

Sentencia C-155/07

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL-Distinción

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Presunción de control integral

COSA JUZGADA RELATIVA EXPLICITA-Alcance/COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Alcance

COSA JUZGADA RELATIVA-Configuración/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No configuración

La Sala observa que los dos primeros cargos coinciden totalmente y por tanto frente a ellos es clara la existencia de cosa juzgada y habrá de estarse a lo resuelto en esa oportunidad. Respecto de la tercera acusación, la Corte encuentra que la misma apenas fue planteada parcialmente en el Expediente D-6304 - Sentencia C-961 de 2006 y que, además, no fue objeto de estudio de fondo por ausencia de cargo. En consecuencia, frente a este punto, que en el presente expediente se fundamentó además en el desconocimiento del Preámbulo y de los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política, no existe cosa juzgada y, en esa medida, su estudio es procedente. Igualmente, el cuarto cargo, basado en la violación del artículo 58 de la Constitución Política, no fue objeto de estudio en la Sentencia C-961 de 2006 y, en consecuencia, tampoco está comprendido por el efecto de cosa juzgada que se deriva de ella.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Sometimiento a leyes colombianas

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Inversionista no está obligado a renunciar a derechos otorgados por tratado internacional porque suscripción del contrato e inclusión de cláusula compromisoria son voluntarias/CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Posibilidad de suscribirlo sin cláusula arbitral

La ley le permite al inversionista abstenerse de suscribir el contrato de estabilidad jurídica o hacerlo pero con exclusión de la cláusula arbitral prevista en el artículo 7º, si a su juicio las garantías que le otorga un determinado tratado pueden verse desmejoradas, especialmente en cuanto a la protección de su inversión o a la posibilidad de acceder directamente a un tribunal arbitral de naturaleza internacional. Así, en el contexto de la Ley 963 de 2005, el inversionista no está obligado a renunciar a los derechos que le pueda otorgar un tratado internacional en materia de inversiones y de arbitramento, pues la suscripción del contrato de estabilidad jurídica y la inclusión misma de la cláusula arbitral son voluntarias. Por tanto, la expresión acusada establece una consecuencia en materia de solución de conflictos que sólo se produce por la aceptación voluntaria de la cláusula compromisoria por parte del inversionista.

INTEGRACION LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE-Alcance de norma constitucional que establece que política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe

PRINCIPIO DE NO INJERENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL-Alcance

TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA ECONOMICA Y DE INTEGRACION COMERCIAL-No

hacen parte del bloque de constitucionalidad/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Tratados internacionales que lo integran

Los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y de integración comercial no son parámetros de constitucionalidad de las leyes, pues tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción (Art. 93 C.P.) y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado (art.101 C.P.).

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LATO SENSU-Normas que lo integran

PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA-Alcance

SOBERANIA INTERNA DEL ESTADO-Alcance

TRATADO INTERNACIONAL-Valor normativo

El hecho de que, por regla general, los tratados internacionales no sean referentes directos de constitucionalidad, no implica que los mismos carezcan de valor normativo, pues si ellos han sido incorporados al derecho interno y entran a formar parte del conjunto de disposiciones válidamente aplicables en el territorio nacional -en su condición de leyes de la República-, su cumplimiento es igualmente ineludible por parte de las autoridades competentes.

TRATADO INTERNACIONAL-Criterio de interpretación de la legislación interna

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL-Importancia

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN ARBITRAMIENTO-Alcance

LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA-No desconoce tratados internacionales porque se limita a regular presupuestos jurídicos internos de la inversión

El ámbito de la Ley 963 de 2005 se limita exclusivamente a la regulación del contrato de estabilidad jurídica que se celebra conforme a las leyes colombianas, con el objeto de fijar los presupuestos jurídicos internos de la inversión, que el Estado se obliga a respetar frente a posibles cambios adversos de normatividad. En esa medida, la Ley 963 de 2005 no significa el desconocimiento de los tratados internacionales de inversión suscritos por Colombia.

TRATADO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO-Interpretación armónica

Si bien los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia e incorporados válidamente al derecho interno en materia de inversión extranjera y arbitramento no son parámetros de constitucionalidad, tendrán su propia fuerza normativa que se aplicará en el ámbito que corresponda a cada uno de ellos. En caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia.

PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA-Normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Exclusión de valoraciones de conveniencia o mera oportunidad de norma

CONVENIO DE WASHINGTON DE 1965 SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS-No obliga a Estados firmantes a someter conflictos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones/CONVENIO DE WASHINGTON DE 1965 SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS -No integra el bloque de constitucionalidad

La Convención de Washington no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI, pues en su preámbulo se advierte “que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. A su vez, el artículo 25 de la Convención señala que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias “que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro” y que, en todo caso, un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, “como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio” (art.26). Así, a pesar de que con la Convención de Washington “el inversionista adquiere una capacidad jurídica propia frente a un tribunal internacional, independiente de los derechos y de la voluntad de su Estado de nacionalidad, la cual se ejerce frente a un Estado extranjero”, no le otorga a ese inversionista un recurso arbitral directo, pues en todo caso se requiere el consentimiento escrito del Estado Contratante receptor de la inversión, que como ya se señaló, no se entiende dado con la suscripción de dicha convención. Todo lo anterior permite concluir que la Convención de Washington de 1965 en la que los accionantes fundamentan su cargo, corresponde a un convenio internacional de tipo económico que, por tanto, no se integra al bloque de constitucionalidad.

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS-Los primeros no pueden ser desconocidos por leyes posteriores mientras que las segundas no gozan de esa protección

PRINCIPIO DE APLICACION GENERAL INMEDIATA DE LEY PROCESAL-No resulta lesivo de las garantías derivadas de los artículos 29 y 58 de la Constitución Política

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-No vulneración de derechos adquiridos en relación con normas anteriores que permiten acudir al arbitramento internacional y escoger la ley aplicable para la solución del conflicto

La Corte tampoco encuentra vocación de prosperidad, en cuanto a que la expresión acusada desconocería derechos adquiridos en virtud de normas anteriores que permiten acudir al arbitramento internacional y escoger la ley aplicable para la solución del conflicto. Tales

ordenamientos, además de no ser parámetros de constitucionalidad, se refieren a una materia que, como la generalidad de asuntos que corresponde regular al Congreso, no goza de inmunidad frente a la posibilidad de modificación, derogación o subrogación de la ley. De esta forma, aún si existiera contradicción entre tales regulaciones y la expresión acusada, lo cual corresponde a un problema de aplicación de la ley, no puede sostenerse que aquéllas confieren un derecho adquirido e indefinido de pactar una cláusula compromisoria en las condiciones allí previstas, para regular eventuales y futuros conflictos de contratos que ni siquiera han nacido a la vida jurídica. Además, la Corte no encuentra en la expresión acusada una derogatoria de lo previsto en la Ley 315 de 1996 ni en el Decreto 1818 de 1998 sobre arbitramento internacional, sino la expedición de un régimen especial para determinados contratos en que será parte el Estado, lo cual, por tanto, tampoco tiene vocación de afectar retroactivamente las cláusulas compromisorias y los compromisos válidamente pactados al amparo de dichas disposiciones.

Referencia: expedientes D-6422, 6423, 6424, 6425 y 6434, acumulados

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 7º de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Actor: Antonio José Ortiz Díaz y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos que se individualizan más adelante, a través de demandas independientes acumuladas por decisión de la Sala Plena del nueve (9) de agosto de 2006, presentaron demanda contra el artículo 7º (parcial) de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.”

Mediante auto del veinticuatro (24) de agosto de 2006, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor; así mismo, ordenó fijar en lista la norma acusada para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, a los Ministerios del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, así como a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la disposición acusada. Igualmente, invitó a participar a la Academia

Colombiana de Jurisprudencia.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.963 del ocho (8) de julio de 2005. Se subraya lo demandado.

“LEY 963

08/07/2005

por la cual se insta una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 7°. Cláusula compromisoria. Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.”

## I. LAS DEMANDAS

1.) Expediente 6422. Demandantes: Antonio José Ortiz Díaz, Sergio Maximiliano Chauta González, Carlos Eduardo Ramírez, Damaris Paola Sanz Fula, Clara Dayana Posada Rivera.

Los demandantes solicitan a la Corte que declare la inexecutable de la expresión acusada, pues consideran que constituye una decisión arbitraria del legislador violatoria de los convenios internacionales suscritos por Colombia y aprobados por el Congreso de la República.

Sostienen que la norma acusada limita el carácter voluntario del arbitramento, el cual ha sido ratificado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-294 de 1995 y C-330 de 2000. Citan también las Sentencias C-242 de 1997, C-060 y C-330 de 2000, C-060 de 2001 y C-878 de 2005 y manifiestan que de ellas se colige “la libre y espontánea manifestación de voluntad de las partes para constituir el tribunal de arbitramento”, sin que “todo ello sea el resultado de una imposición de carácter condicional sometido a la ley, es más de una ley que podría llegar a ser eminentemente inconstitucional y en perjuicio de cualquiera de las partes”. Afirman que del inciso final del artículo 116 de la Constitución Política surge con claridad que las partes acuden al arbitramento de manera voluntaria, a través de un contrato que es ley para las partes y fuente de obligaciones, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil.

Que, por tratarse de un contrato, su regulación compete a las partes, quienes pueden “concertar lo relativo a los árbitros”, de manera que la ley no puede limitar esa autonomía ni inmiscuirse en el libre albedrío de los contratantes.

Se refieren a un “principio de igualdad de oportunidades” y señalan que la ley no puede imponer cláusulas a favor del Estado y en contra del inversionista extranjero contratante, “pues ello vulneraría flagrantemente el principio de igualdad consagrado en la Constitución” e “iría en contra de los tratados internacionales.”

Indican que existe una estrecha relación entre el orden interno y las relaciones internacionales, frente a las cuales el Estado es un actor de primer orden. Que, en el ámbito internacional existen dos tipos de principios: unos basados en el orden nacional, como “la soberanía a conveniencia nacional”, que permiten al Estado conferir atribuciones a organismos internacionales, lo cual se refleja en un orden supranacional que “llega a prevalecer sobre el orden nacional”; otros, fundados en la equidad y reciprocidad en la aplicación de los tratados internacionales.

Reafirman que el arbitramento es un medio voluntario para la solución de los conflictos, frente al cual el legislador no puede establecer “cortapisas”, que son inconvenientes y en nada beneficiosas para los contratantes. Consideran que las partes deben estar en condiciones de igualdad para pactar las reglas del arbitramento y que por ello cualquier intervención de la ley en favor de una de ellas, vulnera la igualdad y materializa situaciones injustas y discriminatorias.

Luego de referirse al artículo 4º de la Constitución y a la supremacía del ordenamiento superior, señalan que la norma acusada “resulta abiertamente lesiva al Convenio de Washington sobre arreglo a diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) suscrita y ratificada por Colombia, así como de los otros tratados bilaterales de inversión (BIT) en los cuales se establece que la mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad del Estado contratante (art.39 CIADI), e igualmente que, los árbitros resolverán el asunto de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes (art.42). Lo anterior sin olvidar que la solicitud de arbitramento se debe presentar y dirigir al secretario general del CIADI y no ante un arbitraje doméstico o nacional, como lo indica la norma impugnada.” Consideran que así mismo, el artículo demandado vulnera la Convención de Nueva York de 1958, que obliga al Estado colombiano a reconocer el pacto arbitral “sin que pueda invocar las limitaciones establecidas en la norma demandada”.

Señalan que la doctrina Calvo obligaba al inversionista a someterse a las leyes sustanciales y procedimentales nacionales, pero que ello ha sido superado y que mal haría en volverse atrás, como se pretende hacer con el artículo demandado.

Finalizan su exposición con la cita del artículo 333 de la Constitución, pues a su juicio la norma acusada impide desarrollar plenamente la libertad de empresa y la libre competencia económica, pues las empresas multinacionales no estarán interesadas en invertir en Colombia en esas condiciones, lo cual limitará el crecimiento económico y el beneficio general.

2.) Expediente 6423. Demandantes: Carol Sofía Matta Camacho, Andrei Orlando Lara

Fernández, Marlon Alonso Suárez Mesa y Oscar Iván Bermúdez Araque.

Solicitan a la Corte que declare la inexecutable de la disposición acusada y para ello citan como normas violadas el Preámbulo y los artículos 9º, 58, 116, 226, 227, 228, 229 y 333 de la Constitución Política.

Indican que el artículo demandado rompe el principio de igualdad de oportunidades entre las partes, “pues el Estado colombiano se ha obligado a reconocer el pacto arbitral que conste por escrito sin que pueda invocar las limitaciones establecidas en la norma demandada.” Que, además, se viola el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, que tiene fundamento en la dignidad humana, la cual debe permitirle a cada persona autorregular sus relaciones privadas y, por esa vía, producir normas jurídicas que el Estado está obligado a asumir como propias. Que, en esa medida, el hombre es libre y sólo se puede obligar por su propia voluntad, la que en consecuencia se restringiría frente a la inversión extranjera, que, por tanto no estaría interesada en asentarse en el territorio nacional.

Citan las sentencias C-294 de 1995, C-347 de 1997, C-672 de 1999 y C-098 de 2001 e indican que si bien el legislador puede reservar algunos asuntos para la justicia ordinaria, en razón de las materias e intereses en juego, no sucede lo mismo con aquellas controversias derivadas de la contratación internacional de carácter comercial, frente a las cuales el arbitramento y los mecanismos de conciliación pueden operar, bien sea en derecho o en equidad.

