C-494-98

Expediente LAT-117

Sentencia C-494/98

PROYECTO DE LEY-Trámite legislativo

No existe ningún vicio de forma en el trámite otorgado a este proyecto de ley ante el Congreso de la República, razón por la cual, por este aspecto, el mismo se ajusta a los mandatos superiores.

ACUERDO SOBRE INVERSION EXTRANJERA-Objeto

El objetivo específico que persigue con la celebración del Acuerdo, es el de intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco y de sus pueblos, creando condiciones favorables que permitan promover y proteger la realización de inversiones por inversionistas de cada una de ellas, en el territorio de la otra, bajo estipulaciones claras de obligatorio cumplimiento, una vez perfeccionado el compromiso bilateral.

PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL/CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA

De conformidad con el objeto y finalidad del presente Acuerdo, las normas bajo examen se encuentran acordes con la Constitución Política, puesto que, el principio del "trato nacional" implica equiparar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. De igual modo, al contemplarse en dichas normas, lo que en otros Convenios se ha denominado como la "cláusula de la nación más favorecida", con el propósito de eliminar todo tratamiento diferente entre los países interesados, y lograr que las inversiones extranjeras se hagan beneficiarias de las ventajas que el país receptor de las mismas, otorgue a un tercer Estado.

NACIONALIZACION-Prohibición/ACUERDO INTERNACIONAL-Prohibición de establecer monopolios

El artículo V del Acuerdo consagra la prohibición de que las inversiones de cualquiera de las

Partes sean sometidas a nacionalización o medidas equivalentes y “a cualquier forma de expropiación”. Esta cláusula, redactada en esos términos, tendrá que ser declarada inexequible, toda vez que contradice los siguientes preceptos constitucionales: el 13, sobre el derecho a la igualdad, el 58, acerca de la expropiación que allí mismo se autoriza, así como, el 336 referente a la regulación de los monopolios. El artículo V del Acuerdo referente a la nacionalización y expropiación bajo examen, no se ajusta a los mandatos constitucionales mencionados.

LIBRE TRANSFERENCIA DE PAGOS

La cláusula será declarada ajustada a la Constitución Política, salvo, en las partes que tiene que ver con la libre transferencia de los pagos relacionados con esas inversiones, por concepto de las “indemnizaciones previstas en el Artículo V”, y al porcentaje mínimo que de las mismas se garantiza para la libre transferencia, contenido en numeral 7 de este Artículo VII, pues ellas presentan una unidad de materia con las disposiciones del Artículo V del Acuerdo, sobre nacionalización y expropiación, que contradice los ordenamientos superiores, debiendo ser declaradas inexequibles, en la parte resolutiva de esta providencia.

PRINCIPIO DE SUBROGACION EN LAS NEGOCIACIONES INTERNACIONALES

En el ámbito de las negociaciones internacionales, el mecanismo de la subrogación es comúnmente utilizado, a fin de regular lo relacionado con la responsabilidad de las Partes frente a sus inversionistas, generando una mayor seguridad en el cumplimiento de los compromisos y en las garantías que se adopten para proteger las inversiones de capitales extranjeros de los riesgos y vicisitudes en que puedan incurrir. Su consagración en nada contradice la Carta Política.

ACUERDO SOBRE INVERSION EXTRANJERA-Mecanismos de solución de controversias

Los anteriores artículos pretenden dar a los interesados la posibilidad de agotar vías alternas de solución pacífica y concertada de las discrepancias que entre ellos surjan, así como facultar a diversas instancias de resolución internacional de conflictos, para el conocimiento de las mismas, que en razón a la especialidad de las materias, las convierte en viables y necesarias, facilitando la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas colombianas, dentro del contexto internacional.

Referencia: Expediente L.A.T.-117

Revisión constitucional de la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998 “por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 1.995.” así como del citado Acuerdo.

Magistrado Ponente:

Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

I. ANTECEDENTES.

El Gobierno Nacional, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, remitió a esta Corporación, el día 17 de febrero de 1.998, copia auténtica de la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998 “por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España” suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 1.995.”.

Para los efectos del ejercicio del control de constitucionalidad, el Magistrado Ponente, mediante auto del 9 de marzo de 1.998, avocó el conocimiento de los mismos actos y, luego de surtidos los trámites requeridos en la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1.991 para esta clase de procesos, la Corte Constitucional procede a pronunciarse sobre el particular.

II. TEXTO DE LAS NORMAS QUE SE REVISAN.

Se incluye, a continuación, el texto de la Ley 437 de 1.998, tomado del ejemplar cuya copia auténtica remitió el Gobierno:

LEY 437 DE 1998

(febrero 17)

por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá D. C.,

el 9 de junio de 1995.

El Congreso de Colombia

Visto el texto del “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santa Fe de Bogotá D. C., el 9 de junio de 1995.

(Para ser transcrito: se adjunta fotocopia del texto íntegro del instrumento internacional mencionado debidamente autenticado por el Jefe de la Oficina Jurídica, del Ministerio de Relaciones Exteriores).

