La globalización es de naturaleza compleja si se tiene en cuenta que su intensidad y su amplitud no se manifiestan de la misma manera



<sup>3</sup> Cuando empleo la expresión “no reglados”, no pretendo señalar que existan órdenes normativos infraconstitucionales que carezcan de toda regulación constitucional o que sean irrelevantes desde el punto de vista de la Constitución. Con ello quiero aludir a los órdenes normativos cuya regulación exhaustiva se encuentra, fundamentalmente, en normas infraconstitucionales.

<sup>4</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1999, p. 56. En el texto citado, Sousa Santos ofrece un esquema interpretativo complejo de los procesos de globalización e introduce categorías para su análisis que aluden, a su vez, a formas de globalización y que el mencionado sociólogo denomina a) localismo globalizado, b) globalismo localizado, c) cosmopolitismo, y d) la herencia común de la humanidad.

en todos los campos en que su actividad se evidencia. Como corolario de ello sus revelaciones económicas, políticas o jurídicas podrán ser interpretadas de diversas formas, a través de múltiples métodos y, en todo caso, con distintas finalidades. Ello supone, a su vez, que la revisión de los procesos de globalización pueda conducirse por caminos que la rechazan, que la aceptan o que pretenden, simplemente, describirla.

Desde el punto de vista económico, parece posible afirmar que la globalización se inscribe en un modelo económico que confiere una importancia central a la existencia de mercados amplios. A partir de allí se deriva que la globalización económica se traduce en la existencia de economías y empresas nacionales o transnacionales altamente dependientes que requerirían, entre otras cosas, a) la ampliación mundial de los procesos productivos; b) el incremento de las relaciones comerciales interestatales; c) la eliminación de los obstáculos a los procesos de oferta y demanda en tanto los mismos, para ser eficientes, requieren ser fluidos; d) la existencia de medios de transporte y de comunicación adecuados; e) la protección de la propiedad privada, y f) la configuración de garantías suficientes que proporcionen seguridad a los programas de inversión.

Así las cosas, el desarrollo de los procesos de inversión en un sistema económico anclado en un proceso de globalización se torna necesario si lo que se pretende es construir espacios comerciales y productivos suficientemente dilatados. A esta consideración, que destaca la importancia de la inversión, se anuda otra según la cual, como lo ha sostenido algún sector de la doctrina, la inversión extranjera tiene la aptitud de concretarse en la generación de beneficios tales como: a) la acumulación de capital en el país anfitrión de la inversión, b) el desarrollo del mercado doméstico, c) la inserción de las empresas del Estado receptor de la inversión en los mercados internacionales, y d) la innovación y el desarrollo tecnológico.<sup>5</sup>



<sup>5</sup> Sobre el particular puede consultarse Agudelo, María Isabel, "La inversión extranjera en la macroeconomía colombiana (1990-1995)", en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, pp. 214 y ss. Sobre la importancia de la inversión extranjera el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) 3135 del 9 de octubre de 2001 señaló lo siguiente: "La inversión extranjera aumenta el acervo de capital del país, actúa como fuente de financiamiento externo y complementa el ahorro interno. También crea una transferencia de tangibles e intangibles que aporta tecnología, capacitación y entrenamiento de la fuerza laboral, genera empleo, desarrolla procesos productivos y fortalece los lazos de comercio y la capacidad exportadora del país, haciéndolo más competitivo". En un sentido similar pueden examinarse, entre otros, los documentos Conpes 3197 del 26 de agosto de 2002 y 3079 de junio de 2000.

Es en dicho contexto en el que la regulación de la inversión extranjera<sup>6</sup> puede adquirir especial relevancia y, por esa vía, resulta posible detectar la injerencia que el proceso de globalización económica adquiere en las estrategias y formas jurídicas que un Estado adopta.<sup>7</sup> En efecto, el tipo de regulación vinculado con la inversión extranjera exige la configuración, con un mayor grado de intensidad, de características que, en general, cabría requerir de cualquier ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, y haciendo referencia a la regulación exigida para estos casos, se ha señalado por parte de la doctrina que la necesidad de seguridad jurídica en el marco de la inversión extranjera puede optimizarse si se garantiza: “(i) la claridad de las normas legales y la facilidad para su cumplimiento, (ii) la consistencia normativa y la permanencia de las instituciones jurídicas, (iii) el acceso a un sistema de justicia eficiente, y (iv) la neutralidad y prontitud de las decisiones del estado”;<sup>8</sup> por ello podría sostenerse que de la manera en que tal regulación se active dependerá en gran medida la decisión de inversión extranjera en un Estado determinado.<sup>9</sup>



<sup>6</sup> En este lugar, dada su claridad, y aunque no se desconoce la diversidad de opiniones y regulaciones sobre el particular, se acoge la definición de inversión extranjera propuesta por María Isabel Agudelo; según su opinión, la inversión extranjera consiste en *la transacción según la cual se adquieren activos por parte de un agente económico fuera de su propio país*. Agudelo, *op. cit.*, p. 211.

<sup>7</sup> Este fenómeno podría ser explicado como una forma de globalismo localizado siguiendo la terminología del profesor Boaventura de Sousa Santos. Según este autor, tal forma de globalización “Consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”. De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 57. La profesora Adriana Zapata de Arbeláez ha destacado, en la introducción de su artículo “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, lo siguiente: “Desde siempre se ha reconocido la importancia de la inversión extranjera para el desarrollo económico de los Estados, bien sea que se trate de la recepción o de la exportación de capitales. El tema adquiere mayor interés en la hora actual, cuando los estudiosos hablan de economías globalizadas e interdependientes, las cuales reposan sobre el presupuesto de la movilidad internacional de los flujos de riqueza como elemento que facilita los intercambios comerciales y tecnológicos”. Zapata, Adriana, “Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana”, Bogotá, Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II, 2000, p. 127.

<sup>8</sup> Lara Urbaneja, Jorge, “La inversión extranjera en el marco del TLC”, en *Aproximación jurídica al TLC*, Bogotá, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, 2005, pp. 215 y ss. El profesor Esteban Restrepo Uribe ha señalado sobre el particular lo siguiente: “Si la decisión de un país es atraer la inversión extranjera, como una de sus políticas de desarrollo, el gobierno debe considerar una serie de variables que incluyen la necesidad de disponer de unas reglas claras, más o menos estables. En este sentido es claro que los mecanismos de protección y garantía juegan un papel determinante porque sirven para clarificar y determinar el marco regulatorio de la inversión extranjera”. Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos multilaterales de protección (MIGA, ICSID y OPIC)”, en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>9</sup> Adriana Zapata Arbeláez sostiene a este respecto lo siguiente: “No se concibe la realización de una inversión internacional en la cual el inversionista ignore o se despreocupe por el marco regulatorio local a que se someterá su inversión. Por el contrario, es el conocimiento del conjunto de reglas y normas vigentes favorables, entre otros importantes aspectos, lo que lo determina a una decisión de inversión”. Zapata Arbeláez, *op. cit.*, p. 163. Así mismo, Esteban Restrepo Uribe, citando a Shihata, expresa sobre el particular: “Según Shihata, uno de los principales puntos que tienen en cuenta los inversionistas al decidir

De esta breve síntesis introductoria pueden extraerse las siguientes conclusiones: 1) La globalización económica es un proceso en curso. 2) Dadas las necesidades de expansión de los mercados que tal proceso supone, la inversión extranjera parece desplegar un papel importante para dicho proceso. 3) Se ha estimado que para que la inversión extranjera alcance un desarrollo óptimo en el marco del mencionado proceso de globalización, es indispensable no sólo que exista i) un sistema de reglas sino también, ii) que dicho sistema se caracterice a) por su claridad, consistencia y estabilidad, y b) por contar con mecanismos imparciales y eficientes para hacer exigibles sus contenidos.