Afirman que la norma acusada es lesiva de la Convención de Washington de 1965, incorporada al derecho interno por medio de la Ley 267 de 1996, la cual establece que la mayoría de los árbitros no pueden tener la nacionalidad del Estado Contratante. Que, en esa medida, se cierra las puertas a la inversión extranjera “trayendo como consecuencia: subdesarrollo, más índices de desempleo, menos tecnificación y una contrariedad a nuestras disposiciones constitucionales en los artículos ya mencionados.”

3.) Expediente 6424. Demandantes: José Antonio Gaitán Gómez, Anayibeth Cárdenas, Luz Estella Arias, Yefer Miranda y Diego Cifuentes.

En su demanda estos ciudadanos piden declarar la inexecutable de la expresión acusada por considerarla violatoria de los artículos 116, 226, 227, 228 y 333 de la Constitución Política.

Se refieren al inciso 4º del Artículo 116 de la Constitución porque a su juicio se desconoce el principio de autonomía de la voluntad privada que allí se reconoce. Citan la Sentencia C-330 de 2000 y resaltan que el carácter temporal y voluntario de la justicia arbitral no atenta “contra los principios Constitucionales de los Estados”. Que, por el contrario, puede ser “molesto” para inversionistas nacionales y extranjeros someterse a un arbitramento doméstico cuando existen arbitrajes internacionales regulados en la Ley 315 de 1996. Así mismo se refieren a las sentencias C-060 de 2001 y C-224 de 1995, de las que subrayan nuevamente el carácter voluntario del arbitramento.

A continuación afirman que la norma acusada vulnera los principios constitucionales reguladores de las relaciones internacionales (art. 226 C.P.). Citan varios apartes de la

Sentencia C-381 de 1996 que declaró exequible la Ley 251 de 1995, por la cual se adoptó “la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, hecha en La Haya el 18 de Octubre de 1907”. Señalan luego que la Ley 315 de 1996 y el Decreto 1818 de 1998 permiten acudir al arbitramento internacional y por ello la norma demandada genera una situación de desigualdad, ya que obliga a los inversionistas nacionales y extranjeros a someter sus diferencias a tribunales de arbitramento nacionales, lo que desconoce, además, la Convención de Washington que Colombia ratificó.

Finalmente concluyen que no es viable que el artículo 7º de la Ley 963 de 2005 “imponga el Tribunal de Arbitramento, ya que la idea de esa figura es beneficiar a los sujetos en conflicto pero sin desconocer los derechos constitucionales y legales, ya que la decisión arbitral equivale a una decisión jurisdiccional...”

4.) Expediente 6425. Demandantes: Jairo Odair Ruiz Piñeros, María Cecilia Jacobo Larrota, Mary Angélica Murillo Urrego, Aleida Rocío Castro Conde, Adriana Lucía Sánchez Sierra y Yuli Marcela Suesca Munevar.

Solicitan que se declare la inexecutable de la expresión acusada, ya que ella es violatoria de disposiciones constitucionales. Señalan al respecto:

i. Artículo 9: Porque atenta contra la autodeterminación de los pueblos y los principios de derecho internacional, que deben ser un referente para solucionar los problemas propios del derecho internacional privado, sin que ello implique violar la soberanía nacional.

ii. Artículo 58: Porque atenta contra la propiedad privada y los derechos adquiridos conforme a las leyes colombianas. Mientras el Decreto 1818 de 1998 permite a las partes escoger la ley aplicable y someterse a un tribunal de arbitramento nacional, la disposición demandada restringe esa posibilidad, razón por la cual debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

iii. Artículo 116 y 229: Porque “la norma atenta contra el principio de igualdad de tratos que establece el Arbitraje Internacional y a su vez vulnera la habilitación y voluntariedad mencionadas en el Art.116 de la Constitución y el debido acceso a la administración de justicia.”

iv. Artículo 227: Porque “al imponerse un arbitramento nacional, los Estados que se encuentren interesados en realizar contratos con Colombia, estarán indispuestos a efectuarlos porque no se dará cumplimiento de las bases de equidad, igualdad y reciprocidad contenidas en los tratados firmados y ratificados por Colombia.”

v. Artículo 229: Porque la norma demandada vulnera la garantía y el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia.

A continuación citan el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 y reiteran que el arbitramento es voluntario y por ello corresponde a las partes fijar de antemano los efectos y consecuencias jurídicas de la decisión arbitral. Se refieren también al artículo 197 del mismo decreto, del que resaltan que las partes son libres para determinar tanto las normas procesales como sustanciales aplicables a los arbitramentos internacionales.

Señalan que la disposición acusada también desconoce: (i) la Convención de Washington de 1965, porque allí se prevé que la mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad del Estado Contratante y que el conflicto se resolverá de acuerdo con las normas pactadas por las partes; y (ii) la Convención de Nueva York de 1958.

5.) Expediente 6434. Demandante Fabián López Guzmán.

El actor demanda únicamente la expresión “regido exclusivamente por las leyes colombianas” que forma parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005 y solicita que se declare su inexecutable con fundamento en el Preámbulo y los artículos 58, 226, 227 y 333 de la Constitución Política.

Considera que mientras el Preámbulo de la Constitución orienta la acción del Estado al impulso de la integración latinoamericana, la norma acusada no lo hace, pues al obligar al interesado a someterse a la legislación nacional, “no se incentiva la inversión extranjera”.

Afirma que la Constitución Política de 1991 promueve un espíritu de integración y permite la celebración de tratados comerciales internacionales e incluso transferir parcialmente determinadas funciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica (numeral 16 del art.150). Que de acuerdo con esa filosofía constitucional, no puede someterse al inversionista extranjero a las normas nacionales, cuando existe una controversia que involucra elementos propios de un arbitramento internacional. “Por el contrario, en mi criterio, el alcance y sentido lógico de la disposición constitucional citada, en el contexto de las relaciones internacionales, es el que la integración latinoamericana se impulsa en la medida en que se faculta a las partes, en un contrato internacional, para escoger el ordenamiento jurídico aplicable (...) la integración latinoamericana supone, como todo proceso de integración, entre otros aspectos, el establecimiento de instrumentos jurídicos homogéneos, como, por ejemplo, el arbitramento internacional reglamentado en leyes uniformes, y no el sometimiento a uno u otro ordenamiento jurídico, dependiendo de la hegemonía de los Estados en el concierto internacional.”

Que, en esa medida, no resulta atractivo para los inversionistas extranjeros establecer sus empresas y hacer sus inversiones en Colombia, pues si las eventuales controversias se resuelven únicamente con base en las leyes colombianas, tácitamente significa que se renuncia a la Convención CIADI o Convenio de Washington de 1965 (Ley 267 de 1996) y a cualquier tipo de reclamación internacional, “lo cual, a la luz del derecho internacional privado actual es un verdadero absurdo.”

Se refiere a diversos doctrinantes y señala que “Colombia no puede desconocer los tratados bilaterales que ha suscrito: Convención CIADI, MIGA, OPIC, etc., y regresar al viejo sistema de la cláusula Calvo, desmotivando la inversión extranjera (art.58 de la Constitución), atentando de manera directa contra el desarrollo económico y la cooperación internacional (arts. 226 y 227 de la Constitución), al aplicar el artículo 7º de la Ley 963 de 2005.” (Negrilla original).

Indica que las cláusulas de estabilización y reajuste de la Ley 963 de 2005 no son novedosas en el derecho internacional, pues de tiempo atrás han sido reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia internacional, de forma que “cualquier inversionista puede convenir una

cláusula de estabilización o de petrificación del derecho nacional aplicable y de reajuste, sin necesidad de someterse a la Ley 963 de 2005 y, por ende, al arbitramento celebrado exclusivamente con leyes colombianas, por la sencilla razón de que la Convención CIADI, las costumbres mercantiles internacionales o Lex Mercatoria, los principios UNIDROIT y el postulado de la autonomía de la voluntad conflictual se lo permiten.”

A continuación señala que el segmento normativo acusado vulnera la autonomía conflictual derivada del artículo 333 de la Constitución Política, la cual le permite al inversionista elegir o escoger el ordenamiento jurídico aplicable a la controversia arbitral. Cita doctrina que se pronuncia en favor de dicha autonomía y se refiere a su establecimiento en los artículos 14 del Decreto 2080 de 2000, 197 del Decreto 1818 de 1997 y 2º de la Ley 315 de 1996.

Concluye que la norma acusada es inconstitucional porque: (i) desconoce el preámbulo al no impulsar la integración latinoamericana ni internacional, ser retardataria y volver a los principios de la cláusula Calvo, ya superados por el Convenio de Washington de 1965 (Ley 267 de 1995); (ii) no incentiva la inversión extranjera como lo pretendía el artículo 58 de la Constitución; (iii) hace que Colombia tenga una duplicidad de regulaciones sobre arbitramento internacional, lo que desconoce los tratados internacionales y el principio de reciprocidad establecido en los artículos 226 y 227 de la Constitución: “No se puede, de una parte, ser parte de la Convención CIADI y, de otra, aplicar nuevamente la cláusula Calvo a los contratos de inversión internacional.” (iv) vulnera el principio de autonomía de la voluntad de los inversionistas extranjeros previsto en el artículo 333 de la Constitución, “negándoles la opción de escoger el derecho aplicable al contrato de inversión internacional, sometiéndoles arbitrariamente al derecho colombiano, como si estuviéramos en el siglo XIX.”

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo interviene en el proceso a través de apoderada judicial, quien solicita que se declare la exequibilidad de la norma acusada.

Señala que previamente a la consideración de los cargos de la demanda, es necesario revisar el contexto de la expresión demandada y su relación con los demás artículos de la Ley 963 de 2005. Que, en ese sentido, la ley busca estimular la inversión, mediante la celebración de contratos de estabilidad que garantizan que aquélla no se verá afectada desfavorablemente por el cambio de las normas determinantes de su realización. Que, en ese sentido, el objeto del contrato serán los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de normas nacionales, a cambio del pago de una prima por parte del inversionista, a cuyo alrededor la ley regula las inhabilidades para celebrar tales contratos, su sistema de registro y su duración, la posibilidad de pactar arbitramento, etc.

Luego señala que la expresión acusada es exequible en la medida que:

(i) No vulnera el principio de voluntariedad establecido en el artículo 116 de la Constitución, pues la primera parte del artículo demandado no obliga sino que faculta a las partes para incluir la cláusula compromisoria en el respectivo contrato. Por tanto, “la libertad de las partes contratantes de decidir si pactan o no la cláusula arbitral no resulta menoscabada con

la norma demandada y es en ese contexto en el que debe entenderse la segunda parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005, según el cual, en el caso de que las partes pacten la cláusula compromisoria, el tribunal de arbitramento que se establezca deberá regirse exclusivamente por las leyes colombianas.”

Advierte que no es inconstitucional que una vez pactado el arbitramento la disposición demandada remita el conflicto a la legislación nacional, pues ello le da seguridad jurídica a las partes y les garantiza el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución. Cita la Sentencia C-1038 de 2002 y señala que conforme al artículo 116 ibídem, el Congreso de la República puede regular los mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitramento, pues de lo contrario carecería de sentido la expresión “en los términos que determine la ley”, contenida en la parte final del artículo antes citado.

(ii) No desconoce el principio de igualdad de oportunidades, pues son las partes las que libremente deciden si se someten o no a un tribunal de arbitramento, de manera que no se ve cómo la norma acusada pueda generar una situación de desigualdad, más aún cuando no se distingue entre inversionista nacional y extranjero, pues ambos tienen un mismo tratamiento. Que, así las cosas, no se viola el derecho a la igualdad, el cual refleja un concepto relacional y no absoluto.

(iii) No atenta contra los compromisos constitucionales del Estado en materia de relaciones internacionales, porque los tratados citados por los demandantes no forman parte del bloque de constitucionalidad. Que, además, en el caso del Convenio CIADI, sus reglas no operan automáticamente, pues en ellas el Estado no quedó obligado a someterse a tribunales de arbitramento internacional, sino facultado para consentir en ello frente a cada caso concreto, de forma que “es entonces erróneo inferir que el consentimiento mencionado se ha dado porque Colombia sea parte del CIADI. Consecuentemente es posible, constitucional y no violatorio del Convenio CIADI, que la Ley de Estabilidad Jurídica posibilite, más no obligue, la resolución de la diferencia mediante un arbitraje nacional.” Que, por lo mismo, no se viola la Convención de Nueva York, pues ésta tampoco limita la posibilidad de los Estados de acordar el arbitraje nacional.

## 2. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Los académicos Juan Rafael Bravo Arteaga y Nicolás Gamboa Morales, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, atienden la invitación de la Corte Constitucional y solicitan que la norma demandada sea declarada exequible.

Señalan que las demandas se fundamentan en tres cargos básicos: (i) la violación de los tratados internacionales, especialmente del Convenio de Washington o Convenio CIADI; (ii) el desconocimiento del principio de voluntariedad del arbitramento previsto en el artículo 116 de la Constitución Política y (iii) la violación del derecho a la igualdad.

Con base en lo anterior, hacen las siguientes consideraciones:

a) En los términos de la Ley 963 de 2005, el Estado Colombiano le garantiza a los inversionistas nacionales o extranjeros la continuidad de la aplicación de las normas determinantes de la inversión, si las mismas llegan a sufrir modificaciones adversas al

contratista.

b) A cambio de lo anterior, el inversionista debe pagar una prima anual a favor de la Nación, que puede variar dependiendo de que se presenten o no periodos improductivos.

c.) Dentro de las atribuciones constitucionales del Congreso se encuentra la de conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos.

d) El artículo demandado no obliga a incluir una cláusula arbitral en los contratos de estabilidad jurídica, sino que le da esa facultad a las partes, lo que guarda concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política.

e) Aunque el artículo 116 de la Constitución habilita a las partes para acudir al arbitramento, también establece la facultad del legislador para fijar las condiciones del arbitraje, tal como lo señaló la Corte en la sentencia C-060 de 2001.

f) La referencia que hacen los demandantes al desconocimiento de los tratados internacionales debe revisarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, la "la prevalencia de los tratados sobre las demás leyes solo tiene aplicación cuando aquéllos versen sobre derechos humanos, según la teoría de la Corte Constitucional sobre el bloque de constitucionalidad." Citan la sentencia C-067 de 1993 y concluyen que "se puede decir que el Convenio de Washington de 1965 que versa sobre 'Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados' no forma parte del bloque de constitucionalidad".