«ACUERDO PARA LA PROMOCION Y PROTECCION

RECIPROCA DE INVERSIONES ENTRE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO DE ESPAÑA

La República de Colombia y el Reino de España, en adelante “las Partes Contratantes”, deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países,

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra, y

reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo,

han convenido lo siguiente:

Artículo I

Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

1. Por “inversionistas” se entenderá:

a) Personas físicas que sean nacionales de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante;

b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles; sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante.

2. Por "inversiones" se designa todo tipo de activos y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

– Acciones y otras formas de participación en sociedades.

– Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares.

– Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos técnicos y fondo de comercio o buen nombre.

– Las concesiones o figuras similares otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica o comercial incluidas las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

No obstante lo anterior, para los efectos de este Acuerdo, los préstamos no se considerarán como inversiones.

3. Por "rentas de inversión" se entienden los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior e incluye en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, ganancias de capital, regalías y cánones.

4. El término "territorio" designa el territorio terrestre de cada una de las Partes Contratantes así como aquellas áreas marinas incluyendo el suelo y subsuelo marino adyacentes al mar territorial sobre las cuales cada una de las Partes Contratantes ejerce, de acuerdo con la ley internacional, derechos a efectos de explorar y explotar los recursos naturales en esas áreas.

Artículo II

Promoción, admisión

1. Cada Parte Contratante promoverá las inversiones en su territorio de inversionistas de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

2. El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversionistas de una Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última. No se aplicará a las controversias originadas con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo.

3. A fin de promover los flujos de inversión mutua las Partes Contratantes intercambiarán la información que facilite el conocimiento de las condiciones y oportunidades para la inversión en su territorio.

Artículo III

Protección

1. Cada Parte Contratante otorgará, conforme al Derecho Internacional, plena protección y seguridad en su territorio a las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

2. Las autorizaciones necesarias y permisos para el desarrollo de las inversiones y la ejecución de contratos laborales, de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa se concederán y ejecutarán de acuerdo con la legislación de cada Parte Contratante.

3. Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiese contraído respecto a las inversiones realizadas por la otra Parte Contratante.

Artículo IV

Tratamiento

1. Las inversiones y rendimientos de inversionistas de cada Parte Contratante deberán, en todo momento, recibir un tratamiento justo y equitativo.

2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante en su territorio a las inversiones y rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado.

3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversionistas de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, un mercado común o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional relacionado total o parcialmente con tributación.

4. Cada Parte Contratante aplicará, salvo lo dispuesto en su legislación nacional, a las inversiones y rendimientos de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas.

Artículo V

Nacionalización y expropiación

1. Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas en el territorio de la otra Parte Contratante a:

a) Nacionalización o medidas equivalentes, por medio de las cuales una de las Partes Contratantes tome el control de ciertas actividades estratégicas o servicios, o

b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionados con las necesidades internas de esa Parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

2. De acuerdo con los principios de derecho internacional, la compensación por los actos referidos a los apartados 1 a) y b) de este artículo ascenderá al valor real de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las medidas inminentes fueran de conocimiento público, lo que ocurra primero. La compensación deberá pagarse sin demora injustificada, será efectivamente realizable y será libremente transferible.

3. El inversionista tendrá derecho, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo. El ejercicio de este derecho no le impedirá acceder a los mecanismos arbitrales contemplados en el artículo XI del presente Acuerdo.

4. Si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en el apartado 1 a) y b) de este artículo, en relación con los activos de una compañía incorporada o constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual los inversionistas de la otra Parte Contratante son propietarias de acciones, debe asegurar que las disposiciones de los apartados 1 al 3 de este artículo se apliquen de manera que garanticen una compensación pronta, adecuada y efectiva con respecto a la inversión de estos inversionistas de la otra Parte Contratante, propietarios de las acciones.

5. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo obligará a cualquiera de las Partes Contratantes a proteger inversiones de personas involucradas en actividades criminales.

Artículo VI

Compensación por pérdidas

1. A los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones o rentas de inversión en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, rebelión o motín u otras circunstancias similares, incluidas pérdidas ocasionadas por requisas, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, tratamiento no menos favorable que aquél que la última Parte Contratante conceda a sus propios inversionistas y a los inversionistas de cualquier tercer Estado. Cualquier pago hecho de acuerdo con este artículo será realizado de forma pronta, adecuada, efectiva y libremente transferible, conforme al artículo VII del presente Acuerdo.

Artículo VII

Transferencia

1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la libre transferencia de los pagos relacionados con las mismas y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

– Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo I;

– Las indemnizaciones previstas en el artículo V;

– Las compensaciones previstas en el artículo VI;

– El producto de la venta o liquidación, total o parcial de las inversiones;

– Las sumas necesarias para el reembolso de las aportaciones dinerarias vinculadas a una inversión;

– Las sumas necesarias para el mantenimiento y desarrollo de la inversión.