### **3. LA SENTENCIA C-1058 DE 2003 Y LA DEFINICIÓN DEL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “ORDEN PÚBLICO” COMO FUNDAMENTO PARA ESTABLECER DISTINCIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS**

El contenido normativo del artículo 473 del Código de Comercio, cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-1058 de 2003, puede establecerse de la siguiente manera: a) en aquellos eventos en que una sociedad extranjera b) tenga por objeto explotar, dirigir o administrar c) un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, d) el representante y los suplentes que tal sociedad debe designar, a fin de que represente a la misma en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país, e) deberán ser ciudadanos colombianos.

El problema que la Corte Constitucional debió solucionar en la citada sentencia comportaba la necesidad de definir si la restricción impuesta a los ciudadanos extranjeros, consistente en no poder actuar como representantes –o suplentes de representantes– de sociedades extranjeras que tuvieran como objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público, resultaba compatible con los mandatos de igualdad contenidos en la Constitución.

---

sobre una inversión extranjera determinada son sus percepciones sobre los riesgos políticos a los que estarán sujetas sus inversiones. En otras palabras, para un inversionista es fundamental determinar hasta qué punto puede llegar a verse sujeto a tratamientos impredecibles y arbitrarios. En este sentido, para poder atraer inversión extranjera un Estado debe buscar proveer un escenario con reglas claras y relativamente estables sobre el tratamiento a las inversiones extranjeras”. Restrepo Uribe, *op. cit.*, p. 9.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(2): 92-123, julio-diciembre de 2005*

Para solucionar la cuestión planteada, la Corte Constitucional desarrolló un razonamiento compuesto, fundamentalmente, por cinco pasos.

a) En un primer paso de su argumentación, la Corte realizó previamente un análisis de las premisas interpretativas que, desde el punto de vista de los enunciados contenidos en los artículos 13 y 100 de la Constitución, debían ser tenidas en cuenta al momento de determinar la admisibilidad constitucional de las distinciones entre nacionales y extranjeros. Tales premisas fueron formuladas en los siguientes términos:

3.5. En conclusión, con relación al análisis del derecho a la igualdad de los extranjeros pueden señalarse los siguientes parámetros jurisprudenciales:

3.5.1. Si bien el derecho a la igualdad prohíbe discriminar contra los extranjeros, dicho derecho no opera de la misma manera para los nacionales y los extranjeros, pues éstos no tienen derechos políticos, salvo las excepciones constitucionales que llegue a desarrollar la ley, y sus derechos civiles pueden ver subordinados o negados por razones de orden público.

3.5.2. Para efectos de preservar el derecho de igualdad *debe precisarse si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros*, tal como lo señala el artículo 100. De lo contrario, *debe establecerse si la distinción establecida por el legislador es un trato razonable constitucionalmente*, en virtud del artículo 13 y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

3.5.3. *Las razones de orden público* para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros *no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta*, pues las restricciones a los derechos fundamentales deben ser (i) *expresas*, (ii) *necesarias*, (iii) *mínimas* e (iv) *indispensables*, y (v) *estar dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas en una sociedad democrática*.

3.5.4. En todo caso *la intensidad del juicio de igualdad* en casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros *dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta por analizar*<sup>10</sup> (énfasis agregado).

En relación con el examen constitucional de igualdad en aquellos eventos en los que el criterio de diferenciación a efectos de repartir, entre otras cosas, derechos, cargas o bienes, lo constituye el origen nacional y, en particular, la calidad de nacional colombiano o extranjero, es posible verificar la construcción por parte de la Corte Constitucional de dos reglas, a saber:



<sup>10</sup> Es importante señalar que las consideraciones transcritas fueron aceptadas expresamente por dos de los salvamentos de voto que algunos de los magistrados formularon a la sentencia C-1058 de 2003. En efecto, los magistrados Monroy Cabra y Montealegre Lynett señalaron: "Nuestra posición está conforme con la argumentación inicial de la sentencia pero difiere respecto de la decisión final adoptada". De igual manera, el magistrado Cepeda Espinosa indicó lo siguiente: "Pese a estar de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales acerca de los alcances del derecho constitucional a la igualdad de los extranjeros, reiterados en las consideraciones de la sentencia hasta el numeral tercero, inclusive, no comparto la declaratoria de exequibilidad pura y simple de los apartes acusados".

(i) En aquellos eventos en los que la distinción entre nacionales y extranjeros se apoye en una razón de *orden público*, ésta deberá encontrarse debidamente fundamentada en premisas no abstractas y, en todo caso, las restricciones que se impongan a los derechos de unos y otros deberán ser expresas, necesarias, mínimas, indispensables y dirigidas a la consecución de finalidades constitucionales legítimas. La intensidad del examen efectuado en este supuesto podrá afectarse por los derechos en juego y por las circunstancias concretas del caso.

(ii) En los eventos en los que la distinción entre nacionales y extranjeros no se fundamente en una razón de *orden público*, deberá establecerse que las restricciones se ajusten a lo señalado en el artículo 13 de la Constitución y, en especial, a las pautas hermenéuticas desarrolladas en la jurisprudencia constitucional. De conformidad con lo anterior, deberá establecerse si la restricción constitucional del derecho a la igualdad requiere ser analizada a través de un juicio débil, intermedio o estricto, de igualdad<sup>11</sup> para, a partir de allí, determinar su admisibilidad constitucional.

b) En un segundo paso del razonamiento, la Corte Constitucional establece el concepto y las condiciones bajo las cuales puede operar el orden público como razón que justifique una restricción del derecho a la igualdad. Allí la Corte señala, incluso recordando su jurisprudencia anterior, i) que el orden público es un supuesto básico consistente en la obediencia generalizada de las normas que confieren y garantizan las libertades (fundamento jurídico 3.4.1); ii) que cuando se alude al orden público “no se trata entonces tan sólo de una manera de hacer referencia ‘a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir’; más allá de esto, el orden público en un Estado social de derecho supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos” (fundamento jurídico 3.4.1), y iii) que “las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros no se pueden invo-



<sup>11</sup> Debe señalarse que el tratamiento constitucional del derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme. En particular, y en relación con la diferencia de criterios a fin de desarrollar los juicios de igualdad, pueden compararse las sentencias C-093 de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y C-673 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

car en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta” (fundamento jurídico 3.4.4).

c) En un tercer nivel del argumento, y considerando que en el paso anterior había vinculado el concepto de orden público con la dimensión social del Estado, la Corte Constitucional destaca el papel que cumple la noción de servicio público a la luz de tal dimensión para señalar, en consecuencia, que la relevancia del mismo “se manifiesta en el propio texto constitucional en el que se otorgó especial importancia a esa materia al establecer que dichos servicios *son inherentes a la finalidad social del Estado* y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.)” (fundamento jurídico 4.3).

d) En un cuarto paso, y como punto decisivo de su argumento, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

Nótese que partiendo de la relación jurídica específica a la que hace referencia el artículo 473 del Código de Comercio (el mandatario de las sociedades extranjeras), teniendo en cuenta las funciones que a éste se confieren y advirtiendo la importancia otorgada a los servicios públicos por la Constitución, el impacto social y económico de las decisiones que pueden llegar a tomar las personas que ejerzan estos cargos en sociedades extranjeras dedicadas a la explotación de los servicios públicos en Colombia, puede ser de tal magnitud que se afecte el orden público, aspecto éste que fundamenta la restricción impuesta a los extranjeros en estos casos.

e) Finalmente, y de manera que mereció la crítica concreta del magistrado Cepeda Espinosa en su salvamento de voto, la Corte concluye que la restricción impuesta a los extranjeros por el artículo 473 del Código de Comercio i) es específica y concreta, ii) persigue un fin constitucionalmente legítimo, y iii) es proporcional a la finalidad perseguida. Tales razonamientos permitieron, en consecuencia, que se declarara la constitucionalidad del artículo mencionado.