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación allegó el concepto número 4181, donde solicita que la Corte declare la exequibilidad de la norma acusada.

Aclara que como la misma disposición legal fue demandada en el expediente D-6304, transcribirá y reiterará el concepto 4108A rendido para ese proceso, pero advierte que habrá de estarse a la cosa juzgada que de allí se derive.

Considera que corresponde determinar si la expresión acusada "desconoce el principio de libertad de las partes que rige para la escogencia de dicho tribunal, inserta en el artículo 116 de la Constitución Política, además vulnerando con ello el derecho a la igualdad."

Señala que el objetivo de los contratos de estabilidad jurídica es estimular nuevas inversiones tanto nacionales como extranjeras, con el propósito de promover el crecimiento económico. Que así se cumplen en gran medida los fines estatales y se garantiza a los inversionistas la vigencia de las normas o interpretaciones administrativas específicamente relacionadas con la inversión, de manera que no se modifiquen en detrimento de esta última.

Cita apartes de la exposición de motivos de la ley, de la Sentencia C-242 de 2006 y del Documento CONPES No.3366 del 1 de agosto de 2005, del que resalta que la suscripción de estos contratos por el Estado será siempre motivada y pública, garantizará el equilibrio entre los intereses del inversionista y el interés general, preservará la soberanía legislativa y

salvaguardará la estabilidad fiscal.

Señala que, “en este orden, si bien es cierto que la celebración del contrato de estabilidad jurídica constituye una garantía que asiste al inversionista ante los imprevistos generados por modificaciones normativas, también lo es que configura una decisión autónoma del Estado, sujeta a circunstancias y ponderaciones especiales; aunque es dable la existencia de ciertas cláusulas sometidas a la discusión previa entre las partes, la esencia de las mismas está regulada por la ley, por lo que la libertad de determinación contractual resulta restringida en aras del interés general. ”

Transcribe apartes de la Sentencia C-294 de 1995 y advierte que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución, el legislador está facultado para regular los procedimientos arbitrales, los cuales tienen tres elementos fundamentales: (i) permanencia temporal; (ii) limitación material (sólo pueden conocer aquellos asuntos que constitucional y legalmente se permitan) y (iii) actividad reglada, en la medida que las actuaciones de los árbitros deben estar regidas por las normas procesales determinadas por el legislador (Sentencias C-1083 de 2002 y T-192 de 2004).

Advierte que en esta medida, la única diferencia con los jueces ordinarios está en que el arbitramento sólo es posible cuando existe voluntad de las partes, “lo cual no significa que dicha voluntariedad sea obligatoria y no tenga limitaciones”, pues como señala la Corte, “esa voluntad es admisible, exclusivamente, en los términos de la ley.” Que, por tanto, corresponde al legislador, en ejercicio de la facultad de configuración normativa, determinar las formas propias de cada proceso y las reglas de la administración de justicia transitoria por los particulares, lo que incluye las normas procedimentales de los tribunales de arbitramento, de forma que “bien pudo el legislador determinar que los tribunales de arbitramento debían estar regidos por las leyes colombianas para resolver las controversias que se presentaran alrededor de los contratos de estabilidad jurídica.”

Considera que no se desconoce el principio de voluntariedad del arbitramento, pues el legislador actuó dentro de su competencia constitucional y expidió una norma que es razonable y proporcional frente a la naturaleza y finalidad del contrato de estabilidad jurídica.

Que la norma acusada se ajusta al artículo 29 de la Constitución Política, al establecer de manera anticipada las reglas de procedimiento que servirán para solucionar una eventual controversia, con respeto del derecho a la igualdad de los inversionistas extranjeros.

Recuerda que en los contratos de estabilidad jurídica una de las partes es el Estado, lo cual impide hablar de una libertad contractual absoluta y por el contrario legitima que el legislador haya decidido sujetar el respectivo tribunal al mandato de las leyes nacionales. Que “esta apreciación tiene fundamento en la esencia misma de los contratos de estabilidad jurídica alrededor de los cuales puede existir una regulación especial dada su incidencia en el interés general y que, por lo tanto, impide una libertad contractual absoluta para seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable –bien sea nacional o extranjero-, para preservar la soberanía legislativa y regulatoria del Estado, en aras de evitar el desorden administrativo y salvaguardar así la sostenibilidad fiscal.”

Indica que los tribunales de arbitramento internacional a que se refiere la Ley 315 de 1996 son sustancialmente distintos de los de la Ley 963 de 2005, pues en aquéllos se plantean

circunstancias totalmente diversas a las reguladas en la norma demandada. Que, además, la aplicación de las normas nacionales tiene su fundamento en la naturaleza misma del Estado, cuya libertad contractual está vinculada a los fines esenciales del Estado Social de Derecho, “lo que en el caso concreto se traduce en la posibilidad del mismo Estado de imponer ciertas condiciones en los contratos de estabilidad jurídica, que restrinjan en cierto modo la libertad contractual bajo la premisa de la prevalencia del interés general sobre el particular.”

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia que han sido acumuladas, pues la disposición jurídica demandada forma parte de una ley de la República.

### 2. La materia sujeta a examen

Los demandantes acusan ante la Corte Constitucional la parte final del artículo 7° de la Ley 963 de 2005, según la cual, en caso de pactarse una cláusula compromisoria para resolver los conflictos derivados de los contratos de estabilidad jurídica “se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.” A juicio de los accionantes, la obligatoriedad de sujetarse a un arbitramento nacional y a la normatividad interna del país viola la Constitución por las siguientes razones:

i. Desconoce el carácter voluntario del arbitramento y el principio de libertad conflictual (artículos 116 y 333 C.P.), pues el contenido de la cláusula compromisoria no puede ser impuesto por el legislador, sino que debe ser de libre estipulación por las partes del contrato; en consecuencia, la norma acusada restringe también el acceso a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.);

i. Vulnera el principio de igualdad de oportunidades (Art.13 C.P.), pues favorece al Estado y limita la posibilidad de los inversionistas extranjeros de discutir y pactar una cláusula de arbitramento internacional.

i. Desconoce los mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado, especialmente en el ámbito Latinoamericano y del Caribe (preámbulo y artículos 9°, 226 y 227 C.P.), pues se desincentiva la inversión y se retrocede frente a tratados internacionales ya incorporados a la legislación nacional, en los que el Estado se ha obligado a aceptar el arbitramento internacional (especialmente la Convención de Washington de 1965 -Ley 267 de 1996-);

i. Vulnera los derechos adquiridos (art.58 C.P.), en la medida que la Ley 315 de 1996 y el Decreto 1818 de 1998 ya permitían pactar arbitramento internacional y escoger la ley aplicable al conflicto, mientras que la disposición acusada elimina esa posibilidad.

Para el Ministerio Público y los intervinientes en nombre del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la norma acusada es exequible, por cuanto la Constitución no consagra una autonomía contractual y conflictual absoluta en materia de arbitramento. A su juicio, de acuerdo con la parte final del artículo 116 Superior, la autonomía de las partes frente al arbitramento está sujeta a las condiciones establecidas por la ley. Afirman que en el contexto de la disposición demandada las partes son libres de pactar o no el arbitramento, según lo consideren adecuado para sus intereses e indican que por la naturaleza de una de las partes (el Estado) y por el objeto mismo de los contratos de estabilidad jurídica (artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes de normas jurídicas internas), existe plena justificación constitucional para que el legislador haya previsto un arbitramento nacional sujeto a la legislación colombiana. Finalmente, indican que la expresión acusada no puede ser confrontada con los tratados internacionales citados por los demandantes, pues éstos no forman parte del bloque de constitucionalidad, al estar referidos a materias comerciales y no de derechos humanos (art. 93 C.P.).

Previamente a la solución del problema planteado por los demandantes de acuerdo con los cargos antes señalados, cabe analizar si en el presente caso existe cosa juzgada constitucional, en la medida que, como lo advierte el Procurador General de la Nación, la expresión demandada ya lo había sido anteriormente en el expediente D-6304, que culminó con la Sentencia C- 961 de 2006, cuyos efectos frente a este proceso es necesario determinar.

3. Cosa juzgada relativa. Procedencia de la acción frente a los cargos que no fueron resueltos en la Sentencia C- 961 de 2006.

De acuerdo con los artículos 243 de la Constitución Política y 20 del Decreto 2067 de 1991, las sentencias que profiere la Corte Constitucional tienen valor de cosa juzgada y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. Esto significa que en virtud del principio de seguridad jurídica, las sentencias que profiere esta Corporación agotan la jurisdicción constitucional e impiden volver sobre una disposición legal que ya ha sido sometida a juicio con anterioridad. Por ello, la Corte ha dicho que, en términos generales, la cosa juzgada hace referencia a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, “su carácter inmutable y a la imposibilidad de presentar recursos en contra de las decisiones en ellas consagradas.”<sup>1</sup>

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha señalado que la cosa juzgada constitucional puede revestir diferentes matices o categorías<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, ha distinguido la cosa juzgada formal de la material, para significar que la primera identifica los casos en que la misma disposición legal es demandada posteriormente, mientras que la segunda se refiere a aquéllos eventos en que a pesar de que la nueva demanda recae sobre una disposición distinta, ésta resulta “ literalmente igual” o tiene un “contenido normativo idéntico”.<sup>3</sup> Así, ha

indicado que “el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, no sólo se presenta cuando existe una decisión anterior del juez constitucional en relación con la misma norma que nuevamente es objeto de demanda, sino también cuando dicha decisión recae sobre una disposición distinta pero que es literalmente igual o cuyo contenido normativo es idéntico.”

Igualmente, esta Corporación ha diferenciado el carácter absoluto o relativo de la cosa juzgada, según se entienda que el control abstracto de la disposición acusada ha comprendido todo el ordenamiento constitucional o se ha limitado a una parte específica del mismo, de manera que sólo en este último caso queda abierta la posibilidad de plantear una nueva controversia, pero únicamente por razones o cargos distintos a los analizados en el proceso inicial<sup>4</sup>. Para identificar una u otra condición, esta Corporación ha reiterado que existe una presunción de control integral<sup>5</sup> y, por tanto, “en principio debe entenderse que toda sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta, salvo que la propia Corporación, bien de manera explícita en la parte resolutive, o bien de manera implícita en la parte motiva, restrinja el alcance de su decisión a los cargos analizados en la sentencia.”<sup>6</sup> (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, solamente si existe cosa juzgada relativa explícita (si se consigna expresamente en la parte resolutive del fallo<sup>7</sup>) o implícita (sí se infiere clara e inequívocamente del análisis constitucional hecho en la parte motiva del respectivo fallo<sup>8</sup>), podrá iniciarse un nuevo análisis de constitucionalidad, siempre que se presenten cargos distintos a partir de los cuales surja una controversia sustancialmente diferente a la que ya fue objeto de análisis por parte de esta Corporación.

Al descender al asunto concreto que ocupa a la Corte en este proceso, la Sala observa que la Sentencia C-961 de 2006<sup>9</sup> declaró exequible la misma expresión que ahora se demanda, pero únicamente “por los cargos” analizados en esa providencia, lo que significa que si bien existe cosa juzgada formal, ésta es apenas relativa y se circunscribe a los problemas constitucionales planteados y resueltos en ese momento. Por tanto, frente a los cargos que no se hubieren estudiado en esa oportunidad no existirá cosa juzgada.

Según la Sentencia C-961 de 2006, los problemas analizados en ella fueron: (i) violación del principio de voluntariedad en materia arbitral, de la autonomía contractual y del derecho de acceso a la justicia; (ii) desconocimiento del derecho de igualdad de oportunidades. Al comparar tales acusaciones con las que se presentan ahora por los demandantes, se llega a lo siguiente:

Cargos presentados en este expediente

Sentencia C-961 de 2006

Ratio decidendi en la Sentencia C-961 de 2006

(i) violación del principio de voluntariedad del arbitramento, de la autonomía contractual y del derecho de acceso a la administración de justicia

El cargo se estudia pero no prospera.

Dado que el contrato de estabilidad jurídica recae sobre normas nacionales, la sujeción a la ley colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional no excede la capacidad de configuración normativa del legislador en esta materia, la cual es amplia en asuntos de tipo económico, más aún si guarda relación directa con la contratación del Estado. En la medida que el legislador no hizo obligatorio el arbitramento, respetó el principio de voluntariedad y la autonomía de la voluntad de las partes, quienes podrán decidir libremente si someten sus controversias a la justicia arbitral.

(ii) violación del principio de igualdad de oportunidades

El cargo se estudia pero no prospera.

El inversionista nacional y el inversionista extranjero tienen la misma posibilidad de pactar el arbitramento previsto en la ley “y están sometidos a idénticas restricciones.” En consecuencia, “no hay desconocimiento del principio de igualdad de oportunidades.”

(iii) Desconocimiento de mandatos constitucionales que ordenan la integración internacional del Estado (Artículos 9º, 226 y 227 C.P.) y violación de tratados internacionales suscritos por Colombia (Convenio de Washington y de Nueva York y Tratados Bilaterales de Inversión, especialmente)

El cargo presentado por el demandante sólo se refiere al desconocimiento de los tratados de Washington y Nueva York.