2. La Parte Contratante receptora de la inversión no establecerá medidas discriminatorias para el acceso al mercado cambiario ni para la adquisición de las divisas necesarias para realizar las transferencias amparadas en el presente artículo.

3. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán en divisas libremente convertibles, sin perjuicio de las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en la Parte Contratante receptora de la inversión. A menos que el inversionista acuerde lo contrario, las transferencias se harán a la tasa de cambio aplicable el día de la transferencia, de acuerdo con las regulaciones cambiarias vigentes.

4. Las transferencias se realizarán sin demora ni restricciones de acuerdo con las prácticas de la banca comercial internacionalmente aceptadas. Cada Parte Contratante se compromete a facilitar el rápido cumplimiento de las formalidades necesarias que sean de su competencia para la realización efectiva de las transferencias.

5. Las Partes Contratantes concederán a las transferencias a que se refiere el presente artículo un tratamiento no menos favorable que el concedido a las transferencias originadas por inversionistas de cualquier tercer Estado.

6. En circunstancias de dificultades excepcionales de balanza de pagos cada Parte

Contratante tendrá derecho, por un período limitado de tiempo, a ejercer en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe, los poderes conferidos por sus leyes y procedimientos para la libre transferencia de las inversiones y rendimientos.

7. En el caso de las indemnizaciones previstas en el artículo V, siempre se garantizará la libre transferencia de, por lo menos, un treinta y tres y un tercio por ciento anual.

Artículo VIII

Condiciones más favorables

1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes, o de las obligaciones emanadas del derecho internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable.

2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversionistas de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo.

Principio de subrogación

1. En el caso de que una Parte Contratante o la entidad por ella designada hayan otorgado cualquier garantía sobre riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por sus inversionistas en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última aceptará la subrogación de la primera Parte Contratante o de su entidad en los derechos económicos del inversionista, desde el momento en que la primera Parte Contratante o su entidad hayan realizado un primer pago con cargo a la garantía concedida. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o su entidad sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por compensación a los que pudiese ser acreedor el inversionista.

2. En lo que concierne a los derechos de propiedad, uso, disfrute o cualquier otro derecho real, la subrogación sólo podrá producirse previa obtención de las autorizaciones pertinentes, de acuerdo con la legislación vigente de la Parte Contratante donde se realizó la inversión.

Artículo X

Controversias entre las Partes Contratantes

1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.

2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.

3. El tribunal de arbitraje se constituirá del siguiente modo: cada Parte Contratante designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un nacional de un tercer Estado como presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de tres meses, y el presidente en el plazo de cinco meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes Contratantes hubiera informado a la otra Parte Contratante de su intención de someter el conflicto a un tribunal de arbitraje.

4. Si una de las Partes Contratantes no hubiera designado a su árbitro en el plazo fijado, la otra Parte Contratante podrá invitar al Presidente del Tribunal Internacional de Justicia a realizar dicha designación. En caso de que dos árbitros no llegaran a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, en el período establecido, cualquiera de las Partes Contratantes podrá invitar al Presidente del Tribunal Internacional de Justicia a realizar la designación pertinente.

5. Si, en los casos previstos en el párrafo 4 del presente artículo, el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia no pudiera desempeñar dicha función, o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, se invitará al Vicepresidente para que efectúe las designaciones pertinentes. Si el Vicepresidente no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes las designaciones serán efectuadas por el miembro más antiguo del Tribunal que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes.

6. El Tribunal de Arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de respeto a las normas contenidas en el presente Acuerdo o en otros acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes, y sobre los principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional.

7. A menos que las Partes Contratantes lo decidan de otro modo, el Tribunal establecerá su

propio procedimiento.

8. El Tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y aquélla será definitiva y vinculante para ambas Partes Contratantes.

9. Cada Parte Contratante correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos incluidos, los del Presidente serán sufragados, a partes iguales, por ambas Partes Contratantes.

Artículo XI

Controversias entre una Parte Contratante

e inversores de la otra Parte Contratante

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversionista:

– A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;

– Al tribunal de arbitraje ad hoc establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional;

– Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél;

– O al Mecanismo Complementario del CIADI para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos en caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido al Convenio.

3. El arbitraje se basará en:

– Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes.

– Las reglas y principios de Derecho Internacional generalmente admitidos.

– El derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de ley.

4. Las sentencias de arbitraje serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

Artículo XII

Entrada en vigor, prórroga, denuncia

1. El presente Acuerdo entrará en vigor el día en que las Partes Contratantes se hayan notificado recíprocamente que las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales han sido cumplimentadas. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años y se renovará por tácita reconducción, por períodos consecutivos de dos años.

Cada Parte Contratante podrá denunciar el presente Acuerdo mediante notificación previa por escrito, seis meses antes de la fecha de su expiración.

2. En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos I al XI del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia.

Hecho en Santafé de Bogotá, D. C., a los nueve (9) días del mes de junio de 1995, en dos (2) originales en lengua española y siendo ambos igualmente auténticos.