Es importante señalar por ahora, y para los efectos del análisis posterior, que la decisión de la Corte se sostiene fundamentalmente en la incorporación de una noción material de servicio público en el ámbito semántico de la expresión “orden público”. A partir de allí, su esfuerzo argumentativo pareció disminuir dado que la carga de razonamiento constitucional para fundamentar la restricción no parecía ser excesivamente compleja.

En seguida, y de conformidad con la metodología definida con anterioridad, es pertinente detenerse en la manera como la decisión examinada puede incidir en el alcance del contenido de algunos

de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera suscritos por Colombia. Con dicha finalidad, de una parte se enunciarán los aspectos generales relacionados con los denominados acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera y, de otra, se aludirá a algunas cuestiones específicas abordadas por la Corte Constitucional en la revisión de los acuerdos de tal naturaleza suscritos por el Estado colombiano con Chile, Perú, Cuba y Gran Bretaña. Ello permitirá definir la incidencia específica en los acuerdos ya citados, de la interpretación constitucional desarrollada en la sentencia C-1058 de 2003.

#### **4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

##### **4.1 Contenido básico de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera<sup>12</sup>**

Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera se constituyen en un mecanismo bilateral orientado a la definición de reglas jurídicas claras encaminadas al establecimiento de las condiciones bajo las cuales los nacionales de los Estados que suscriben el acuerdo pueden desarrollar inversiones extranjeras en cada uno de los Estados.<sup>13</sup>



<sup>12</sup> El Documento Conpes 3135 del 9 de octubre de 2001, por medio del cual se establecieron los lineamientos de política para las negociaciones internacionales de Acuerdos de Inversión Extranjera, describió el estado de las negociaciones para tal época en los siguientes términos: “En el ámbito bilateral, y a partir de 1994, Colombia comenzó una política de negociación que ha dado como resultado la firma de acuerdos con Perú (1994), Cuba (1994), Reino Unido (1995), España (1995) y Chile (2000). De un grupo de 40 países con los que se ha establecido contacto, se han iniciado negociaciones con Alemania, Francia, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Holanda y China. Estas negociaciones se encuentran suspendidas por algunos de los criterios de negociación que aplica el país hasta el momento. Es importante resaltar que mientras Colombia cuenta apenas con cinco acuerdos suscritos, países vecinos y competidores en materia de atracción de inversión extranjera, como Perú, Chile y Bolivia, cuentan con 23, 29 y 18 acuerdos suscritos respectivamente”.

<sup>13</sup> Sobre el origen de este tipo de acuerdos la doctrina ha explicado lo siguiente: “El contexto económico del surgimiento de los APPI es el nuevo orden económico internacional implantado en los años sesenta y consolidado en los setenta. A raíz de las amenazas a que estaban confrontados los países exportadores de inversión frente a la avalancha de nacionalizaciones que se produjeron como consecuencia del establecimiento del nuevo orden económico internacional, los países industrializados, para proteger la inversión directa que proyectaban realizar principalmente en países en vía de desarrollo, buscaron un mecanismo de obtención de garantías mínimas para poder realizar las inversiones dentro de un ambiente jurídico seguro”. Lizarazo Rodríguez, Liliana, “Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI), en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, op. cit., pp. 93 y ss.

Tales acuerdos, una vez se revisa la estructura de los mismos, tienen como objeto proveer a la inversión extranjera de condiciones seguras que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza para los inversionistas. La reducción de los riesgos políticos que pueden influir en los procesos de inversión constituye, de una u otra forma, la finalidad de tales acuerdos.

Por vía de ejemplo, y considerando que, en general, la estructura de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera que ha suscrito Colombia es similar si se tiene en cuenta que a través de un número reducido de cláusulas se regulan el mismo tipo de asuntos, es posible examinar, como ejemplo, el acuerdo que en esta materia fue suscrito entre Colombia y Perú.<sup>14</sup>

En las cláusulas de tal acuerdo se consignan algunas definiciones para la adecuada interpretación del tratado, se prevé un mandato general de promoción, protección y admisión de la inversión extranjera, se contemplan reglas generales sobre el tratamiento de la inversión en las que se señalan obligaciones de trato justo y equitativo para los inversionistas, la prohibición de discriminaciones y el deber de respetar la totalidad de los compromisos que cualquiera de los Estados haya adquirido con inversionistas de otro Estado.<sup>15</sup>

Los acuerdos estipulan el principio de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida contemplando, a su vez, los supuestos constitutivos de las excepciones de aquél y de ésta, entre las que cabe destacar la inexistencia de la obligación de extender a los inversionistas del Estado con quien se suscribe el acuerdo las preferencias, los privilegios o tratos que hayan tenido origen a) en cualquier unión aduanera, mercado común, zona de libre comercio o acuerdo internacional similar, existente o que exista en el futuro, en el cual sea o llegue a ser parte alguno de los Estados; b) en cualquier acuerdo o arreglo relacionado total o principalmente con tributación, o c) en cualquier legislación doméstica que se relacione total o principalmente con tributación.



---

<sup>14</sup> Esto no implica que no existan diferencias importantes entre el contenido de los diferentes acuerdos en materias relacionadas, por ejemplo, con la definición de inversión.

<sup>15</sup> El Decreto 2080 de 2000, modificado por el Decreto 1844 de 2003, establece en su artículo 2, y en un sentido similar, la siguiente disposición: "La inversión de capital del exterior en Colombia será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes. En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales".

Adicionalmente, definen la obligación de garantizar la libre transferencia de los pagos relacionados con la inversión, contemplando como restricción a tal libertad los eventos en que el Estado receptor de la inversión tenga dificultades con su balanza de pagos. En todo caso, el acuerdo expresa que tales restricciones pueden actualizarse de forma temporalmente limitada, con sujeción a la buena fe, a la equidad y a la igualdad.

Los convenios a los que se hace referencia delimitan también las condiciones bajo las cuales se puede llevar a cabo la expropiación de una inversión, y la cuantía y las condiciones de pago de la indemnización debida.<sup>16</sup> En el mismo contexto, prevén reglas relacionadas, entre otras cosas, con la compensación debida a los inversionistas extranjeros por las pérdidas sufridas con ocasión de guerras, insurrección o cualquier otro evento semejante.

De conformidad con el texto del Tratado, si un Estado parte o su agente autorizado hace un pago a uno de sus inversionistas como consecuencia de la existencia de una garantía que ampara el riesgo no comercial de la inversión, el Estado receptor de la inversión debe reconocer que en relación con el Estado o agente autorizado del mismo que procede a efectuar el pago, opera la subrogación en todos los derechos del inversionista inicialmente afectado.

Por otra parte, el acuerdo delimita su vigencia temporal definiendo las inversiones que son cubiertas por su regulación; contempla los mecanismos de solución de controversias, según que la diferencia que se presente tenga ocurrencia a) entre un Estado Parte y un inversionista, o b) entre los Estados Partes, y determina las condiciones de su entrada en vigor, su duración y las formas en que puede acaecer su terminación.