La Sentencia considera que no hay cargo y se abstiene de estudiarlo.

Se indica que no hay cargo porque el actor mismo sostiene que los tratados no son razones de inconstitucionalidad y porque, en todo caso, tampoco se demandó el artículo 11 de la Ley, que ordena al Estado respetar los tratados internacionales. Por tanto, no se estudia la acusación.

(iv) Violación de los derechos adquiridos en virtud de normas anteriores a la disposición demandada -Ley 315 de 1996 y Decreto 1818 de 1998, principalmente-, que ya permitían pactar arbitramento internacional y escoger la ley aplicable al caso.

El cargo no se presentó en esta demanda.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que los dos primeros cargos coinciden totalmente y por tanto frente a ellos es clara la existencia de cosa juzgada y habrá de estarse a lo resuelto en esa oportunidad.

Respecto de la tercera acusación, la Corte encuentra que la misma apenas fue planteada parcialmente en el Expediente D-6304 - Sentencia C-961 de 2006 (únicamente en lo que se

refiere a la comparación de la expresión acusada con los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia arbitral) y que, además, no fue objeto de estudio de fondo por ausencia de cargo. En consecuencia, frente a este punto, que en el presente expediente se fundamentó además en el desconocimiento del Preámbulo y de los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política, no existe cosa juzgada y, en esa medida, su estudio es procedente.

Igualmente, el cuarto cargo, basado en la violación del artículo 58 de la Constitución Política, no fue objeto de estudio en la Sentencia C-961 de 2006 y, en consecuencia, tampoco está comprendido por el efecto de cosa juzgada que se deriva de ella.

En vista de lo anterior, la Corte entrará a resolver sobre estos dos últimos cargos en su mismo orden, para lo cual se referirá previamente a: (i) el contexto de la expresión demandada dentro de la Ley 963 de 2005; (ii) el alcance de los artículos 9º, 226 y 227 de la Constitución Política; y (iii) El valor de los tratados internacionales en materia de integración económica y comercial en la Constitución Política de 1991.

#### 4. Aspectos previos

##### 4.1 La expresión acusada en el contexto de la Ley 963 de 2005

Mediante la Ley 963 de 2005, se expidió “una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia.” De acuerdo con ella, el legislador habilitó al Gobierno para suscribir contratos de estabilidad jurídica con el fin “de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.”

Por esta vía, el Estado garantiza a los inversionistas que si durante la vigencia de los contratos de estabilidad jurídica se modifica en forma adversa alguna de las normas identificadas en ellos como determinantes de la inversión, “los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.” En ese sentido, la ley indica que por modificación se entiende “cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.” (art. 1)

A continuación se indica que los contratos deberán incluir de manera “expresa y taxativa” las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión, lo cual puede comprender “artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes” de cualquier entidad del orden nacional perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público o a las entidades sujetas a regímenes especiales de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, con excepción del Banco de la República. (art.3)

El artículo 4º condiciona la celebración de los contratos de estabilidad jurídica a requisitos que van desde la presentación de una solicitud sujeta a diversas formalidades hasta la evaluación por un comité estatal que aprueba o imprueba la suscripción del contrato

conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expida. Esta disposición también regula el contenido mínimo del contrato, la obligación de que sea suscrito directamente por el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión y el plazo que tiene el Estado para suscribirlo o para señalar las razones por las cuales la solicitud no reúne los requisitos previstos en la ley. Igualmente indica que la cesión del contrato requiere aprobación previa del Estado y que el inversionista se deberá obligar a: (i) Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; (ii) Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; (iii) Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

El artículo 5º establece que a cambio de la estabilidad jurídica ofrecida por el Estado, el inversionista deberá asumir una prima igual al uno por ciento (1%) del valor de la inversión que se realice en cada año, salvo que por la naturaleza de la inversión se contemple un período improductivo, caso en el cual el monto de dicha prima podrá ser menor. El artículo 6º permite que los contratos tengan un término de duración entre 3 y 20 años, lo cual se complementa con el artículo 8º que prevé unas causales específicas de terminación anticipada del contrato.

Por su parte, el artículo 7º dispone que las partes “podrán” incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica y que, en ese caso, “se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”, expresión ésta que corresponde a lo demandado en el presente caso. En tal sentido, se observa que la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato de estabilidad jurídica es opcional para las partes, aún cuando si ella se pacta, la consecuencia necesaria es la sujeción a la legislación colombiana y a un tribunal de arbitramento nacional.

El artículo 9º se refiere a las inhabilidades para suscribir los contratos de estabilidad jurídica y el artículo 10º al registro de los mismos ante el Departamento Nacional de Planeación.

El artículo 11 establece varias limitaciones a los contratos de estabilidad jurídica: (i) armonización con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución Política; (ii) respeto de los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano; (iii) exclusión de normas relativas a régimen de seguridad social, tributos o inversiones forzosas decretados en estados de excepción, impuestos indirectos, regulación prudencial del sector financiero y régimen tarifario de los servicios públicos; (iv) exclusión de normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos. Finalmente, el artículo 12 señala que la ley entrará a regir a partir de su promulgación.

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre varios apartes de esta ley, así:

1. En la Sentencia C-242 de 2006, la Corte declaró exequible la expresión “...el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en

forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo” del artículo 1º de la ley, así como el artículo segundo y el inciso segundo del artículo tercero. La Corte consideró que la promoción de las inversiones tenía un fin constitucionalmente legítimo y que la existencia de una cuantía mínima a partir de la cual los inversionistas podían beneficiarse con los contratos de estabilidad jurídica no violaba el principio de igualdad.<sup>11</sup> En esta providencia se señaló:

“Los objetivos perseguidos por el Gobierno Nacional mediante esta ley fueron: i) estimular nuevas formas de inversión, ii) atender a una necesidad apremiante para los inversionistas, y iii) equilibrar los intereses de los inversionistas y el interés general. Respecto del primer objetivo, relacionado con la promoción de nuevas formas de inversión, con la ley 963 de 2005 se pretende alcanzar tasas de crecimiento que permitan mejorar el nivel de desarrollo económico.

En cuanto a la conveniencia de atender necesidades de los inversionistas, la ley busca garantizar la estabilidad jurídica, teniendo en cuenta que la incertidumbre originada en los cambios normativos representa una variable que, en buen número de casos, sirve para disuadir a los inversionistas, ya que no cuentan con la posibilidad de establecer de antemano los riesgos y los beneficios derivados de las permanentes modificaciones legislativas.

El equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el interés general se busca generando condiciones para que los aportes de capital se lleven a cabo dentro de condiciones de estabilidad jurídica respecto de aquellas normas consideradas determinantes para llevar a cabo la inversión. El interés general queda a salvo merced a la cláusula de exclusión, según la cual no se podrá conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, los impuestos indirectos, la regulación prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos (art. 11 de la ley).”

2. En la Sentencia C-320 de 2006, la Corte declaró exequible el artículo 1º de la Ley 963 de 2005, en el entendido que los órganos del Estado conservan sus competencias normativas, incluso sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión, “sin perjuicio de las acciones judiciales a que tengan derecho los inversionistas.” Igualmente declaró exequible “por el cargo global analizado” (violación de la soberanía del Estado y de la facultad del Congreso de modificar las leyes), los apartes acusados de los artículos 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 963 de 2005, referentes al monto de la inversión, las normas objeto del contrato de estabilidad jurídica, el contenido de la solicitud de suscripción del contrato, la conformación del Comité competente para su estudio y la duración de los contratos. Al respecto se indicó:

“Tal y como se ha señalado, a diferencia de lo sostenido por el demandante, la Ley 963 de 2005 no le está impidiendo al Congreso de la República ejercer su competencia en el futuro para reformar las leyes ordinarias, incluso el texto mismo de la ley sobre contratos de estabilidad jurídica, o aquellos artículos, incisos, ordinales, numerales o párrafos

específicos de las mismas que sean objeto de un contrato de estabilidad jurídica; lo que sucede es que, dichas modificaciones, llegado el caso, pueden dar origen a controversias con los inversionistas, para cuya solución las partes pueden incluir una cláusula compromisoria mediante la cual se prevé la conformación de un tribunal de arbitramento. En otras palabras, no se está garantizando una inmutabilidad del ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto, de llegar a entenderse de esa manera, se vulneraría el principio democrático, consagrado en el artículo 1 Superior. De allí que la Ley 963 de 2005 no puede ser entendida como una cesión al ejercicio de la soberanía nacional. (...) Lo que sucede, se insiste, es que se está ante un contrato, en virtud del cual el Estado se comprometió a mantener unas condiciones normativas favorables, aplicables únicamente en el contexto de dicho acuerdo particular, equilibrio económico que podría verse alterado por la adopción de una norma aplicable a la inversión realizada, caso en el cual el Estado podría ver comprometida su responsabilidad.”<sup>12</sup>

3. En la Sentencia C-961 de 2006<sup>13</sup> ya referida, la Corte declaró exequible, por los cargos analizados, la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas” que hace parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005. En esa oportunidad la Corte indicó:

“El legislador, pues, descartó la obligatoriedad del arbitramento y conservó el principio de voluntariedad que le permite a las partes del contrato de estabilidad jurídica decidir libremente si habilitan o no a los árbitros, pero en caso de optar por la convocatoria de un tribunal tendrán que someterse a la regulación legal, conforme a la cual el tribunal deberá ser nacional y regirse por leyes colombianas.

Fuera de todo lo que se ha apuntado para fundamentar la constitucionalidad de estas limitaciones a la autonomía de la voluntad, es necesario destacar ahora que, en razón de la índole procesal del arbitramento, los condicionamientos aludidos entran dentro de las posibilidades de regulación de procedimiento arbitral que le competen al legislador, que, por lo demás, en tratándose de contratos de la Administración, también tiene una amplia potestad de configuración, y puede legítimamente regular el modo como se van a solucionar las controversias contractuales, así como el juez o el derecho aplicable y en fin, sobre ‘las condiciones de acceso, trámite y conclusión.’”(se subraya)

De acuerdo con lo anterior, existen varios elementos en la ley que resultan relevantes en el contexto de los cargos que presentan los accionantes contra la expresión demandada:

i. No se trata de una regulación integral de las inversiones y de todos los factores determinantes para la adopción de decisiones de ese tipo (físicas, económicas, de información, etc.); la Ley 963 de 2005 constituye apenas una herramienta más dentro de la política del Estado en esa materia, cuyo objeto se circunscribe únicamente a los presupuestos jurídicos internos de la inversión, que el Estado se obliga a respetar frente a posibles cambios adversos de normatividad<sup>14</sup>. En ese sentido, como se señaló en la Sentencia C-961 de 2006<sup>15</sup>, el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas, se justifica en tanto que son ellas las que constituyen el objeto principal del contrato, de manera que la previsión del legislador en ese sentido no resulta

desproporcionada o irrazonable;

i. La naturaleza eminentemente contractual y, por tanto, voluntaria del contrato de estabilidad jurídica previsto en la Ley 963 de 2005, pues ésta no impone unilateralmente sus efectos al inversionista, quien libremente puede o no acudir a un acuerdo de ese tipo, según lo considere conveniente para sus intereses<sup>16</sup>; en ese sentido, la Ley 963 de 2005 representa la posibilidad de suscribir un tipo especial de contratos con el Estado, pero no la obligación de hacerlo.

i. El carácter igualmente voluntario de la estipulación de la cláusula compromisoria para la solución de las controversias surgidas del contrato (primera parte del artículo 7º), cuyo pacto tampoco es obligatorio y, por tanto, no condiciona o afecta la validez del acuerdo de estabilidad jurídica; en todo caso, si se pacta una cláusula compromisoria, el tribunal de arbitramento será nacional y se regirá por las leyes colombianas; y

i. La imposibilidad de que a través de los contratos de estabilidad jurídica se desconozcan “los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano” (art.11), frente a lo cual la Corte ya había indicado expresamente que no se trata de “una previsión legal superflua, dado es que evidente que ningún contrato suscrito por el Estado colombiano puede vulnerar la Constitución o los tratados internacionales ratificados por el mismo, so pena de nulidad absoluta por violación de normas de orden público.”<sup>17</sup>

En esta medida, la ley le permite al inversionista abstenerse de suscribir el contrato de estabilidad jurídica o hacerlo pero con exclusión de la cláusula arbitral prevista en el artículo 7º, si a su juicio las garantías que le otorga un determinado tratado pueden verse desmejoradas, especialmente en cuanto a la protección de su inversión o a la posibilidad de acceder directamente a un tribunal arbitral de naturaleza internacional. Así, en el contexto de la Ley 963 de 2005, el inversionista no está obligado a renunciar a los derechos que le pueda otorgar un tratado internacional en materia de inversiones y de arbitramento, pues la suscripción del contrato de estabilidad jurídica y la inclusión misma de la cláusula arbitral son voluntarias.

4.2 Los artículos 9º, 226 y 227 de la Constitución Política de 1991 y los mandatos de integración internacional y latinoamericana.

La Constitución Política de 1991 no fue ajena a la integración del Estado Colombiano al orden internacional. Así, el Preámbulo y los artículos 9º y 227 señalan que se promoverá la integración económica, social y política con los demás Estados, especialmente los de América Latina y del Caribe, para lo cual se autoriza: (i) la creación de organismos supranacionales; (ii) la participación en una comunidad latinoamericana; (iii) la realización de elecciones directas para la conformación del parlamento Andino y del parlamento latinoamericano.