Por la República de Colombia,

Por el Reino de España,

(Firmas ilegibles)».

El suscrito Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores

HACE CONSTAR:

Que la presente reproducción es fiel fotocopia del original del “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, hecho en Santafé de Bogotá, el 9 de junio de 1995, documento que reposa en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los treinta (30) días del mes de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Héctor Adolfo Sintura Varela.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Santa Fe de Bogotá, D. C., 15 de septiembre de 1995

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

ERNESTO SAMPER PIZANO.

El Ministerio de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) Rodrigo Pardo García-Peña.

DECRETA:

Artículo 1º. Apruébase el “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá, D. C., el 9 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Artículo 2º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 7ª de 1944, el “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá, D. C., el 9 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), que por el artículo 1º de esta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Artículo 3º. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Amylkar Acosta Medina.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Pedro Pumarejo Vega.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

Carlos Ardila Ballesteros.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Diego Vivas Tafur.

REPUBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Ejecútese previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 17 de febrero de 1998.

ERNESTO SAMPER PIZANO

La Ministra de Relaciones Exteriores,

María Emma Mejía Vélez.

El Ministro de Comercio Exterior,

Carlos Eduardo Ronderos Torres.

III. PRUEBAS DECRETADAS.

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, el Magistrado Sustanciador decretó pruebas con el fin de allegar al proceso copia auténtica del expediente legislativo y de todos los antecedentes del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998.

Para los fines mencionados, se ofició, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, a los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, así como a los de las Comisiones Segundas Constitucionales Permanentes, de ambas células legislativas, para que remitieran la información solicitada. Sobre ese material probatorio se hará referencia en las consideraciones que fundamentarán la parte resolutiva de esta providencia.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS.

Según informe de la Secretaría General de esta Corporación, del día 22 de abril del año en curso, intervinieron, dentro del término de fijación en lista, los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior, de la siguiente manera:

1. Ministerio de Relaciones Exteriores.

En su intervención, el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores se pronuncia a favor de la constitucionalidad del Acuerdo de la referencia y de su Ley aprobatoria, con base en las razones que se señalan a continuación :

Por una parte, manifiesta que no encuentra vicio alguno en cuanto a los aspectos formales del trámite de la ley bajo estudio y señala que, respecto de los aspectos de fondo, con fundamento en el estudio ya realizado por la Corte sobre un acuerdo similar suscrito con el Reino de la Gran Bretaña, en el cual se declaró constitucional la mayor parte del texto, se

remite a lo decidido en la Sentencia C-358 de 1.996, realizando “un parangón entre los dos instrumentos internacionales, con el fin de demostrar que son similares y que los argumentos de la Corte para declarar la exequibilidad de uno, sirven como soporte para solicitar la del otro”, con las siguientes características:

Al analizar el texto del Tratado, indica que en el preámbulo se expone claramente el propósito de su celebración, consistente en crear condiciones favorables para los inversionistas y estimular iniciativas en este campo. Luego, al referirse a su articulado, particulariza las coincidencias y características especiales del mismo, frente a tratados anteriormente analizados sobre el mismo tema, concluyendo que se conservan las definiciones (artículo I), se incorporan nuevos incisos ajustados a la Constitución (artículo II), se cambia su titulación (artículos III,IV y VIII) y su redacción (artículos VI, VII y IX) pero manteniendo los lineamientos previos, sin apartarse de la Carta Política; se modifican las reglas para la solución de controversias (artículos X y XI), acogiendo lo ordenado por la Corte, en cuanto a la potestad del Estado Colombiano para someterse a las leyes y Tribunales extranjeros, y se fijan las reglas de vigencia, duración y terminación del Acuerdo, de conformidad con la Carta Fundamental (artículo XII).

2. Ministro de Comercio Exterior.

El Ministro del ramo interviene, ante la Corte Constitucional, para sustentar la constitucionalidad de la Ley 437 de 1.998, manifestando que comparte y apoya las razones anteriormente expuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante concepto No. 1.544, del 18 de mayo de 1.998, el Jefe del Ministerio Público solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de los actos jurídicos objeto de examen, salvo lo atinente al artículo V, con base en las siguientes consideraciones:

Aun cuando no formula reparo alguno en relación con la representación del Estado Colombiano para suscribir el Tratado, objeta el trámite dado al proyecto de ley aprobatorio del mismo, en cuanto carece de la constancia de los debates y de su aprobación ante el Senado de la República, lo que, en su criterio, torna en inconstitucional la ley revisada, según lo prescrito en los artículos 154, inciso final, 157, 158, 160 y 241, numeral 10, de la Carta

Política; sinembargo, precisa que siempre y cuando se verifique el cumplimiento de dichos requisitos por la Corte, esta puede declarar su constitucionalidad por el aspecto formal; de lo contrario, recomienda devolver el proyecto al Senado de la República, para subsanar la irregularidad, con fundamento en el parágrafo único del artículo 241 superior.