<sup>16</sup> La sentencia C-008 de 1997 declaró inexecutable el artículo 7 del Acuerdo de Promoción y Protección Integral suscrito entre Colombia y Perú debido a que desconocía la posibilidad, contemplada antes de la aprobación del acto legislativo que reformó el artículo 58 de la Constitución, de proceder a la expropiación sin indemnización alguna. Tal decisión determinó la separación de algunos de los magistrados de la Corte Constitucional de tal declaratoria. Esta separación ya se había producido en la sentencia C-358 de 1996 con ocasión de la revisión constitucional de un acuerdo semejante suscrito entre Colombia y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Es importante indicar que la sentencia C-961 de 2003 estableció la constitucionalidad del Protocolo Modificatorio Adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú.

## **4.2 Constitucionalidad de las disposiciones de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera relacionadas con el principio de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida**

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad, en diversas ocasiones, de examinar la constitucionalidad de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera suscritos por Colombia con otros Estados.

Para el análisis que aquí se pretende resulta del caso referirse, exclusivamente, al tipo de condicionamiento que la Corte Constitucional ha introducido a la comprensión del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida. Para ello será necesario detenerse en el contenido y las exigencias de aquél y de ésta.

Sobre el principio del trato nacional la doctrina ha enseñado:

El trato nacional significa que los nacionales de un país deben ser tratados en el territorio del otro a los efectos convenidos (propiedad literaria y artística, derechos de autor, ejercicio del comercio, o de profesiones liberales) como si fueran nacionales de este último. No hay discriminación entre los nacionales y los extranjeros procedentes de un determinado país.<sup>17</sup>

Considerando lo anotado, en la interpretación del principio de trato nacional debe considerarse a) que el mismo tiene como punto de partida una relación entre nacionales y extranjeros, y b) que de la exigencia general de trato igual se deriva una prohibición de discriminación. Ello supone que a efectos de definir la existencia o no de una violación del mencionado principio requiere constatar, de una parte, que existe un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros en la materia regulada y, de otra, que tal diferenciación carece de justificación. Ello resulta evidente si, como se deduce de la jurisprudencia constitucional relacionada con el derecho a la igualdad, y de las consideraciones de la doctrina acerca del trato nacional, un *tratamiento discriminatorio no es lo mismo que un tratamiento diferenciado*.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho internacional público*, Bogotá, Temis, 1998, p. 310. Según Adriana Zapata de Arbeláez, "La doctrina del trato nacional, aún vigente, preconiza para los extranjeros el mismo trato que las leyes reconocen a los nacionales, impidiendo con ello el tratamiento discriminatorio, que se considera en sí mismo como otro principio del derecho internacional". Zapata, *op. cit.*, p. 154.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 155. En general puede señalarse que un tratamiento discriminatorio es aquél diferenciado sin una justificación suficiente para ello.

La cláusula de la nación más favorecida se actualiza cuando un Estado, “por medio de una estipulación contractual se obliga a hacer extensivos al otro Estado contratante los beneficios que haya concedido o que conceda en lo futuro a un tercer Estado”.<sup>19</sup> Así mismo, se ha dicho sobre tal cláusula que la misma “cumple un papel similar al del trato nacional en el sentido de que genera una igualdad no ya respecto de las inversiones locales sino entre los inversionistas extranjeros de distintos países”.

A través de esta cláusula se pretende exigir que los Estados Parte en el acuerdo se confieran entre sí el mismo tratamiento que cada uno de ellos otorga a terceros Estados. En este sentido, tal y como lo señala Zapata de Arbeláez “No puede aquí hablarse de eliminación del tratamiento discriminatorio sino más bien de homogeneizar el tratamiento o de eliminar los tratamientos diferenciales”.<sup>20</sup>

Por ello, el análisis que debe abordarse a fin de verificar la correcta aplicación de esta cláusula requiere determinar a) la existencia de acuerdos de los Estados Partes del Convenio con otros Estados que regulen materias semejantes a las contenidas en este último, y b) establecer si el trato más favorable conferido a esos terceros Estados ha sido extendido a aquellos que son parte del Convenio correspondiente.

Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del acuerdo entre el gobierno 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, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1994, y de la Ley 246 de 1995, aprobatoria de tal tratado, la Corte Constitucional señaló, al referirse a la constitucionalidad de los artículos 3, 4, 8 y 12 de dicho acuerdo en los que se regulaba el alcance del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida:



<sup>19</sup> Gaviria Liévano, *op. cit.*, p. 308. Marcela Anzola Gil, en el marco de su exposición sobre la cláusula de la nación más favorecida en el G3, ha expresado lo siguiente: “La cláusula de nación más favorecida es una institución mediante la cual el Estado que la otorga se obliga a extender al Estado beneficiario de la misma todas las ventajas que concedió o concederá en el futuro a un tercer Estado –denominado Estado más favorecido– en los mismos términos que a éste último, y sin que sea preciso un nuevo acuerdo. De acuerdo con Díez de Velasco, la cláusula tiene un contenido variable y relativo, ya que el beneficio concedido depende de los que se hayan concedido o concedan al Estado más favorecido, y depende también de que se mantenga o de que varíen o no los beneficios otorgados”. Anzola Gil, “Las normas de inversión en el marco de la Comunidad Andina y G-3”, en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, pp. 69 y 70.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 156.

La Corte Constitucional encuentra que los principios consagrados en los artículos 3°, 4°, 8° y 12 del Tratado se ajustan a las normas de la Constitución Política de Colombia. En efecto, estas normas desarrollan los postulados contenidos en el artículo 13 de la Carta, en el que se consagra el principio de igualdad y se prohíbe toda discriminación de carácter arbitrario, y, especialmente, en el artículo 100 del Estatuto Superior, en donde se establece que, en Colombia, los extranjeros disfrutarán de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, si bien debe advertirse, con arreglo a la misma norma, que «la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros».

Por ello, en un Tratado Internacional no se podría impedir al legislador colombiano hacer uso de esta atribución cuando se configuren las circunstancias que la norma constitucional contempla.

Esta Corporación considera pertinente precisar, entonces, que las cláusulas de tratamiento nacional y de la nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros.<sup>21</sup>

De las consideraciones del aparte jurisprudencial citado se desprende una de las razones de la decisión (*ratio decidendi*) adoptada en la sentencia C-358 de 1996 consistente en estimar que no obstante los mandatos de igualdad contenidos en los tratados internacionales constitutivos de acuerdos para la promoción y protección de la inversión extranjera, el Estado colombiano no pierde la competencia para imponer las restricciones a que haya lugar en desarrollo del artículo 100 de la Constitución.

Tal razón se reprodujo en sentencias posteriores de la Corte Constitucional. Así ocurrió, 1) en la sentencia C-379 de 1996 en la que se llevó a cabo la revisión constitucional de la Ley 245 del 29 de diciembre de 1995, por medio de la cual se aprobó el “Convenio entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República de Cuba sobre promoción y protección recíproca de inversiones”, suscrito el 16 de julio de 1994; 2) en la sentencia C-008 de 1997 que examinó la constitucionalidad del “Convenio entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República del Perú sobre promoción y protección recíproca de inversiones”, suscrito el 26 de abril de 1994 y de la Ley 279 del 13 de mayo de 1994 por medio de la cual se aprobó



<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-358 de 1996, MM. PP. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. Estos apartes corresponden al literal b del Literal C (Consideraciones de Fondo) de la sentencia. Esta formulación de la Corte se tradujo en la parte resolutive de la sentencia en los siguientes términos: “Segundo. De acuerdo con lo advertido en la parte motiva de esta providencia, las cláusulas de tratamiento nacional y de la Nación más favorecida, contenidas en el Convenio bajo examen, quedan sujetas a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros. *Sólo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado en obligarse por el Tratado*”.