En el mismo sentido el artículo 226 ibídem establece que el Estado promoverá “la

internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas”, pero advierte que ello se hará “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Así mismo, cuando la Constitución se refiere a las relaciones exteriores del país, indica que su dirección estará basada en: (i) la soberanía nacional; (ii) el respeto a la autodeterminación de los pueblos; y (iii) el reconocimiento de los principios de derecho internacional. (art. 9 C.P.)

Estas disposiciones otorgan un amplio margen de apreciación política y de conveniencia para decidir sobre la forma y oportunidad en que se puede avanzar en el proceso de integración internacional y latinoamericana, de acuerdo con las múltiples variables que influyen en ello y que sirven para evaluar en un momento dado los conceptos de soberanía, conveniencia nacional, autodeterminación, reciprocidad y equidad.

De otro lado, los mandatos constitucionales en materia de integración internacional no se oponen a la potestad de ordenación normativa interna, que se funda en los principios de soberanía popular y de independencia política, a partir de los cuales cada Estado, en el marco del derecho internacional, puede decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos.<sup>18</sup> Al respecto, la Corte ha indicado:

Resulta de especial importancia el “principio de la no injerencia”; con esta disposición, se reconoce la obligación de la comunidad internacional de no intervenir en los asuntos propios de cada Estado, en virtud del derecho indivisible, absoluto, inalienable, indelegable, permanente e incondicional de los pueblos a su soberanía. Se trata, pues, del respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, a través del cual el derecho internacional procura la convivencia pacífica entre las diversas culturas e ideales políticos, de forma tal que cada Estado pueda definir, con absoluta libertad, autonomía e independencia, su propio ordenamiento constitucional y legal.<sup>19</sup> (se subraya)

En esa medida, el desarrollo de las relaciones internacionales a través de tratados y convenios suscritos con otros Estados (sujetos a la aprobación legislativa y a la revisión de constitucionalidad de esta Corporación), no se enfrenta a la cláusula general de competencia del Congreso para la regulación de las relaciones jurídicas que se desarrollan en el territorio nacional (Art. 150 C.P.), pues ello es expresión de la soberanía y autodeterminación del Estado colombiano, lo cual, dentro del ordenamiento superior, también es un referente obligado en materia de integración y manejo de las relaciones internacionales (art. 9). Competencia que, en materia de intervención del Estado en la economía, conlleva un amplio margen de configuración normativa, de acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

#### 4.3. Los tratados internacionales en materia económica y de integración comercial en la Constitución Política de 1991.

Como ha indicado esta Corporación, los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia económica y de integración comercial no son parámetros de constitucionalidad de las leyes, pues tal condición únicamente ha sido prevista en la Constitución para los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción (Art. 93 C.P.) y para aquéllos que definen los límites territoriales del Estado (art.101 C.P.)<sup>20</sup>.

Así, la Corte ha señalado que “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”<sup>21</sup>, de manera que, salvo los casos previstos expresamente en la Constitución, no constituye motivo suficiente para la declaración de inexecutable de una ley “el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un tratado internacional.”<sup>22</sup>

La Corte también ha reiterado la trascendencia que dentro del ordenamiento constitucional tiene el Artículo 9º de la Constitución Política, en cuanto al deber del Estado de fundamentar sus relaciones internacionales no sólo en la soberanía y el respeto del principio de autodeterminación, sino también en los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, dentro de los cuales se encuentra, como lo ha reconocido esta Corporación, el principio Pacta Sunt Servanda (art. 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), que “no sólo significa que los tratados deben ser formalmente acatados sino que deben ser cumplidos de buena fe, esto es, con la voluntad de hacerlos efectivos.”<sup>27</sup>

De esta manera, sin perjuicio de la supremacía de la Constitución, las autoridades también deben respetar los compromisos internacionales adquiridos por el Estado que han sido incorporados a la legislación interna, los cuales, en el marco del derecho de los tratados, están orientados por el principio Pacta sunt servanda:

“40- El examen precedente permite entonces mostrar que la Carta de nuestro país no defiende un monismo constitucionalista rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4º superior, puesto que la Constitución establece que Colombia reconoce los principios de derecho internacional aceptados por el país y que el Estado debe promover la internacionalización sobre bases de equidad y reciprocidad (CP arts 9º y 226). Ahora bien, como la primacía de los tratados sobre el ordenamiento interno es un principio del derecho internacional que ha sido ampliamente aceptado por Colombia, y constituye la base para la formación de relaciones equitativas entre las naciones, ese principio se entiende en cierta medida también incorporado en la Carta, por la vía indirecta de los artículos 9º y 262. Por ello la Corte había señalado que la norma Pacta sunt servanda, al ser una “medida de seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional”, encuentra un cierto sustento en el artículo 9º superior ya que pretende alcanzar “la paz, la seguridad y la convivencia entre los Estados”<sup>28</sup>. Igualmente, en posterior decisión, esta Corporación precisó que “dentro de los principios fundamentales del derecho internacional se encuentra el Pacta Sunt Servanda, que obliga al respeto y cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales. Como consecuencia de este principio, las autoridades colombianas están obligadas a velar por la observancia de los tratados ratificados por Colombia.”<sup>29</sup>”

Al respecto, la Corte ha indicado que los artículos 9º, 226 y 227 de la Carta Fundamental establecen la obligación del Estado colombiano de promover “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, en aras de impulsar el fortalecimiento de los procesos supranacionales de integración sobre bases de equidad, reciprocidad, igualdad y conveniencia nacional.”<sup>30</sup>

La evolución del concepto de soberanía interna en el marco de las relaciones internacionales implica salvaguardar la autonomía del Estado en asuntos de regulación interna, pero

“concediendo especial atención a la adecuada articulación de los compromisos internacionales con el ejercicio de las competencias propias de nuestro Estado Social de Derecho, el cual propende tanto por la realización de los intereses nacionales como por la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”<sup>31</sup> Por ello, como se ha indicado en otras ocasiones, “el ideal normativo que preside las relaciones internacionales del Estado, le impone a los representantes del pueblo colombiano al momento de negociar o asumir un compromiso internacional (C.P. art. 189 # 2), verificar que el contenido del tratado, en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, promueva su desarrollo y aplicación efectiva.”<sup>32</sup>

En consecuencia, el hecho de que, por regla general, los tratados internacionales no sean referentes directos de constitucionalidad, no implica que los mismos carezcan de valor normativo, pues si ellos han sido incorporados al derecho interno y entran a formar parte del conjunto de disposiciones válidamente aplicables en el territorio nacional -en su condición de leyes de la República-, su cumplimiento es igualmente ineludible por parte de las autoridades competentes.

Lo anterior tiene dos consecuencias importantes en el marco de la Constitución. En primer lugar, si el Estado asume válidamente obligaciones internacionales, debidamente incorporadas al derecho interno, las mismas deben ser cumplidas de acuerdo con el principio *Pacta sunt servanda* (art.9º C.P.)<sup>33</sup>; en segundo lugar, si los tratados internacionales suscritos por Colombia conceden derechos a favor de particulares (nacionales o extranjeros), su observancia también está orientada por un deber de protección y efectividad (art. 2 C.P.). En esa medida, los tratados internacionales se erigen también como criterio de interpretación de la legislación interna.

Por tanto, en el contexto de la Constitución se impone un principio de armonización entre el derecho interno y las obligaciones internacionales del Estado, tal como señaló la Corte al referirse a las Convenciones de Viena de 1969<sup>34</sup> y de 1986<sup>35</sup>, en la medida que “en virtud del principio *Pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la Carta, como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país.”<sup>36</sup> (se subraya)

Así, al reconocerle fuerza jurídica interna a los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución protege aquella interpretación que mejor permita armonizar el orden normativo interno y el internacional, de forma que el Estado no quede expuesto innecesariamente a incumplir sus obligaciones internacionales<sup>37</sup>, pues como expresamente lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Además, debe tenerse en cuenta que en el marco del principio de reciprocidad que orienta el derecho de los tratados y que también constituye un referente constitucional (art. 226 C.P.), el incumplimiento del Estado Colombiano de sus compromisos internacionales puede afectar a su vez la efectividad de los derechos de los nacionales colombianos ante otros Estados.<sup>38</sup>

Por tanto, si bien como ya se dijo, la Corte ha señalado que únicamente cierto tipo de tratados se integran al bloque de constitucionalidad, ello no significa que con relación a los demás pueda desconocerse su fuerza normativa en el derecho interno y su función como criterio de interpretación de la legislación interna.

De lo expuesto anteriormente se llega a las siguientes conclusiones:

(i) El arbitramento está regido por un principio de voluntariedad, que determina que su utilización no puede imponerse unilateralmente a las partes de un conflicto, sino que debe surgir de su aceptación voluntaria, bien mediante un pacto previo (cláusula compromisoria) o posterior (compromiso). En esa medida, el legislador no puede imponer o hacer obligatorio el uso de dicho mecanismo de solución de conflictos.

(ii) El ámbito de la Ley 963 de 2005 se limita exclusivamente a la regulación del contrato de estabilidad jurídica que se celebra conforme a las leyes colombianas, con el objeto de fijar los presupuestos jurídicos internos de la inversión, que el Estado se obliga a respetar frente a posibles cambios adversos de normatividad. En esa medida, la Ley 963 de 2005 no significa el desconocimiento de los tratados internacionales de inversión suscritos por Colombia.

(iii) En el contexto de la Ley 963 de 2005, la voluntariedad se predica de la suscripción misma del contrato de estabilidad jurídica, que es una opción para el inversionista, así como también lo es la posibilidad de ampararse directamente en tratados internacionales que su juicio le otorguen mayores beneficios y garantías. Así mismo, la voluntariedad se predica de la cláusula arbitral<sup>39</sup>, cuyo pacto tampoco es obligatorio.

(iv) Sin perjuicio de lo anterior, en la medida que en los contratos de estabilidad jurídica regulados por la Ley 963 de 2005 las partes acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, este necesariamente será nacional y se regirá por la legislación colombiana (art.7).

(v) Si bien los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia e incorporados válidamente al derecho interno en materia de inversión extranjera y arbitramento no son parámetros de constitucionalidad, tendrán su propia fuerza normativa que se aplicará en el ámbito que corresponda a cada uno de ellos. En caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan estas materias, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia (art. 9º C.P.).

## 5. El estudio de los cargos.

### 5.1 Primer cargo: Violación de los artículos 9º, 226 y 227 de la Constitución Política por el desconocimiento de la Convención de Washington de 1965.

A juicio de los demandantes, la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”, que forma parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005, es inconstitucional por desconocer tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano, específicamente la Convención de Washington de 1965, que regula un sistema de arbitramento internacional para la solución de diferencias

derivadas de inversiones extranjeras en los Estados parte. Consideran que la contradicción del aparte demandado con los compromisos internacionales derivados de dicha Convención implica la violación de los artículos 9º, 226 y 227 de la Constitución Política.

Por tanto, es necesario determinar la naturaleza de la Convención de Washington de 1965 para establecer si la misma forma parte del bloque de constitucionalidad o si corresponde a ese tipo de tratados que si bien deben ser observados (principio Pacta sunt servanda) e interpretados conforme a un principio de armonización con la legislación interna, no son parámetro de constitucionalidad y, en esa medida, no permitirían declarar inexecutable un texto legal como el acusado.

Al respecto se observa que la Convención de Washington suscrita del 18 de marzo de 1965 regula el "ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS"<sup>40</sup>. De acuerdo con su preámbulo, la Convención se suscribe en consideración de la necesidad de propender por la cooperación internacional, con el fin de lograr "el desarrollo económico" y la función que, en ese campo, desempeñan "las inversiones internacionales de carácter privado". En tal sentido, el tratado tiene en cuenta la posibilidad de que se presenten diferencias entre los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados que hacen inversiones en uno de ellos, para lo cual la convención auspicia la conciliación y el arbitramento internacionales, como mecanismos idóneos para la solución de los diferendos referentes a las inversiones internacionales.

En este contexto, los Estados firmantes acuerdan crear el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI- con el objeto de "facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio" (art. 1º, numeral 2º).<sup>41</sup> Según su artículo 25, la jurisdicción del CIADI se extiende únicamente a las diferencias que "surjan directamente de una inversión" entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante.<sup>42</sup>

Cabe señalar que la suscripción de la Convención de Washington no obliga automáticamente a los Estados firmantes a someter sus conflictos de inversión a la jurisdicción arbitral del CIADI, pues en su preámbulo se advierte "que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado". A su vez, el artículo 25 de la Convención señala que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias "que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro" y que, en todo caso, un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, "como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio" (art.26). Así, a pesar de que con la Convención de Washington "el inversionista adquiere una capacidad jurídica propia frente a un tribunal internacional, independiente de los derechos y de la voluntad de su Estado de nacionalidad, la cual se ejerce frente a un Estado extranjero"<sup>43</sup>, no le otorga a ese inversionista un recurso arbitral directo, pues en todo caso se requiere el consentimiento escrito del Estado Contratante receptor de la inversión, que como ya se señaló, no se

entiende dado con la suscripción de dicha convención.<sup>44</sup>

Todo lo anterior permite concluir que la Convención de Washington de 1965 en la que los accionantes fundamentan su cargo, corresponde a un convenio internacional de tipo económico que, por tanto, no se integra al bloque de constitucionalidad, en los términos del artículo 93 de la Constitución Política. En consecuencia, no es procedente la confrontación vertical de la expresión acusada con la Convención de Washington de 1965 (Ley 267 de 1996) o en general con otro tipo de tratados internacionales de tipo económico, pues los mismos no son parámetros de constitucionalidad y, en esa medida, no permitirían declarar su inexecutable.