De otro lado, al abordar el análisis material del Acuerdo, señala que éste forma parte de una serie de Tratados Bilaterales de carácter comercial que el país ha suscrito con otras Naciones (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, Cuba y Perú), orientados a la promoción y protección recíproca de inversiones, conocidos como BIT's (Bilateral Investment Treaties), cuya configuración normativa básica es la consagración de cláusulas uniformes o "tipo" de protección a las inversiones y respecto de las cuales, la Corte se ha pronunciado previamente, mediante providencias que cita para su análisis, concluyendo lo siguiente:

1. El Acuerdo satisface la necesidad de contar con un instrumento que regule la promoción y protección de las inversiones entre Colombia y España, a fin de estimular la iniciativa privada e incrementar el bienestar de ambos países, y armoniza con los postulados constitucionales que promueven la integración económica de nuestro país con las demás naciones del mundo.

2. La vigencia retroactiva del Acuerdo "… para actos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor…", no vulnera el artículo 13 de la Carta Fundamental, según lo establecido en la Sentencia C-379 de 1.996, por referirse a garantías consagradas tanto para los inversionistas nuevos como antiguos, en idénticas condiciones.

3. Las normas sobre trato nacional y condiciones para la nación más favorecida "desarrollan los principios de la igualdad y la reciprocidad entre las partes del Convenio, que rigen las relaciones exteriores de nuestro país, a términos de la Carta Fundamental."; sin embargo, como lo señaló la Corte Constitucional, en la Sentencia C-08 de 1.997, la aplicación de esas cláusulas debe someterse a los presupuestos del artículo 100 superior, frente al ejercicio de los derechos de los extranjeros.

4. La regulación de la expropiación de las inversiones extranjeras, contenida en el artículo V., es inconstitucional, por tratarse de disposiciones casi idénticas a las contenidas en otros Acuerdos BIT's suscritos por Colombia, respecto de los cuales existe un pronunciamiento en ese sentido por parte de la Corte, en las Sentencias C-358 y C-379 de 1.996 y C-08 de 1.997.

5. Las normas sobre compensación por pérdidas son constitucionales, de conformidad con las consideraciones que la Corte expuso en las sentencias ya citadas, con la advertencia de que su aplicación debe darse con sujeción a los mandatos de los artículos 90 y 100 de la Constitución, relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en Colombia, respectivamente.

6. La libre transferencia de las inversiones pretende efectivizar la protección que los Estados Partes deben otorgar a la inversión extranjera, y permite a las partes manejar temporalmente la transferencia de capitales relacionados con las inversiones protegidas por el Acuerdo, cuando se presenten dificultades en la balanza de pagos, respetando la autonomía y discrecionalidad de la Junta Directiva del Banco de la República; aunque estas actividades versan sobre operaciones propias del mercado cambiario, sus disposiciones no desconocen las competencias que la Carta Política ha otorgado al Emisor, pues dichas operaciones deben ser realizadas "sin perjuicio de las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en la Parte Contratante de la inversión".

7. El principio de subrogación constituye una garantía frente a los riesgos que pueden enfrentar los inversionistas, así como un acuerdo previo sobre la responsabilidad que los Estados Partes asumen respecto de aquellos, el cual no afecta la facultad del Gobierno Nacional para exigir la ejecución o cumplimiento del Tratado, por cuanto, dicho principio se aplica entre el inversionista y su gobierno o la entidad que otorgó la garantía.

8. Por último, manifiesta que la solución de controversias entre las partes contratantes, mediante mecanismos internacionales, resulta ser más conveniente que los sistemas ordinarios existentes dentro del ordenamiento interno, como lo ha expresado la Corte en pronunciamientos anteriores.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

En los términos del numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse, en forma definitiva, sobre la exequibilidad de la Ley 437, del

17 de febrero, de 1998 y del “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá, D.C. el 9 de junio de 1.995, y aprobado por esa misma ley.

2. Examen de constitucionalidad del Acuerdo y la ley aprobatoria.

La Corte ha resaltado en forma reiterada que, el control de constitucionalidad que ejerce respecto de los Tratados y de sus leyes aprobatorias, en virtud del mandato del artículo 241-10 de la Ley Fundamental, comprende la totalidad del contenido material del instrumento internacional y de la ley que lo aprueba, tanto en sus aspectos de forma como de fondo. A continuación, la Sala se propone adelantar dicho control integral en los términos anunciados.

2.1 La constitucionalidad en los aspectos formales.

En cuanto a la revisión de la constitucionalidad del Acuerdo de la referencia, así como de su ley aprobatoria, por aspectos de forma, debe precisarse que el examen de constitucionalidad se realiza tanto con respecto a la facultad de representación del Estado colombiano para la firma del respectivo instrumento internacional, como en lo referente al trámite legislativo de su ley aprobatoria ante el Congreso de la República, con sujeción a los ordenamientos superiores.