dicho Convenio, y 3) en la sentencia C-494 de 1998 que abordó el examen de la constitucionalidad de la Ley 437 del 17 de febrero de 1998 por medio de la cual se aprobó el “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito el 9 de junio de 1995”.<sup>22</sup>

En la sentencia C-294 de 2002, con ocasión de la cual la Corte Constitucional desarrolló la revisión constitucional de la Ley 672 de 2001 por medio de la cual, entre otras cosas, se aprobó el Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de las inversiones, la Corte Constitucional pudo constatar que en el Canje de Notas Aclaratorio existía un oficio por medio del cual el ministro de Relaciones Exteriores de Colombia indicó que “para efectos del Acuerdo nada de lo dispuesto en éste se puede interpretar en el sentido de impedir que una parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar el orden público”. Tal aclaración evitó que, conforme a su jurisprudencia, la Corte Constitucional, en la parte resolutive de la sentencia, hubiese debido efectuar una declaración semejante a la contemplada en las sentencias mencionadas en el párrafo que antecede.<sup>23</sup>

A la luz del balance normativo y jurisprudencial que se ha presentado es factible concluir que la Corte Constitucional no encuentra compatible con la Constitución, y en especial con el artículo 100 de la misma, que la suscripción de un acuerdo bilateral tenga como efecto suprimir la competencia del Estado colombiano de establecer restricciones al derecho a la igualdad, fundadas en razones de orden público, cuando tal derecho tiene como ámbito de acción las relaciones entre nacionales y extranjeros.



<sup>22</sup> En esta oportunidad, el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia declaró lo siguiente: “De acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, los artículos IV y VIII del Acuerdo bajo examen, quedan sujetos a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución Política consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros y sólo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por el Acuerdo subexamine”.

<sup>23</sup> En la sentencia C-961 de 2003 la Corte Constitucional llevó a cabo la revisión constitucional del Protocolo Modificatorio Adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú, hecho en Lima el 7 de mayo 2001, y de la Ley 801 de 2003. A través de dicho protocolo se dispuso, entre otras cosas y en acatamiento al precedente constitucional articulado a partir de la sentencia C-358 de 1996, lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en el Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú por el cual se promueven y protegen las inversiones, celebrado en Lima el 26 de abril de 1994, ni lo dispuesto en el presente Protocolo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar el orden público”.

De conformidad con lo expuesto, resulta entonces procedente determinar los efectos que la vinculación a) del precedente constitucional que se ha podido identificar en este capítulo, con b) la razón esencial que orientó la declaratoria de constitucionalidad simple del artículo 473 del Código de Comercio, puede producir en la interpretación del contenido de los mandatos de igualdad desarrollados en los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera.

## **5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXPRESIÓN “ORDEN PÚBLICO” A LA LUZ DE LA SENTENCIA C-1058 DE 2003 COMO RAZÓN DEFINITIVA PARA ESTABLECER DISTINCIONES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES ENTRE INVERSIONISTAS NACIONALES Y EXTRANJEROS. SU RELEVANCIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

### **5.1 Fundamentos y efectos de las estrategias interpretativas desarrolladas en la sentencia C-1058 de 2003**

El orden público como razón habilitante para la fijación de restricciones al derecho a la igualdad entre extranjeros y nacionales es indiscutible constitucionalmente. En efecto, el artículo 100 de la Constitución, en su primer inciso, establece que *la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.*

Es claro que la expresión orden público se encuentra cargada de una indeterminación semántica<sup>24</sup> considerable dado que la definición de su significado es altamente compleja. Ello conduce a que el campo de acción de las restricciones fundadas en razones de orden público deba ser cuidadosamente controlado para evitar que el mandato constitucional de igualdad pierda todo su significado en aquellos eventos en los que se plantea la acción de tales razones a



<sup>24</sup> El profesor Carlos Santiago Nino, en un texto que fuera publicado después de su muerte, y al referirse a la conexión interpretativa entre moral y derecho, contempla las diversas formas de indeterminación semántica que pueden operar. Entre ellas la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje. Para el efecto, puede consultarse, Nino, Carlos Santiago, *Derecho moral y política – Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, 1994, pp. 92 y 93.

fin de justificar distinciones entre nacionales o extranjeros.

La sentencia C-1058 de 2003 establece dos estrategias argumentativas a fin de conseguir la limitación de la capacidad restrictiva de la expresión orden público. De una parte, y dado el contenido normativo de la disposición cuya constitucionalidad se evaluaba, a) relaciona directamente, a partir del examen de la dimensión social del Estado, el concepto de orden público con el concepto de servicio público de forma tal que en los eventos en que está en juego la prestación de un servicio público existen razones de orden público que justificarían una distinción entre nacionales y extranjeros y, de otra, b) determina las condiciones que deben satisfacer las restricciones del derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros indicando que las mismas deben ser expresas, necesarias, mínimas, indispensables y dirigidas a la consecución de finalidades constitucionales legítimas.

En general, la segunda de las estrategias mencionadas puede resultar admisible dado que, considerando la existencia de una norma constitucional expresa que determina las condiciones de actualización del derecho a la igualdad cuando se trata de la relación entre nacionales y extranjeros, formula un juicio de constitucionalidad de las restricciones compatible, *prima facie*, con la estructura de principio que ostenta la norma que confiere el derecho a la igualdad. No obstante, resulta dudoso el empleo al mismo tiempo de categorías como “necesidad” e “indispensabilidad” que, a la luz del juicio de proporcionalidad, aludirían a un mismo nivel de la argumentación.<sup>25</sup>

No empero lo anterior, la primera estrategia que se ha mencionado, y que hace parte de la razón de la decisión adoptada en la sentencia, resulta objetable al menos por dos razones. En primer lugar, porque para definir un concepto como el de orden público, con un nivel amplio de indeterminación semántica, se vale de otro cuya naturaleza es similar y cuyos contornos específicos pueden ser ampliamente debatidos por la comunidad jurídica, tal y como ocurre con la expresión “servicio público”. Por esa vía, en segundo lugar, se niega la posibilidad de concretar con un nivel mayor de objetividad las razones que podrían invocarse como orden público y, en esta medida, se deja abierto un dilatado campo de apreciación e interpreta-



<sup>25</sup> Es importante destacar que, en su salvamento de voto, el magistrado Cepeda Espinosa expone con claridad las equivocaciones interpretativas –si se quiere dogmáticas– en que incurrió la Corte al desarrollar el juicio de igualdad en esta sentencia.

ción que podría afectar la integridad del derecho a la igualdad como mandato de optimización.

La interpretación que se comenta tiene dos efectos evidentes que, en todo caso, y desde el punto de vista de las finalidades perseguidas por los ordenamientos normativos que regulan la inversión extranjera, serían valorados negativamente. De una parte, a) producto de la indefinición jurisprudencial propiciada por la interpretación amplia del concepto de orden público, las posiciones que, en principio, podrían adscribirse al mandato de igualdad entre nacionales y extranjeros quedan en situación de grave inestabilidad y, de otra, b) las pretendidas características de estabilidad, coherencia y claridad de las disposiciones que regulan la inversión extranjera quedan diluidas debido a que a través de la interpretación de la expresión orden público, con apoyo en su asimilación parcial a la categoría de servicio público, podrían fundamentarse un número importante de restricciones no completamente previsibles.

A fin de comprender con mayor claridad los efectos de la primera estrategia argumentativa empleada por la Corte Constitucional, y a la que ya se ha hecho alusión, es de interés examinar algunas providencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del concepto de servicio público.