Es preciso recordar que la naturaleza económica de esta convención ya había sido advertida por la Corte al estudiar la constitucionalidad de su ley aprobatoria, momento en el cual señaló que los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en ella, se fundamentan en el propósito de fortalecer la cooperación económica y afianzar los mecanismos de atracción a la inversión extranjera, objetivos que “son coincidentes con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (C.P., artículos 150-16 y 226)”. Así, se indicó que la Convención de Washington, en tanto instrumento idóneo para brindar mayores niveles de seguridad a los inversionistas extranjeros, “desarrolla el contenido del artículo 227 de la Carta, según el cual el Estado propenderá por la integración económica, social y política con las demás naciones.”<sup>45</sup>

Finalmente, respecto de las acusaciones hechas por los accionantes en cuanto a que la expresión acusada es inconveniente para la integración internacional del país y resulta poco atractiva para los inversionistas extranjeros, al punto que viola los mandatos contenidos en los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución, la Corte recuerda que el juicio constitucional es de carácter estrictamente jurídico y, por ende, como se ha señalado en otras oportunidades, no se extiende a la evaluación de las razones de conveniencia y oportunidad reservadas a otros órganos del Estado.<sup>46</sup>

En consecuencia, el cargo presentado por esta vía no prospera.

**5.2 Segundo cargo: Violación del artículo 58 de la Constitución Política.** La protección constitucional de los derechos adquiridos y el efecto general inmediato de la ley procesal.

La garantía de los derechos adquiridos en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prevista en el Artículo 58 de la Constitución Política, en virtud del cual “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 (...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado.

En esta medida, a partir de un principio general de irretroactividad de la ley, la Constitución impide al legislador desconocer las situaciones patrimoniales consolidadas, las cuales quedan a salvo de facultades extintivas arbitrarias e irregulares por parte del Estado. Al respecto, la

Corte señaló:

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes”<sup>47</sup>. “Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.”<sup>48</sup> (se subraya)

Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley<sup>49</sup>, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario las simples expectativas no gozan de esa protección, pues “la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.”<sup>50</sup> Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador “según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.”<sup>51</sup>

Precisamente, al referirse a los contratos de estabilidad jurídica previstos en la Ley 963 de 2005 y con el fin de reiterar la facultad general del legislador de modificar la ley, la Corte señaló que “mediante la expedición de una ley ordinaria, no se puede garantizar que en el futuro el Congreso de la República se abstenga de ejercer sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía, y mucho menos, cualesquiera superior a ella.”<sup>52</sup>

El efecto general inmediato de la ley opera también y por regla general frente a las normas procesales<sup>53</sup>, dado que se trata de disposiciones de orden público dirigidas a organizar la

prestación del servicio público de justicia, al cual tienen derecho de acceso todos los ciudadanos (art. 229 C.P.). Dichas normas, que se refieren a la forma de reclamar en juicio los derechos, no generan situaciones fácticas apropiables y, por ende, frente a ellas no cabe hablar de derechos adquiridos, ni reclamar su protección a partir del artículo 58 de la Constitución Política. Al respecto, la Corte ha indicado que “el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.” 54

Cabe recordar que la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 4055 y 4356 (parcial) de la Ley 153 de 1887, en cuanto consagran un principio general de aplicación inmediata de la ley procesal que no resulta lesivo de las garantías derivadas de los artículos 29 y 58 de la Constitución Política:

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.

Así las cosas, en la medida en que la regla general anotada no desconoce derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 58 C.P.), el texto del artículo 40 de la ley 153 de 1887 que así la establece, se ajusta a la Constitución. Obviamente en la aplicación de la norma deberá respetarse el principio de favorabilidad penal (artículo 29 C.P.).<sup>57</sup>

Por ello, la potestad de configuración normativa del legislador en materia de procedimientos judiciales y de mecanismos alternativos de solución de conflictos, comporta la facultad de modificación, derogación y subrogación de las leyes procesales, para su adaptación a las necesidades de la sociedad en materia de acceso a la administración de justicia. La protección de la persona en este punto no exige la petrificación de los procedimientos y de las formas en el tiempo, sino la garantía de acceso a un juez natural, autónomo e independiente (arts. 228, 229 y 230 C.P.) y a la plena observancia del debido proceso (art. 29 C.P.). De lo contrario, la sociedad quedaría expuesta a formas e instrumentos procesales que con el paso del tiempo podrían volverse anacrónicos e ineficaces, lo que desconocería el derecho de las personas a acceder a mecanismos adecuados y eficientes para la solución pacífica de los conflictos.

En esa medida, el ofrecimiento por parte del Estado de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitramento y la conciliación, no excluye ni su regulación legal (art.

116 C.P.), ni la posibilidad de adaptarlos o modificarlos (art. 150 C.P.), pues “si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución”<sup>58</sup> Por ello, como lo ha reconocido esta Corporación, “el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos.”<sup>59</sup>

Por lo anterior, la Corte tampoco encuentra vocación de prosperidad al cargo presentado por varios de los demandantes, en cuanto a que la expresión acusada desconocería derechos adquiridos en virtud de normas anteriores que permiten acudir al arbitramento internacional y escoger la ley aplicable para la solución del conflicto (específicamente la Ley 315 de 1996 -por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones- y el Decreto 1818 de 1998 -por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos-). Tales ordenamientos, además de no ser parámetros de constitucionalidad, se refieren a una materia que, como la generalidad de asuntos que corresponde regular al Congreso, no goza de inmunidad frente a la posibilidad de modificación, derogación o subrogación de la ley.

De esta forma, aún si existiera contradicción entre tales regulaciones y la expresión acusada, lo cual corresponde a un problema de aplicación de la ley, no puede sostenerse que aquéllas confieren un derecho adquirido e indefinido de pactar una cláusula compromisoria en las condiciones allí previstas, para regular eventuales y futuros conflictos de contratos que ni siquiera han nacido a la vida jurídica. Además, la Corte no encuentra en la expresión acusada una derogatoria de lo previsto en la Ley 315 de 1996 ni en el Decreto 1818 de 1998 sobre arbitramento internacional, sino la expedición de un régimen especial para determinados contratos en que será parte el Estado, lo cual, por tanto, tampoco tiene vocación de afectar retroactivamente las cláusulas compromisorias y los compromisos válidamente pactados al amparo de dichas disposiciones.

En consecuencia, este cargo también será despachado negativamente.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E:

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados y analizados, la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas” que hace parte del artículo 7º de la Ley 963 de 2005.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

RODRIGO ESCOBAR GIL

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

DE LOS MAGISTRADOS

MARCO GERARDO MONROY CABRA Y

RODRIGO ESCOBAR GIL

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Solución de controversias (Aclaración de voto)

Se debe atender primero al acuerdo de las partes en los contratos de estabilidad jurídica para decidir voluntariamente el modo de solucionar la controversia. Pero, si no hay acuerdo y subsiste la diferencia hay que aplicar el modo de solución de controversias previsto en el Tratado respectivo, o en subsidio las normas de conflicto o que el juez colombiano considere pertinentes para resolver la controversia.

Referencia: expedientes D-6422, D-6423, 6424, 6425 y 6434, acumulados.

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 7 de la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaura una Ley de estabilidad jurídica para los inversionistas de Colombia”.

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFÚR GALVIS

Bogotá D.C., siete (07) de marzo de dos mil siete (2007)

Con nuestro acostumbrado respeto nos permitimos Aclarar nuestro Voto en la sentencia de la Referencia, en la siguiente forma:

Estamos de acuerdo con la declarativa de exequibilidad por los cargos formulados y analizados de la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas” que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005. Sin embargo, consideramos necesario aclarar nuestro voto en la siguiente forma:

1. Como bien lo expresa la sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 7 de la Ley 963 de 2005, esta norma se aplica cuando voluntariamente el Estado colombiano y los inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica pacten cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas del contrato.

En este caso se establece un tribunal nacional regido por las leyes colombianas. Es decir, el arbitramento tiene por objeto resolver la controversia relativa a la aplicación de normas jurídicas identificadas en los contratos como determinantes de la inversión, o aspectos de interpretación o ejecución de dichos contratos.

1. Sin embargo, la sentencia de la Corte no se pronunció sobre la situación consistente en que las partes guarden silencio sobre la forma de resolver las controversias que se presenten en la interpretación o ejecución de los contratos de estabilidad jurídica. En esta hipótesis se considera que las controversias que se puedan presentar entre el Estado y los inversionistas se resuelven acudiendo a los Tratados vigentes entre Colombia y el Estado al cual pertenezca

el inversionista respectivo, o en subsidio, de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico colombiano. Esta conclusión es el resultado de la armonización de los artículos 7 y 11 de la Ley 963 de 2005 y lo previsto en el artículo 9 de la Constitución.

En efecto, si existe un Tratado vigente entre Colombia y el Estado al cual pertenece el inversionista hay que aplicarlo en lo relativo a los modos de solución de controversias previstos en el mismo. En este aspecto, existe la Convención de Washington “sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” de 18 de marzo de 1965, aprobada por la Ley 267 de 1995 y declarada exequible mediante sentencia C-442 de 1996. Esta Convención establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI- para “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio” (art, 1 N° 2). Sin embargo es necesario que las partes hayan consentido por escrito en someter las diferencias al Centro. Además, Colombia tiene vigentes varios Tratados Bilaterales de Inversión (BIT) que contienen diversos modos de solución pacífica de controversias que son aplicables si se presenta controversia entre el Estado colombiano y el inversionista que pertenezca a un Estado Parte en dicho tratado. Se debe observar que se debe atender primero al acuerdo de las partes en los contratos de estabilidad jurídica para decidir voluntariamente el modo de solucionar la controversia. Pero, si no hay acuerdo y subsiste la diferencia hay que aplicar el modo de solución de controversias previsto en el Tratado respectivo, o en subsidio las normas de conflicto o que el juez colombiano considere pertinentes para resolver la controversia.

Esta armonización de los artículos 7 y 11 de la Ley 963 de 2005 está acorde con el principio “Pacta Sunt Servanda” reconocido en el artículo 9 de la Constitución. Se concilia la autonomía de las partes en el contrato con el respeto a los Tratados Internacionales y la Constitución que establece como principio el cumplimiento de buena fe de dichos tratados.

En los anteriores términos dejamos fundamentadas las razones jurídicas que motivaron nuestra Aclaración de Voto.

Fecha ut supra.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-155 de 2007

CLAUSULA CALVO-Evolución histórica (Aclaración de voto)

TRATADO BILATERAL DE INVERSION-Concepto (Aclaración de voto)

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Concepto (Aclaración de voto)

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Características (Aclaración de voto)

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Solución de controversias cuando no se ha pactado cláusula compromisoria/TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Sometimiento a leyes colombianas/CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Imposibilidad de invocar tratados bilaterales de protección al inversionista (Salvamento de voto)

“Los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros en Colombia están regulados por un tratado internacional o por la ley, mas no por ambos de manera simultánea, es decir, aquél no puede seleccionar, de acuerdo con sus conveniencias, disposiciones de uno y otro texto normativo. El artículo 7 de la Ley 963 de 2005 consagra la facultad que tienen las partes en el contrato de estabilidad jurídica de suscribir una cláusula compromisoria, cuyo objeto es dirimir las controversias derivadas de aquél. En caso de llegar a pactarse, la cláusula deberá disponer que el tribunal de arbitramento será nacional y regido exclusivamente por leyes colombianas. Una adecuada interpretación de esta norma legal evidencia que ( i ) si las partes en el contrato de estabilidad jurídica deciden pactar la cláusula compromisoria, deberán someter su controversia contractual a un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por las leyes colombianas; ( ii ) si las partes no pactan la cláusula compromisoria su controversia será sometida a jueces y leyes colombianas; y ( iii ) el inversionista extranjero que haya celebrado un contrato de estabilidad jurídica con el Estado colombiano, no habiendo pactado cláusula compromisoria, no puede después ampararse directamente en el texto de un tratado internacional de protección a la inversión extranjera. En otras palabras, si el inversionista extranjero celebra un contrato de estabilidad jurídica, su relación jurídica con el Estado colombiano se regula por la Ley 963 de 2005 y no por los tratados bilaterales de protección a los inversionistas foráneos”.

Referencia: expedientes D- 6422, 6423, 6424, 6425 y 6434 acumulados.

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 7º de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Actor: Antonio José Ortiz Díaz y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Temas:

Contratos de estabilidad jurídica.

Cláusula Calvo.

Cláusula compromisoria.

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales decidí aclarar mi voto en la sentencia C- 155 de 2007, mediante la cual la Corte decidió declarar exequible, por los cargos analizados, la expresión “En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por las leyes colombianas”, del artículo 963 de 2005.

En tal sentido, en primer lugar, es preciso traer a colación la norma legal demandada:

“Artículo 7°. Cláusula compromisoria. Los contratos de estabilidad jurídica podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias derivadas de los mismos. En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas.

Pues bien, una adecuada comprensión del tema de la resolución de las controversias surgidas entre los Estados y los inversionistas extranjeros pasa por examinar los antecedentes en el derecho comparado del artículo 7º de la Ley 963 de 2005, en especial, en los desarrollos que ha conocido desde el SXIX la conocida como “Cláusula Calvo” en América Latina. Posteriormente, será necesario entender el sentido y el alcance de la regulación de la cláusula compromisoria tomando en cuenta la naturaleza jurídica de los contratos de estabilidad jurídica; para finalmente precisar el alcance del art. 7.

1. Antecedentes en el derecho comparado del artículo 7º de la Ley 963 de 2005. La evolución histórica de la conocida como “Cláusula Calvo”.

La discusión acerca del sometimiento de los inversionistas extranjeros a los jueces y leyes nacionales se inserta en una larga historia cuyas raíces se hunden en determinadas controversias económicas que a lo largo del S XIX enfrentaron a diversas naciones latinoamericanas con los Estados Unidos de América y Europa.