2.1.1. La representación del Estado colombiano en la celebración del Acuerdo.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para la celebración de los mismos, fija la representación de los Estados en sus Ministros de Relaciones Exteriores, en virtud de sus funciones y sin necesidad del otorgamiento de plenos poderes (Art. 7o., numeral 2o., literal a).

Del estudio de los documentos que reposan en el expediente, en especial de la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, aportada mediante oficio del 19 de marzo del presente año, se desprende que el “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España” fue suscrito por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Rodrigo Pardo García-Peña, el día 9 de junio de 1.995, siendo posteriormente objeto de aprobación ejecutiva

por el Presidente de la República en ejercicio, Dr. Ernesto Samper Pizano, el día 15 de septiembre de 1.995, quien ordenó someterlo a la aprobación del Congreso de la República (Fls. 185 y 186).

En consecuencia, la Sala observa que no existe reparo alguno frente a la situación relacionada con la facultad de representación legítima del Estado colombiano en la negociación y celebración del mencionado instrumento internacional.

2.1.2. Trámite legislativo para la formación de la Ley 437 de 1.998.

Con fundamento en las pruebas allegadas al proceso, las certificaciones remitidas a la Corte, los antecedentes legislativos y las actas publicadas en las Gacetas del Congreso de la República, se pudo determinar que el trámite surtido en esa Corporación para la expedición de la Ley No. 437 de 1.998, fue el siguiente:

1. El día 8 de octubre de 1996, el Gobierno Nacional, a través de los Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior, presentó el proyecto de ley aprobatorio del Acuerdo en estudio, ante la Secretaría General del Senado de la República, el cual fue radicado bajo el número 113 de 1.996-Senado y publicado en la Gaceta del Congreso No. 429 del 9 de octubre de 1.996.

2. El primer debate del proyecto de ley se surtió ante la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, con base en la ponencia publicada en la Gaceta No. 540 del 28 de noviembre de 1.996, y se aprobó por unanimidad, con los requisitos constitucionales y legales, el día 11 de diciembre de 1.996, según consta en certificación del 8 de julio del presente año, expedida por el Secretario General del Senado de la República, en respuesta al requerimiento realizado por el Magistrado Sustanciador, mediante Auto para mejor proveer, de fecha 6 de julio de 1998.

3. Posteriormente, la Plenaria del Senado de la República, con base en la ponencia publicada en la Gaceta No. 180 del 6 de junio de 1.997, discutió y aprobó el proyecto de ley, el día 11 de junio de 1.997, según consta en el Acta No. 048 de la misma fecha, publicada en la Gaceta No. 213 del 18 de junio de 1.997, “con el lleno de los requisitos legales, constitucionales y reglamentarios” según la certificación expedida por el Secretario General de esa Corporación, el 28 de abril de 1.998.

4. Radicado el proyecto de ley en mención en la Cámara de Representantes, con el número 339 de 1.997-Cámara, la Comisión Segunda Constitucional Permanente adelantó el primer debate, con base en la ponencia publicada en la Gaceta No. 335 del 22 agosto de 1.997. El proyecto de ley fue aprobado en sesión ordinaria del día 20 de agosto de 1.997, según consta en el Acta No. 004 del 20 de agosto de 1.997, en forma unánime y con el quórum requerido, según la certificación expedida por su Secretario General, el 11 de marzo de 1.998.

5. La publicación de la ponencia para segundo debate se efectuó en la Gaceta No. 419 del día 8 de octubre de 1.997. La Plenaria de la Cámara de Representantes discutió el proyecto de ley el día 14 de octubre de 1997, según consta en el Acta No. 161 de la sesión celebrada en la misma fecha, y publicada en la Gaceta No. 533 del 15 de diciembre del mismo año, y lo aprobó por unanimidad, una vez registrado el quórum reglamentario.

6. El día 17 de febrero de 1.998, el Presidente de la República sancionó la ley aprobatoria del Acuerdo objeto de revisión, bajo el número 437 de 1.998 y la remitió en esa misma fecha a la Corte Constitucional, dentro del término máximo de 6 días señalados para el efecto por el artículo 241, numeral 10, de la Carta Política.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que no existe ningún vicio de forma en el trámite otorgado a este proyecto de ley ante el Congreso de la República, razón por la cual, por este aspecto, el mismo se ajusta a los mandatos superiores.

2.2. La constitucionalidad en los aspectos de fondo.

Como lo ha señalado esta Corporación, el análisis material de las disposiciones jurídicas adoptadas como resultado de las negociaciones internacionales de los Estados, se relaciona con la confrontación de aquellas con los mandatos superiores vigentes, a partir de criterios eminentemente jurídicos, y no de conveniencia u oportunidad, que son los que regirán en el presente examen.

2.2.1. Consideraciones previas de la Corte.

El Acuerdo que es materia de revisión constitucional, como lo advirtió el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del presente proceso de

constitucionalidad, “fue suscrito en atención a las necesidades de modernización industrial y tecnológica, y de mantener la política de apertura a la inversión extranjera, previstas en el Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se destaca la importancia primordial de esta clase de instrumentos”.