## **5.2 Aproximación básica al concepto de servicio público desarrollado por la jurisprudencia constitucional**

Sin duda alguna la delimitación del concepto de servicio público resulta altamente compleja, según se deduce de la manera en que la Corte Constitucional ha tratado de fijar su contenido. Bastaría enunciar algunos de los pronunciamientos que se han ocupado de dicha definición para constatar la amplitud conceptual que puede predicarse de tal expresión y, en consecuencia, su aptitud, casi riesgosa, para justificar un amplio número de restricciones al derecho a la igualdad de los extranjeros.

En la sentencia C-075 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional se expresó de la siguiente manera:

El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose por el mismo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario como

*aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda (énfasis agregado).*

De otra parte, en la sentencia SU-157 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, al analizar si la actividad bancaria constituía la prestación de un servicio público, el Tribunal Constitucional colombiano señaló:

Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine (...), en el derecho colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, *la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción*, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público (énfasis agregado).

Y en la sentencia T-520 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, el citado Tribunal expuso:

Acorde con tal realidad, nuestro sistema jurídico ha acogido un criterio predominantemente funcional, como herramienta flexible para establecer cuándo se está frente a un servicio público. Así se evidencia ya en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado que el carácter de servicio público no depende de quién desarrolle la actividad, sino de las funciones sociales que ésta cumple. Al respecto, en una decisión de 1970, esa Corporación sostuvo que un servicio público es "... toda actividad [tendiente] a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, *bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas (...).*

Un análisis sencillo permite establecer los criterios que para la Corte Constitucional resultan ser definitorios de la expresión servicio público. Así, son constitutivas de servicios públicos i) las actividades cuya finalidad consista en responder a las necesidades de interés general que la sociedad requiere. Igualmente, la posibilidad de que una actividad sea considerada como constitutiva de servicio público ii) podrá estar determinada por la concurrencia de aspectos tales como a) la relevancia de la actividad para el funcionamiento de una comunidad en el sistema de mercado, b) *el interés comunitario*, c) *el interés público de la actividad* y d) que la actividad requiera ser permanente, continua, regular y general. De otra parte, iii) una actividad podrá ser considerada de servicio público en aquellos eventos en que su desarrollo se encuentre vinculado con la satisfacción de una necesidad general.

**Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(2): 92-123, julio-diciembre de 2005**

Parece claro, en consecuencia, que la indeterminación del concepto de orden público no se corrige mediante el empleo de la expresión servicio público debido a que, si bien no resulta fácticamente imposible construir acuerdos conceptuales referidos a expresiones tales como interés general, interés comunitario, interés público o necesidad general, dicho lenguaje se encuentra en disposición permanente de suscitar desacuerdos irresolubles y de servir de fundamento para diseñar restricciones *iusfundamentales* y no *iusfundamentales*, cuyo control puede resultar altamente complejo.

Si bien las providencias que se han citado probablemente no agoten ni recojan la totalidad de formulaciones que sobre la noción de servicio público ha empleado la Corte Constitucional, sí representan un ejemplo claro de las dificultades que plantea tal noción.<sup>26</sup> Es precisamente tal dificultad la que produce el desacuerdo de encuadrarla, bajo el concepto de orden público, sin efectuar distinción alguna.<sup>27</sup>

### **5.3 Incidencia del significado constitucional de la expresión orden público definido por la Corte Constitucional en la interpretación de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera**

Ya se ha visto el tipo de condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional con la finalidad de aceptar la constitucionalidad



<sup>26</sup> En este contexto, adquiere plena relevancia un aparte del texto de la aclaración de voto formulada por el magistrado Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-1058 de 2003. Allí señaló lo siguiente: “Ahora bien, puede advertirse que el enunciado normativo invocado por esta Corporación en realidad desconoce los parámetros del juicio de igualdad por ella misma señalados, como quiera que ratifica la limitación de los derechos civiles de los extranjeros de actuar como mandatarios de sociedades foráneas en Colombia, con fundamento en un criterio tan vago e impreciso como lo es la simple calificación de servicio público de las actividades que constituyen el objeto social de la persona jurídica. Luego de una marcada evolución en el marco del derecho comparado, así como también en el ordenamiento colombiano, el concepto jurídico de ‘servicio público’ actualmente comprende una muy amplia e indeterminada gama de actividades que se orientan a procurar el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 365 Superior). En este sentido, pues, la aplicación de la restricción prevista en el artículo 473 del Código de Comercio se encuentra sujeta a un concepto cuyo contenido no sólo es demasiado general, sino también vago, ambiguo e impreciso, por lo cual, se ha considerado por la doctrina científica como la categoría más confusa e inasible de todo el derecho público” (énfasis agregado).

<sup>27</sup> El magistrado Cepeda Espinosa, al separarse de la decisión mayoritaria adoptada en la sentencia C-1058 de 2003, advirtió lo siguiente: “Las consideraciones por las que la Corte consideró razonable la limitación acusada sólo justifican algunos de los casos a los que dicha restricción cobija. Existen otros que aunque se encuentran cobijados por los supuestos fácticos de la disposición, y por tanto por la restricción, no representan un riesgo para los valores constitucionales que justifican la limitación del derecho. Por eso, se ha debido condicionar la exequibilidad de la norma para excluir las hipótesis inconstitucionales por ella cobijadas. Dicho condicionamiento ha debido ser del siguiente tenor, u otro con el mismo sentido normativo: la expresión ‘servicio público’ del artículo 473 del Código del Comercio 9es constitucional en el entendido de que se trate de un servicio público esencial”.

de las disposiciones incorporadas en los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera. Según se expuso, la Corte ha señalado, en general, que la constitucionalidad del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida se condiciona a que su vigencia no impida que se establezcan las restricciones al derecho a la igualdad fundándose, para ello, en el artículo 100 de la Constitución Política.

Así, la conexión entre la argumentación presentada en la sentencia C-1058 de 2003 y la orientación de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera, se hace evidente y, adicionalmente, adquiere un significado concreto.

El condicionamiento de la constitucionalidad de tales acuerdos podría formularse, entonces, a través de la siguiente regla general de interpretación (R1): el alcance y los efectos del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida contenidos en los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera pueden limitarse a) por las especiales estipulaciones contenidas en el acuerdo correspondiente, b) por el hecho de que el ámbito en que resulte pretendida la aplicación de tal principio y tal cláusula, se vincule con una actividad que encuadre en el concepto de servicio público, c) por las razones que, adicionales a la derivadas de b), se fundamenten en el concepto de orden público, d) por las razones que se apoyen en el artículo 13 constitucional y que, de esta manera, superen el juicio de proporcionalidad correspondiente. En los casos b) y c) la limitación podrá operar siempre y cuando se satisfagan las condiciones del juicio constitucional elaborado por la Corte Constitucional para aquellos eventos en los que operan razones de orden público.<sup>28</sup>

En un nivel de menor abstracción, y en cuanto a la argumentación contenida en la sentencia C-1058 de 2003, es del caso formular las siguientes dos reglas especiales de interpretación:

El Estado colombiano puede (R2) abstenerse de otorgar a los inversionistas extranjeros el mismo trato en aquellos eventos en los cuales esté de por medio la prestación o el desarrollo de un servicio público, y (R3) abstener-



<sup>28</sup> Para el efecto, puede confrontarse el punto 3, a) (ii) de este ensayo.

se de otorgar a los inversionistas extranjeros el mismo trato que se da a los inversionistas de Estados diferentes en aquellos eventos en los cuales esté de por medio la prestación o el desarrollo de un servicio público.