En este contexto, Carlos Calvo, diplomático e internacionalista argentino, hacia 1868, elaboró una doctrina cuyo pilar fundamental consistía en que, como principio general, las disputas contractuales que surgiesen con ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser resueltas por tribunales nacionales, evitando así la intervención diplomática del respectivo país de origen<sup>60</sup>. En tal sentido, en su obra “Le droit international théorique et pratique précédé d’un exposé historique des progrès de la science du droit des gens”<sup>61</sup>, Calvo, con fundamento en los principios de soberanía, igualdad entre nacionales y extranjeros y jurisdicción territorial, planteó los siguientes postulados ( i ) los Estados soberanos gozan del derecho a no ser destinatarios de ingerencia alguna de otros Estados; ( ii ) los ciudadanos extranjeros tienen exactamente los mismos derechos sustantivos y procesales que los nacionales; y ( iii ) el extranjero renuncia a solicitar la protección diplomática de su país de origen.

Con base en los anteriores planteamientos se comenzó a incluir una cláusula tipo en los contratos administrativos suscritos con extranjeros, por lo general aquellos de concesión, según la cual “Las dudas y controversias que puedan surgir debido a este contrato serán resueltas por los tribunales competentes del Estado, de conformidad con su derecho, y no

darán lugar a ninguna intervención diplomática o reclamación internacional”. Así pues, la cláusula consagra una igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, sometiéndose estos últimos a las leyes y jueces del país receptor de la inversión y renunciando igualmente a solicitar la protección diplomática de su país de origen.

En este contexto histórico, los juristas latinoamericanos, desde finales del SXIX lucharon para que los postulados de Calvo fuesen parte del derecho internacional público. Así, en la Conferencia Panamericana de 1890, celebrada en Washington, se nombró una comisión ad hoc para el estudio del tema, la cual sostuvo la absoluta igualdad de derechos y deberes entre nacionales y extranjeros, quienes debían someterse a las mismas vías judiciales que los primeros.<sup>62</sup> De igual manera, en la Segunda Conferencia Panamericana, celebrada en ciudad de México en 1902, quince Estados aprobaron una Convención en la cual se estipuló que los extranjeros gozaban de todos los derechos civiles que los nacionales, debiendo hacer uso de ellos en las mismas condiciones.<sup>63</sup>

En el caso colombiano, igualmente, el 10 de agosto de 1894 se celebró un tratado de amistad, comercio y navegación con Italia, texto en el cual se estipuló que en caso de daños causados a ciudadanos italianos durante las guerras civiles, éstos se comprometían a agotar las vías judiciales internas antes de acudir ante instancias internacionales.

La discusión acerca de la aplicación de la cláusula Calvo se revivió en 1917 cuando la Constitución mexicana la incorporó en su texto, polémica que se agudizó hacia 1938 cuando fueron decretadas varias nacionalizaciones de capitales extranjeros. Frente a tal posición, el Gobierno de los Estados Unidos de América creó la conocida como fórmula Hull ( Hull rule ) según la cual los inversionistas debían ser indemnizados sin retrasos injustificados ( prompt ), proporcionalmente ( adequate ) y en moneda convertible ( effective ), en tanto que México sostenía que el tema de las indemnizaciones debía ser de competencia exclusiva de los tribunales y leyes de la República Federal mexicana.

Posteriormente, en 1948, durante la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá se redactó la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos y el tratado sobre arreglo pacífico de controversias, textos normativos que incorporan la esencia de la cláusula Calvo. Así, la primera establece en su artículo 15 que “la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes sean nacionales o extranjeros”; el segundo consagra, a su vez, en su artículo 7º que “Las Partes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales del Estado respectivo”.

Cabe asimismo señalar que la cláusula Calvo, en sus diversas modalidades, ha sido elevada a rango constitucional en diversos países latinoamericanos, tales como Bolivia<sup>64</sup> (1967), Salvador<sup>65</sup> (1982), Guatemala<sup>66</sup> (1985), Perú<sup>67</sup> (1993), Ecuador<sup>68</sup> (1998 ) y Venezuela<sup>69</sup> (1999).

Ahora bien, como lo precisan algunos académicos como D.E. Graham<sup>70</sup>, a lo largo de los años, han existido distintas variantes o modalidades de la cláusula Calvo: (i) una que excluye la protección diplomática siempre y en cualquier situación; (ii) una que garantiza el derecho a la protección diplomática sólo en caso de denegación de justicia; (iii) una que prevé que la

denegación de justicia no sea solamente un simple veredicto desfavorable al reclamante; y (iv) finalmente aquellas Constituciones que no insertan una cláusula Calvo sino establecen que los foráneos tienen los mismos derechos y deberes que los nacionales.

Una adecuada comprensión de la cláusula Calvo pasa por situarla en el ámbito de la responsabilidad internacional contractual o extracontractual de los Estados por actos violatorios de los derechos de los inversionistas extranjeros que residen en su territorio. En tal sentido, mediante la figura de la protección diplomática el Estado de origen del inversionista asume o endosa la defensa de éste ante el Estado responsable del daño, protección que puede ir desde el recurso a las gestiones diplomáticas correspondientes, pasando por reclamaciones formales, llegando hasta órganos judiciales internacionales<sup>71</sup>.

Además de requerirse el vínculo de nacionalidad, la jurisprudencia internacional ha considerado que el inversionista extranjero debe agotar los recursos administrativos y judiciales internos del país presuntamente responsable del daño, antes de acudir a la figura de la protección diplomática. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en sentencia del 21 de marzo de 1959, en el asunto *Interhandel* estimó que “la norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario; esta norma ha sido observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación del derecho internacional. En dichos casos se ha considerado necesario, que antes de recurrir a la jurisdicción internacional, el Estado donde se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios en el marco de un ordenamiento jurídico interno”.

Ahora bien, en relación con el requisito del agotamiento de los recursos judiciales internos se ha entendido que se trata de respetar la soberanía de los Estados, uno de cuyos pilares lo constituye el ejercicio de la función jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de otorgarle la oportunidad al Estado demandado que antes de ser declarado responsable internacionalmente, pueda hacer justicia de acuerdo con su propio sistema jurídico.

Resulta entonces tan importante el requisito del agotamiento de las vías judiciales internas, que la jurisprudencia internacional ha entendido que sólo excepcionalmente se puede prescindir de éste cuando se presenta una notoria denegación de justicia, ( vgr. en el sistema jurídico estatal no existen vías procesales idóneas para obtener una reparación ). Así mismo, se le exige al reclamante un comportamiento respetuoso del ordenamiento jurídico interno, doctrina que se conoce como “teoría de las manos limpias” o “clean hands”<sup>72</sup>, supuesto que no cumple, por ejemplo, cuando ha apoyado grupos armados ilegales<sup>73</sup>.

En conclusión, en materia de inversión extranjera en América Latina, a lo largo de los siglos, se ha defendido el postulado del sometimiento del extranjero a las leyes y jueces locales, en tanto que manifestación del principio de soberanía nacional.

1. La regulación de la cláusula compromisoria en el contexto de los contratos de estabilidad jurídica.

Una adecuada comprensión de la disposición legal acusada pasa por contextualizarla en el tema de la regulación de la inversión extranjera en Colombia.

En tal sentido, bien sea mediante una ley o un tratado internacional, el Estado colombiano regula el régimen de la inversión extranjera, estableciendo requisitos para el ingreso de la misma, controles, mecanismos de protección, obligaciones, entre otras. La finalidad de dichas regulaciones es esencialmente la misma: crear un contexto jurídico favorable para el ingreso y la permanencia de grandes capitales, así como promover la transferencia de nuevas tecnologías, indispensables para el desarrollo económico y social del país.

Sobre el particular vale señalar que en los últimos años, el Estado colombiano ha suscrito diversos tratados internacionales<sup>74</sup> encaminados a reconocerle al inversionista extranjero unos determinados derechos de carácter sustantivo, derivados de cláusulas convencionales tales como aquella de la nación más favorecida, del trato nacional y garantías de repatriación de capitales, al igual que protección judicial de sus inversiones y mecanismos de solución de controversias<sup>75</sup>.

Ahora bien, los mencionados tratados bilaterales de inversión o BIT (Bilateral Investment Treaties) representan la nueva forma de los que antes se denominaban tratados de amistad comercio y navegación<sup>76</sup>; suelen contar con una serie de disposiciones procesales que establecen mecanismos de solución de diferencias a lo que se puede recurrir en caso de disputas relacionadas con la aplicación o interpretación de los acuerdos. Generalmente el tratado internacional hace referencia a la ley aplicable para la definición del conflicto, pudiendo ser la legislación nacional del país receptor, otros acuerdos entre las partes, o los principios de derecho internacional.

Paralelamente, el Congreso de la República expidió la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”. Dicho texto normativo regula el tema de los contratos de estabilidad jurídica, caracterizados por ser de carácter administrativo, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a ( i ) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente; ( ii ) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar; ( iii ), en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica; ( iv ) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa; ( v ) acatar

fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales; y ( vi ) cumplir “con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.”

En suma, los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros en Colombia están regulados por un tratado internacional o por la ley, mas no por ambos de manera simultánea, es decir, aquél no puede seleccionar, de acuerdo con sus conveniencias, disposiciones de uno y otro texto normativo.

1. A modo de conclusión: el sentido y el alcance del artículo 7º de la Ley 963 de 2005.

El artículo 7 de la Ley 963 de 2005 consagra la facultad que tienen las partes en el contrato de estabilidad jurídica de suscribir una cláusula compromisoria, cuyo objeto es dirimir las controversias derivadas de aquél. En caso de llegar a pactarse, la cláusula deberá disponer que el tribunal de arbitramento será nacional y regido exclusivamente por leyes colombianas.

Una adecuada interpretación de esta norma legal evidencia que ( i ) si las partes en el contrato de estabilidad jurídica deciden pactar la cláusula compromisoria, deberán someter su controversia contractual a un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por las leyes colombianas; ( ii ) si las partes no pactan la cláusula compromisoria su controversia será sometida a jueces y leyes colombianas; y ( iii ) el inversionista extranjero que haya celebrado un contrato de estabilidad jurídica con el Estado colombiano, no habiendo pactado cláusula compromisoria, no puede después ampararse directamente en el texto de un tratado internacional de protección a la inversión extranjera. En otras palabras, si el inversionista extranjero celebra un contrato de estabilidad jurídica, su relación jurídica con el Estado colombiano se regula por la Ley 963 de 2005 y no por los tratados bilaterales de protección a los inversionistas foráneos.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-155/07

LEY DE ESTABILIDAD JURIDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA-Vulneración del principio de igualdad en la libre competencia económica (Aclaración de voto)

Referencia: sentencia C-155/2007

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS

La Corte mediante la sentencia de la referencia resolvió declarar exequible la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por

leyes colombianas”, del artículo 7º de la ley 963 de 2005, que regula la estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia y lo hizo fundamentalmente al considerar – lo que comparte el suscrito Magistrado – (i) que no resulta procedente realizar una confrontación con la Convención de Washington de 1965, típico tratado internacional económico, pues no constituye parámetro de constitucionalidad; (ii) que el juicio de constitucionalidad no puede implicar razones de oportunidad o conveniencia, como lo alegó el demandante y (iii) la norma no desconoce presuntos derechos adquiridos en virtud de la ley 315 de 1996 y el Decreto 1818 de 1998, pues estas normas no solo no constituyen parámetro de constitucionalidad, sino que además versan sobre una materia sobre la cual tiene amplia libertad de modificación o derogación el Congreso de la República mediante una nueva ley.

Con todo en esta decisión la Corte sigue una pauta trazada en diversos precedentes en los que se ha resaltado que la ley 963 de 2005 al establecer la existencia de una cuantía mínima a partir de la cual los inversionistas podían beneficiarse con los contratos de estabilidad jurídica no viola el principio de igualdad<sup>80</sup>, y al hacerlo dejan viva su transgresión en esta materia, pues como tuve oportunidad de manifestarlo en la respectiva aclaración de voto, dicha violación resulta ostensible en la medida en que se favorecen únicamente las inversiones superiores a cierto capital y a determinados sectores económicos.

Reitero mi punto de vista.

Fecha ut supra

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-155 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: expedientes D-6422, D-6423, D-6424, D-6425 y D-6434, acumulados.

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 7º (parcial) de la Ley 963 de 2005, “Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, para lo cual me remito a los argumentos expuestos en mi aclaración de voto a la sentencia C-961 de 2006 Expediente D-6304 M.P. Rodrigo Escobar Gil y en la que también se demandó la norma que ahora es materia de enjuiciamiento.

En razón a lo expuesto, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

Magistrado

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-155 de 2007

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Facultativo la inclusión de cláusulas compromisorias (Aclaración de voto)

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Solución de controversias (Aclaración de voto)

CLAUSULA COMPROMISORIA EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-No excluye aplicación de tratados internacionales de protección de inversiones (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-6422, D-6423, D-6424, D-6425 y D-6434 (acumulados)

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Demandante: Antonio José Ortiz Díaz y otros

Magistrado Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

Con el acostumbrado respeto aclaro mi voto.

1. Subrayo que la sentencia se funda en el principio de voluntariedad plasmado en el artículo 116 de la Constitución y se advierte que la norma acusada enmarca, sin eliminar, la aplicación de dicho principio respecto de los contratos de estabilidad jurídica. Así, por ejemplo, es facultativo incluir una cláusula compromisoria en tales contratos.