Propósito análogo, así como características de orden formal y similar contenido material, consagra el presente Acuerdo con anteriores suscritos por Colombia con otros Estados, v.gr., Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Cuba y Perú, sobre promoción y protección de inversiones extranjeras, respecto de los cuales ya existe pronunciamiento constitucional de esta Corporación, en las Sentencias C-358 y C-379 de 1.996 y C-008 de 1.997, en el respectivo orden que se mencionan.

Lo anterior, toda vez que, como lo ha venido observado la Corte en dichos proveídos y como lo indica el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su actual intervención, para la elaboración de Acuerdos de esa clase, la comunidad internacional ha venido empleando un modelo previamente diseñado, conocido bajo la sigla inglesa “BIT’s” (Bilateral Investment Treaties), contentivos de cláusulas “tipo”, orientadas a regular los distintos aspectos referidos a ese tema, en cuanto a : -la definición de la clase de inversiones y rentas de inversión protegidas, -la obligación de garantizar al inversionista del Estado co-signatario un trato justo y equitativo no inferior que el concedido por la legislación interna a sus nacionales o a inversionistas de un tercer Estado, -la prohibición de generar tratos discriminatorios entre los inversionistas extranjeros y nacionales, -la protección de las inversiones limitando su expropiación a motivos de utilidad pública o interés social, relacionados con las necesidades internas de la Parte, con la correspondiente compensación por la misma en forma real, oportuna y efectiva, -la libertad de transferencia de las inversiones y de las utilidades, -el señalamiento de mecanismos de resolución de las controversias, entre otros aspectos.

Tal situación permite a la Corte, para adelantar el presente estudio, invocar y reiterar, en lo pertinente, las consideraciones que en su oportunidad sirvieron de sustento para definir la constitucionalidad de las cláusulas pactadas en los mencionados Convenios.

2.2.2. Preámbulo y definiciones previas del Acuerdo (Artículo I).

En forma preliminar al articulado del Acuerdo en estudio, las Partes Contratantes, esto es la República de Colombia y el Reino de España, dejan constancia en el Preámbulo, del objetivo

específico que persiguen con su celebración, como es el de intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco y de sus pueblos, creando condiciones favorables que permitan promover y proteger la realización de inversiones por inversionistas de cada una de ellas, en el territorio de la otra, bajo estipulaciones claras de obligatorio cumplimiento, una vez perfeccionado el compromiso bilateral.

Al respecto, la Corte señala que dicha motivación, en nada contradice los propósitos consagrados constitucionalmente, a fin de garantizar un orden económico y social justo en el país, mediante la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y su integración tanto económica, como social y política, con las demás naciones del mundo, en el entendido de que la actividad económica que se promueve redundará en una prosperidad general y en el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, gracias al impulso que la misma otorga al desarrollo económico y social nacional (Preámbulo y artículos 2, 226 y 227 de la Carta Política de 1.991).

A dicho contenido normativo, le suceden una serie de definiciones sobre algunos de los términos que serán empleados en el texto del instrumento internacional, tales como : inversionistas, inversiones, rentas de inversión y territorio, que facilitan la interpretación y aplicación del Acuerdo, en concordancia con lo propuesto y esperado por las Partes (Art. I.), cuyos alcances se sujetan a los mandatos superiores sobre soberanía, autodeterminación de los pueblos y reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (C.P., art. 9).

2.2.3. Reglas de tratamiento a las inversiones (Artículos II y III).

En este punto, la negociación versa sobre la promoción, admisión y protección de las inversiones; de manera que, las Partes suscriben el compromiso de fomentar y facilitar en sus respectivos territorios, las inversiones provenientes de la otra Parte, admitirlas, de conformidad con sus legislaciones e intercambiar la información que facilite el conocimiento de las condiciones y oportunidades para su realización, aclarando que la aplicación del Acuerdo incluye a las inversiones efectuadas antes de su entrada en vigor, pero no rige para las controversias originadas en esa misma época (Art. II). Así mismo, se consagra la obligación de las Partes de brindar protección y seguridad, en su territorio, al trámite de las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte, de no obstaculizarlas mediante

medidas injustificadas y discriminatorias y a sujetar a las legislaciones de cada Parte Contratante, la expedición de las autorizaciones y permisos necesarios para realizar las inversiones, ejecutar los contratos laborales de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa, reiterándose el deber de cumplir adecuadamente con estas obligaciones (Art. III).