Las anteriores pautas (R2 y R3) deben complementarse a través de la formulación de la siguiente regla especial de interpretación (R4):

Las abstenciones autorizadas por R2 y R3 y, en consecuencia, las restricciones derivadas de las mismas, deben ser a) expresas, b) necesarias, c) mínimas, d) indispensables y e) encontrarse dirigidas a la consecución de finalidades constitucionales legítimas.<sup>29</sup>

Así las cosas las reglas formuladas, susceptibles de ser estructuradas con un mayor grado de precisión según el contenido de cada uno de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera, demuestran el influjo efectivo que la argumentación constitucional desarrollada en la sentencia C-1058 de 2003 deberá tener en el desarrollo de la inversión extranjera en Colombia al amparo de los acuerdos de promoción y protección de tal inversión.

Semejante influjo podrá ser valorado positiva o negativamente dependiendo de la perspectiva a partir de la cual se aborde su examen. Sin embargo, es evidente, de igual manera, que el alcance de dicho influjo dependerá de la amplitud o estrechez con que sea interpretado el concepto de servicio público por parte de aquellos órganos del Estado constitucionalmente habilitados para definir las restricciones autorizadas por el artículo 100 de la Constitución.

Tan amplia posibilidad interpretativa, en un campo económico que como el delimitado por la inversión extranjera, exige estabilidad, seguridad y certeza en las reglas jurídicas a cuyo amparo se desarrolla y, en consecuencia, la disminución del riesgo político, requiere ser controlada por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, las estrategias interpretativas empleadas por la Corte Constitucional no parecen coincidir con tales exigencias.



---

<sup>29</sup> Lo expuesto en este lugar debe entenderse que afecta, igualmente, a la regulación adoptada en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 9 de 1991. De esta manera, por ejemplo, la comprensión del artículo 2 del decreto 2080 de 2000, transcrito en la nota de pie de página No. 15 debe resultar compatible con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sido expuesta.

De igual manera, la argumentación constitucional a la que se ha venido aludiendo, deberá incidir en la interpretación del artículo 2 de la decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena por medio de la cual se establece el "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías". Tal artículo indica lo siguiente: "Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro".

A continuación se presentarán algunas conclusiones que resultan del análisis que hasta este momento se ha efectuado.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha pretendido aludir a algunos aspectos que pueden resultar de importancia a efectos de interpretar el contenido de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera que ha suscrito Colombia, y cuya constitucionalidad ha sido evaluada por la Corte Constitucional.

Es evidente que el análisis desarrollado no se orientó a la revisión concreta de los alcances de la sentencia C-1058 de 2003 de la Corte Constitucional en tanto la misma supone la admisión de restricciones a la autonomía de las sucursales de sociedades extranjeras en la definición de sus representantes.<sup>30</sup> La finalidad consistía, principalmente, en la determinación de la incidencia de la *ratio decidendi* en que se funda tal sentencia, y en la comprensión del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida, considerando el condicionamiento que a su constitucionalidad introdujo la Corte Constitucional.

De acuerdo con lo anterior, y considerando las finalidades fundamentalmente descriptivas y analíticas de este ensayo, podrían presentarse las siguientes conclusiones:

- La globalización económica constituye, actualmente, un hecho indiscutible. Su conveniencia o inconveniencia es abordada desde múltiples perspectivas. En todo caso, los procesos globales que parecen profundizar la interdependencia económica se encuentran acompañados de la pretensión de ampliar la inversión extranjera. Tal inversión, desde luego, puede representar beneficios tanto para el Estado anfitrión o receptor de la inversión como para el inversionista extranjero y el Estado del cual proviene.
- Según algún sector de la doctrina, el adecuado despliegue de la inversión extranjera requiere que el orden jurídico que la regula revista, entre otras, características de estabilidad y coherencia.



<sup>30</sup> Este análisis, en todo caso, resulta de interés desde el punto de vista no sólo del derecho societario sino también a la luz del régimen jurídico de la inversión extranjera en Colombia.

Según lo anterior, se oponen a un orden jurídico tal, aquellos regímenes de inversión extranjera que por razones normativas o institucionales resulta impredecibles.

- Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera han sido diseñados para eliminar los riesgos políticos que pueden afectar tal inversión. De esta manera, una de sus finalidades principales consiste en configurar relaciones de confianza entre los Estados que suscriben el acuerdo y los inversionistas.
- El control de constitucionalidad de los acuerdos mencionados, así como de sus leyes aprobatorias, ha tenido un capítulo especial en el análisis del principio de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida. Los resultados de dicho control han consistido en la definición de que dicho principio y tal cláusula sólo resultan constitucionalmente admisibles siempre y cuando se entienda que ello no limita al Estado colombiano para imponer restricciones al derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros con fundamento en lo dispuesto, entre otros, en el artículo 100 de la Constitución.
- La definición del significado del artículo 100 de la Constitución ocupa un lugar fundamental en la determinación de las condiciones bajo las cuales es posible que la inversión extranjera se desarrolle en Colombia. Su importancia se estructura debido a que esa disposición concreta el mandato de igualdad entre nacionales y extranjeros y, a su vez, introduce algunas condiciones especiales bajo las cuales es posible limitar el alcance del mencionado derecho.
- La expresión orden público prevista en el artículo 100 de la Constitución para aludir a uno de los supuestos que autorizan el establecimiento de un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros se caracteriza por su indeterminación semántica. En este sentido, el establecimiento de su significado concreto es una actividad interpretativamente compleja, que debe desarrollarse con cautela y rigor en orden a evitar que al amparo de tal indeterminación se termine afectando, desproporcionadamente, el alcance del derecho a la igualdad.
- La Corte Constitucional, relacionando el contenido de los artículos 13 y 100 de la Constitución, ha establecido un sistema diferenciado de control constitucional de las restricciones del derecho a la igualdad cuando éste posee como ámbito de aplicación las relacio-

nes entre nacionales y extranjeros. De esta manera, según si la diferenciación que se efectúe entre ambos grupos de personas se fundamenta o no en razones de orden público el juicio será menos o más exigente. En todo caso, el desarrollo de cada uno de tales juicios podrá tener graduaciones internas (estricto, intermedio o débil), según los parámetros que ha ido definiendo la jurisprudencia constitucional.

- El primer paso que debe seguirse en los casos en que se plantee un problema de igualdad entre nacionales y extranjeros consiste en establecer si existe una razón de orden público que, *prima facie*, pueda justificar un trato diferenciado. En la sentencia C-1058 de 2003, la Corte Constitucional ha considerado que la prestación de un servicio público se articula de tal forma con la expresión orden público que cuando se está en presencia de tal prestación se configura una hipótesis que autoriza aducir la existencia de una razón de orden público.
- La construcción del citado argumento no ha sido unánime en el seno de la Corte Constitucional debido, entre otras razones, a que la asimilación parcial de servicio público y orden público termina por abarcar supuestos en los cuales las razones que podrían justificar la restricción no pueden ser consideradas.<sup>31</sup> Por ello, algún sector de tal disidencia ha estimado que las razones de orden público sólo pueden configurarse cuando se encuentra involucrada la prestación de servicios públicos esenciales.
- La definición del concepto de servicio público ha sido ampliamente debatida, y por ello su empleo incondicionado para conferir contenido a la expresión orden público resulta claramente



<sup>31</sup> Así por ejemplo, el magistrado Cepeda Espinosa señaló críticamente, en el fundamento 4.2 de su salvamento de voto a la sentencia C-1058 de 2003, que la interpretación de la Corte conducía a afectar con la restricción supuestos respecto de los cuales ello no era necesario. Expresó lo siguiente: "Distinto es el caso, en cambio, si un conjunto de universidades europeas constituyen una sociedad extranjera para ofrecer en Colombia un programa educativo altamente especializado de traducción de textos antiguos. Aunque la Constitución Política establece en su artículo 67 que la educación es un 'derecho y un servicio público que tiene una función social' no es de recibo que la sociedad extranjera del segundo ejemplo no pueda designar como mandatario a un extranjero, en virtud de lo dispuesto por el artículo 473 del Código del Comercio. En este caso, no procede la justificación esgrimida por la Corte, pues no es cierto que el representante de una sociedad extranjera que preste un servicio público de este tipo tome decisiones que puedan tener un alto impacto que pongan en riesgo (i) la soberanía nacional y (ii) el orden público". Este ejemplo, propuesto por el citado magistrado, ha debido alarmar a la Corte Constitucional acerca del alcance de su interpretación.

discutible. En todo caso, aun aceptando una concepción funcional o material de la noción de servicio público –contraria a una concepción subjetiva–, su vocación de restricción del derecho a la igualdad resulta excesivamente dilatada.