1. Por coincidir con la razón básica - atinente a la armonización de los artículos 7 y 11 de la Ley 963 de 2005 -expuesta por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra en su aclaración de voto a esta sentencia, adhiero a los argumentos allí expresados, con un matiz respecto del objeto de los procesos arbitrales. En efecto, el arbitraje relativo a un contrato de estabilidad jurídica donde se haya incluido una cláusula compromisoria, versa sobre las diferencias en torno a dicho contrato de estabilidad. Por lo tanto, su objeto es específico y diferente al arbitraje contemplado en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

1. Como lo esencial es el objeto de la cláusula compromisoria, en razón de la materia, la

norma acusada no excluye la aplicación de los tratados internacionales de protección de inversiones en el ámbito correspondiente definido por el propio tratado, interpretado en armonía con las demás normas pertinentes.

1. Como el cargo planteado por los demandantes alude esencialmente a tratados internacionales, la sentencia se refiere a las inversiones extranjeras. Ello no significa que los inversionistas nacionales no puedan, según las características de la inversión, acogerse tanto a dichos contratos como a la cláusula compromisoria que voluntariamente acuerden incluir en el respectivo contrato.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Sentencia C-211 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería, sobre la diferencia que existe entre cosa juzgada relativa y sentencias interpretativas o condicionadas.

2 Sentencia C-310 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Sentencia C-394 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

4 Ibídem.

5 Sentencia C-584 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-584 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 "...verbigracia, cuando el análisis constitucional se restringe al estudio de determinados cargos de constitucionalidad" (Auto del 31 de julio de 2006. Expediente 6418, MP. Álvaro Tafur Gálvis). Igualmente pueden verse las Sentencias C-774 de 2001, C-1169 de 2004 y C-783 de 2005.

8 Sentencias C-914 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas; C-710 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (Salvamento parcial de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería); C-712 de 2005 (Salvamento parcial de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería), entre otras.

9 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

10 Modificado por el artículo 55 de la Ley 1111 de 2006, en el sentido que la inversión deberá superar 155.000 UVT (Unidades de Valor Tributario).

11 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, quien consideró que el artículo 2º de la ley debió ser declarado inexecutable por

violación del principio de igualdad, al favorecer únicamente las inversiones superiores a cierto capital y a determinados sectores económicos. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, pues a su juicio las normas demandadas debieron ser declaradas inexecutable porque limitan la facultad del Congreso de reformar la ley. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

12 Sentencia C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra (en la medida que considera que la ley es inexecutable en su totalidad al limitar las competencias del Congreso para modificar la ley) y Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en el sentido que, como señaló en su salvamento de voto a la Sentencia C-242 de 2006, el monto mínimo de la inversión para acceder a los beneficios de la ley viola el derecho a la igualdad.

14 Sentencia C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

15 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Gálvis.

16 “Por lo tanto, la verdadera fuente de la garantía de estabilidad jurídica del inversionista, no surge directa e inmediatamente de la ley acusada de inconstitucional, sino del contrato de estabilidad jurídica que por autorización de la misma ley la incorpora como regla interna reguladora de dicho contrato, convirtiéndose así en un derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión” (Sentencia C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño)

17 *Ibíd.*

18 Cfr. Sentencia C-644 de 2004.

19 Sentencia C-418 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

20 Pueden verse las sentencias C-1022 de 1999 y C-067 de 2003.

21 Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento parcial de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, José Gregorio Hernández y Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

24 Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus

prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados” (Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

25 Sentencia C-1118 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26 Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Así, por ejemplo, al referirse a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Corte ha señalado que “la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores” (Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

27 Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Salvamento de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y José Gregorio Hernández. En esta sentencia se señaló: “Este principio de Pacta sunt servanda, según el cual los tratados deben ser cumplidos por las partes que se obligaron, constituye la base esencial del derecho de los tratados y, en general, del funcionamiento armónico y pacífico de la comunidad internacional. Por ello, algunos teóricos han considerado que esta norma representa el principio base, la norma fundamental y más elemental de todo el sistema jurídico del derecho internacional, de la cual depende la validez de las reglas de este derecho. Según su criterio, que esta Corte acoge, resulta imposible pensar el derecho internacional como disciplina autónoma sin presuponer una norma como Pacta sunt servanda, por lo cual ella es sin lugar a dudas uno de los principios de derecho internacional reconocidos por Colombia (CP art. 9º)”

28 Sentencia C-276 de 1993. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 3.4.

29 Ver sentencia C-358/97. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico 15.5.

30 Sentencia C-644 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Salvamento parcial de voto del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, en cuanto a que el tratado internacional sujeto a revisión incluía asuntos ajenos al mismo. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería, por considerar que el tratado aprobado violaba el artículo 9º de la Constitución Política sobre la libre autodeterminación de los pueblos.

31 Sentencia C-249 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

32 Ibídem. En otra oportunidad se había indicado: “La racionalidad del derecho es la que exige pues que el orden interno no vulnere el orden internacional, pues sería el precedente para que la unilateralidad se proclamara con argumentos que podrían ser de fuerza y no de razón, es decir, de “capricho” y no de consenso. Por eso es que existen deberes y derechos eminentemente racionales -y en su extensión, universales, por lo que las diversas sociedades civiles, organizadas bajo la forma de Estado cada una de ellas, se hallan unidas entre sí por pactos que las vinculan en un ideal común objetivo. La base de todo el orden internacional, el fundamento de su construcción y progreso, no es otro distinto al respeto por el consenso, es decir el principio pacta sunt servanda, manifestación de la recta razón.”

(Sentencia C-319 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

33 En la Sentencia C-400 de 1998, la Corte señaló también que los tratados internacionales debían cumplirse de buena fe conforme al artículo 83 de la Constitución Política, “norma que se aplica también a las relaciones internacionales” (M.P. Alejandro Martínez Caballero, salvamento de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y José Gregorio Hernández)

34 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobado por la Ley 32 de 1985.

35 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986, aprobada por la Ley 406 de 1997.

36 Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Salvamento de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y José Gregorio Hernández.

37 Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento parcial de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, José Gregorio Hernández y Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 El artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1965 (Ley 32 de 1985) se refiere a la posibilidad de un Estado de suspender la aplicación de un Tratado como consecuencia de su violación por parte de otro Estado. Puede verse la Sentencia T-557 de 2005, en la que la Corte se refirió a la reciprocidad en materia de exequatur. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Igualmente, la utilización de los principios de reciprocidad y equidad como referentes de constitucionalidad puede encontrarse en la Sentencia C-492 de 1998, M.P., Fabio Morón Díaz, en la que se declaró la exequibilidad de la Ley 431 de 1998, “por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Comercio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de Malasia”; igualmente, en la Sentencia C-1144 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se declaró exequible la Ley 884 de 2004 “por medio de la cual se aprueba la Resolución número AG-1 de 1998 que modifica el convenio constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica-BCIE, adoptada por la Asamblea de gobernadores del Banco.”

39 Sentencia C-961 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Gálvis.

40 Aprobada por la Ley 267 de 1995 y declarada exequible mediante Sentencia C-442 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

41 La estructura de la Convención de Washington de 1965 es la siguiente: creación y organización del CIADI (Capítulo I); jurisdicción y conflictos que puede conocer y decidir (Capítulo II); regulación de la conciliación (Capítulo III) y del arbitramento (Capítulo IV); causales de sustitución y recusación de conciliadores y árbitros (Capítulo V); pago de las costas del procedimiento y el lugar donde éste debe llevarse a cabo (Capítulos VI y VII, respectivamente); solución de controversias entre los Estados derivadas del tratado (Capítulo VIII); enmiendas (Capítulo IX) y disposiciones finales.

42 Respecto del arbitraje, la Convención señala que el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes (Art.37). Indica que si las partes no llegaren a un acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo (ibídem). Advierte que la mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante, salvo que las partes consientan en ello. (Art.39) Con relación a la ley aplicable al arbitramento, la Convención indica que el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y que, a falta de acuerdo, aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, “incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.” (Art.42) Advierte que el Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley y que el conflicto se podrá decidir ex aequo et bono, si las partes así lo acuerdan. La Convención también regula: 1. La solicitud de arbitraje; 2. La constitución del Tribunal, sus facultades y funciones; 3. La expedición del laudo, su aclaración, revisión y anulación; 4. El reconocimiento y ejecución del laudo. Todo ello, en el marco de la solución de controversias originadas en inversiones realizadas en los Estados Parte de la Convención.

43 Sentencia C-442 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

(...)”44

Opina esta Corporación que las normas de la Convención de Washington que regulan la jurisdicción del CIADI son compatibles con las disposiciones de la Constitución Política de Colombia. En primer lugar, en este punto cabe efectuar el mismo análisis que se hizo más arriba (ver N° 4) en torno a la viabilidad constitucional del arbitramento y la conciliación internacionales en materia de inversiones extranjeras. De otro lado, los principios que rigen la jurisdicción del Centro, antes expuestos, son particularmente respetuosos con las atribuciones soberanas y con la independencia del Estado colombiano. En efecto, la suscripción del Tratado no impone a los Estados contratantes tener que recurrir, en forma obligatoria, siempre que surja una diferencia con un inversionista extranjero, a la jurisdicción del CIADI. El consentimiento de las partes a someterse a la competencia del Centro puede llegar, incluso, a prestar el consentimiento caso por caso, lo cual implica que el Estado puede decidir soberanamente en qué eventos acude o no ante el CIADI para resolver los mencionados conflictos. Lo anterior se refuerza con la posibilidad (artículo 25(4)) de que el Estado, al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio manifieste qué tipo de diferencias acepta someter a la jurisdicción del Centro.

De igual forma, las competencias de los organismos judiciales y administrativos nacionales no se ven interferidas por las atribuciones del CIADI. Si bien la Convención de Washington consagra como principio general el no agotamiento de las vías procesales nacionales, al mismo tiempo determina que, si el Estado así lo desea, puede supeditar su consentimiento a someterse la jurisdicción del Centro al agotamiento de sus vías administrativas y judiciales internas. En opinión de la Corte, esta salvedad deja a salvo las potestades que, sobre conflictos relativos a inversiones internacionales, pudiesen tener los órganos judiciales y administrativos colombianos.” (se subraya)

Al respecto puede verse: Cremades M., Bernardo y Cairns J.A, David, la seguridad jurídica de las inversiones: la protección contractual de los Estados. En: Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre de 2004, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, CAD, Legis.

45 Sentencia C-422 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

46 En este sentido, al tratarse de la revisión de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha indicado que el ámbito de su competencia es de estricto derecho, “no siendo posible extenderlo a aspectos ajenos a la habilitación expresa que, para el ejercicio de su función de salvaguarda de constitucionalidad, contempló el Constituyente.” (Sentencia C-246 de 1999, M.M.P.P Antonio Barrera Carbonell y José Gregorio Hernández, salvamento de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz.)

47 Sentencia C-147 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

48 Sentencia C-147 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

49 Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

50 Sentencia C-478 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

51 Sentencia C-604 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

52 Sentencia C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

53 Sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

54 *Ibíd.*

55 Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

56 Artículo 43: La ley preexistente prefiere a la ley *expost-facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.” (se subraya la parte demandada).

57 Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. Aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

58 Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

59 Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Al respecto la Corte ha señalado que “corresponde al Congreso de la República en ejercicio de la potestad legislativa de que es

titular, según el artículo 150 Superior, crear el marco jurídico regulador de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos jurídicos dentro de los límites y márgenes que establece el ordenamiento constitucional” y que “lo anterior, implica un adecuado, prudente y razonable diseño normativo, que patrocine un esquema para la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, en virtud del cual se logre descongestionar los despachos judiciales, se permita alcanzar un uso racional, eficaz y eficiente del aparato judicial, y se cambie la cultura del litigio.” Que, en esa medida, “dicho esquema, no puede significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste a dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución. (Sentencia C-160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.)

60 Francesco Tamburini, “Historia y destino de la “doctrina calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?. Rev. estud. hist.-juríd., 2002, no.24, p.81-101.

61 Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, París, 1896.

62 *The International Conferences of American States*, New York, edic. James Brown, 1931.

63 Francesco Tamburini, *ob.cit.*, p.81-101.

64 El artículo 24 de la Constitución de Bolivia de 1967 dispone “Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”.

65 El artículo 98 de la Constitución salvadoreña de 1982 reza “Ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán reclamar al gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios que a sus personas o a sus bienes causaran facciones. Sólo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpable”, y en el art. 99: “Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de la denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expedidos”.

66 El artículo 29 de la Constitución de Guatemala de 1985 establece “Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia”.

67 El artículo 63, 2 c ) de la Constitución peruana de 1993 dispone: “En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes u órganos jurisdiccionales de la República y se renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados en la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero”.

68 El artículo 14 de la Constitución ecuatoriana establece que “Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueran celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales”.

69 El artículo 151 de la Constitución venezolana dispone que “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

70 D.E. Graham, “The Calvo clause. Its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection”, Texas International Law Forum, 1971, pp. 289-290.

71 D.R. Shea, The Calvo clause. A problem of interamerican and international law and diplomacy, Minnesota, 1955, p. 28.

72 Thomas Buergenthal, Manual de derecho internacional, México, 1994.

73 *Ibidem*.

74 Ver entre otras, sentencias C- 358 de 1996, C- 379 de 1996, C- 008 de 1997 y C- 294 de 2002.

76 J.W. Salacuse, “The growth of the Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries”, en International Law 24 (1990), pp. 664 - 673.

77 Regula el “arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, aprobada por la Ley 267 de 1995, declarada exequible mediante sentencia C-442 de 1996.-

78 Por la cual se regula el arbitraje internacional.

79 Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

80 Sentencias C-242 de 2006. Magistrado Ponente Dra. Clara Inés Vargas H.; C-320 de 2006, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porte y C-961 de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.