- El precedente jurisprudencial que cabe derivar de la sentencia C-1058 de 2003 incide, definitivamente, en la interpretación de los mandatos de igualdad contenidos en los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera (principio de trato nacional y cláusula de la nación más favorecida), dado que tales mandatos pueden limitarse en aquellos casos en los que medie la prestación de un servicio público.
- Por lo anterior, la capacidad de predecir las decisiones que puedan llegar a adoptarse al amparo a) de los acuerdos de protección y promoción de la inversión extranjera, y b) de la articulación i) de la constitucionalidad condicionada que cubre, en principio, su contenido, y ii) de la definición jurisprudencial de orden público a través del concepto de servicio público, es significativamente complicada. De esta manera, habría sido razonable que la Corte hubiese delimitado con mayor precisión los alcances de la expresión orden público a través de algún tipo de cualificación al servicio público prestado.<sup>32</sup>
- En consecuencia, si bien no se puede negar que el lenguaje constitucional es esencialmente abierto, es importante exigir de la jurisprudencia constitucional un esfuerzo en la exploración de pautas que le otorguen un mayor grado de precisión. Tal exigencia se intensifica en aquellos ámbitos en los cuales, como ocurre con la inversión extranjera, la necesidad de claridad y estabilidad del régimen correspondiente es evidente.
- El hecho de que la definición de la expresión de orden público que se ha descrito haya tenido ocurrencia en el marco del examen del artículo 473 del Código de Comercio, y no con ocasión



<sup>32</sup> Por ejemplo, el doctor Álvaro Tafur Galvis, en su salvamento de voto, sostuvo lo siguiente: “Así las cosas, la disposición acusada al establecer la restricción de derechos civiles a los extranjeros sin que obedezca a ‘razones de orden público’ ha debido ser declarada inconstitucional o declarada constitucional pero con un entendimiento condicionado que impidiera su proyección y aplicación, de manera indiscriminada y amplia a todos los servicios públicos sino solo algunos de ellos respecto de los cuales pudiese predicarse una estrecha y estricta vinculación con las condiciones o factores llamados a incidir en el orden público, tal como lo buscaba tanto la ponencia original como la alternativa que durante la discusión propuso el ponente originario magistrado Manuel José Cepeda Espinosa”.

de la evaluación de la constitucionalidad de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera, no supone que sus efectos se restrinjan a este campo. Tal conclusión se fundamenta, entre otras cosas, en la exigencia de universalidad que cabe requerir de la argumentación constitucional.<sup>33</sup> La única vía posible para modificar su posición consistiría en el apartamiento posterior de las razones expuestas en la sentencia C-1058 de 2003 debiendo soportar, en todo caso, la carga de argumentación que ello supone.<sup>34</sup>

- Si bien, según la información disponible al elaborar este trabajo, la entrada en vigencia de los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera no se ha producido, es claro que su correcta comprensión dependerá, en gran medida, de su confrontación con la jurisprudencia constitucional que ha sido analizada.

## 7. UNA CONSIDERACIÓN METODOLÓGICA SOBRE LA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA

Efectuado el anterior análisis resulta importante destacar un asunto que ya se anunciaba en el aparte 1.1 de este trabajo y que de mane-



<sup>33</sup> El principio de Universalidad es formulado por Alexy en los siguientes términos: “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.” Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 283. Sobre la justificación del respeto al precedente la Corte Constitucional, en la sentencia SU 047 de 1999, sostuvo lo siguiente: “43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”.

<sup>34</sup> Según las reglas más generales sobre el uso del precedente formuladas por Alexy, “Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación”. Alexy, *op. cit.*, p. 287.

ra clara revela las complicadas cuestiones que se anudan a la incidencia de la Constitución con ocasión de la actividad de un Tribunal Constitucional legitimado para definir el alcance de aquella.

El progresivo proceso de constitucionalización del derecho en general, y del derecho privado en particular, demanda que las investigaciones dogmáticas que se desarrollen al amparo de cualquiera de las dimensiones de ésta (descriptiva, analítica o estructural y normativa), no omitan el influjo que la jurisprudencia constitucional ha tenido –o en todo caso debe tener– en la comprensión de todo el derecho.

Los cauces a través de los cuales deba avanzarse en tal proceso, o las herramientas teóricas que permitirán explicarlo, son una cuestión abierta. Sin embargo, es una cuestión que no debe quedar en manos, exclusivamente, de los constitucionalistas. La constitucionalización del derecho privado afecta sustancialmente los procesos metodológicos que se emplean para su exposición. En este sentido, desde un punto de vista estrictamente teórico, su consideración es fundamental.

Debe destacarse, adicionalmente, que el proceso de constitucionalización del derecho no es un fenómeno local que afecte exclusivamente las instituciones dirigidas a regular cuestiones domésticas. Por el contrario, resulta claro de la exposición efectuada en este trabajo, que su incidencia se extiende a la manera en que el Estado colombiano desarrolla sus relaciones con otros Estados o con los nacionales de éstos. Ello supone, en consecuencia, que la constitucionalización, en tanto se manifiesta a través de la expansión del poder normativo de la Constitución, afecta las relaciones nacidas al amparo de los procesos de globalización.

De esta manera, mientras exista –como debe ser– la convicción de que el respeto por la Constitución Política de un Estado es importante, el proceso de globalización deberá enfrentarse, y en todo caso sujetarse, a los límites anclados en el texto constitucional.

Si bien el régimen jurídico de la inversión extranjera no cae, en estricto sentido, en el ámbito propio del derecho privado, son indudables sus conexiones con el derecho comercial en el marco de los procesos de integración económica. Esta circunstancia justifica que, en este lugar, estime pertinente formular dicha preocupación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, María Isabel, "La inversión extranjera en la macroeconomía colombiana (1990-1995)", en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Anzola Gil, Marcela, "Las normas de inversión en el marco de la Comunidad Andina y G-3", en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho internacional público*, Bogotá, Temis, 1998.
- Lara Urbaneja, Jorge, "La inversión extranjera en el marco del TLC", en *Aproximación jurídica al TLC*, Bogotá, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, *Derecho moral y política - Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, 1994.
- Restrepo Uribe, Esteban, "Mecanismos multilaterales de protección (MIGA, ICSID y OPIC)", en *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1999.
- Zapata, Adriana, *Acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones internacionales. La experiencia colombiana*, Bogotá, Colección de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia II, 2000.

## Referencia jurisprudencial

- Corte Constitucional, sentencia C-1058 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, sentencia C-961 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia SU 047 de 1999 M(s). P(s). Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-008 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1996, MM. PP. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

### **Documentos CONPES**

Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), 3135 del 9 de octubre de 2001.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), 3197 del 26 de agosto de 2002.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes ), 3079 de junio de 2000.