Las disposiciones de este modo estipuladas están encaminadas al cumplimiento de los objetivos del Acuerdo, estimados ajustados al ordenamiento superior, en cuanto se muestran indispensables para la cabal observancia del mismo. En igual sentido, el intercambio de información para incentivar las inversiones, que allí se menciona, constituye un mecanismo que se dirige al cumplimiento de dichas metas, por su utilidad para actualizar en forma real a los interesados en la situación que presenta la actividad, frente a sus propias expectativas, permitiendo motivar a los potenciales inversionistas, lo cual en nada riñe con los preceptos constitucionales. Tampoco lo hace la prescripción de no imposición de medidas injustificadas o discriminatorias que dificulten la gestión de las inversiones, ni la que somete a las legislaciones nacionales las regulaciones sobre expedición de autorizaciones y permisos para el desarrollo de las mismas y de las demás actividades que las acompañen, toda vez que reconoce el respeto a la soberanía nacional y a la autodeterminación del Estado colombiano, principios necesariamente vigentes en todo acuerdo internacional.

Sólo resulta necesario precisar que, en relación con la aplicación referida del Acuerdo a las inversiones realizadas antes y después de su entrada en vigor, como la Corte lo ha manifestado, dicha disposición no contraría el ejercicio del derecho fundamental a la igualdad, ya que "(…) se trata de garantías otorgadas por los Estados a los inversionistas tanto para iniciar como para mantener la inversión y, además, en términos de seguridad, a idéntico riesgo está sometido el empresario antiguo como el nuevo, de donde resulta que la igualdad real consagrada en el artículo 13 de la Carta se realiza mejor con los términos acordados en la cláusula examinada que con una referencia tajante a las inversiones futuras." 1

1. Tratamiento y condiciones más favorables (Artículos IV y VIII).

Las Partes Contratantes establecen, como presupuesto básico para la ejecución del Acuerdo,

que las inversiones y rendimientos de inversionistas de cada Parte reciban un trato justo, equitativo de la otra, el cual no puede ser menos favorable que el otorgado por cada una de ellas en su territorio a las inversiones y rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado o del otorgado a sus propios inversionistas. No obstante, dicho tratamiento no puede extenderse a los privilegios que alguna de las Partes haya conferido a los inversionistas de terceros Estados, en virtud de su participación actual o futura en una unión aduanera, un mercado común o cualquier otro Acuerdo Internacional "que se relacione total o parcialmente con tributación" (Art. IV). Igualmente, si de las disposiciones legales de una de las Partes o de las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales, resultare una reglamentación más favorable a los inversionistas de la otra Parte, que el previsto en el presente Acuerdo, ésta prevalecerá en su aplicación (Art. VIII).

La Corte considera que, de conformidad con el objeto y finalidad del presente Acuerdo, las normas bajo examen se encuentran acordes con la Constitución Política, puesto que, el principio del "trato nacional" implica equiparar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. De igual modo, al contemplarse en dichas normas, lo que en otros Convenios se ha denominado como la "cláusula de la nación más favorecida", con el propósito de eliminar todo tratamiento diferente entre los países interesados, y lograr que las inversiones extranjeras se hagan beneficiarias de las ventajas que el país receptor de las mismas, otorgue a un tercer Estado.

En efecto, las anteriores estipulaciones armonizan con la Ley Fundamental en cuanto al desarrollo del principio de igualdad (art. 13), la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas del estado Colombiano sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y la integración económica, social y política con las demás naciones del mundo (C.P., arts. 226 y 227).

Cabe recordar que, las figuras del trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida han sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, como se señala a continuación, con los siguientes apartes pertinentes que se transcriben en esta providencia:

"El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene,

toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales. En cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, esta Corporación acoge la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952), oportunidad en la que estableció: "Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados". La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula.".2

Igualmente, conviene destacar aquí la plena vigencia del mandato constitucional contenido en el artículo 100, referente a la interpretación del presente Acuerdo, según el cual "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.(...)", atribución constitucional legislativa sujeta para su legitimidad a la presencia de las circunstancias previstas por la Constitución, evento en el cual los extranjeros contarán con las debidas garantías que se consagran en el ordenamiento jurídico vigente.

2.2.5. Nacionalización y Expropiación (Artículo V).

El artículo V del Acuerdo consagra la prohibición de que las inversiones de cualquiera de las Partes sean sometidas a nacionalización o medidas equivalentes y "a cualquier forma de expropiación". Esta cláusula, redactada en esos términos, tendrá que ser declarada inexequible, toda vez que contradice los siguientes preceptos constitucionales: el 13, sobre el derecho a la igualdad, el 58, acerca de la expropiación que allí mismo se autoriza, así como, el 336 referente a la regulación de los monopolios.

Con respecto a la misma materia que es objeto de análisis constitucional, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse. En efecto, en Sentencia C-358 de 1.9963 dijo la Corporación:

“1. Violación del artículo 58 de la Constitución

Para la Corte es claro, más allá de toda duda, que el artículo 6 del Acuerdo que se revisa, es abiertamente opuesto al artículo 58 de la Constitución, por las razones que en seguida -y sintéticamente- se exponen:

1.1. Desconocimiento de una de las formas de expropiación consagrada en la disposición referida.

En efecto: mientras el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución establece que “…el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”, el artículo 6 del Convenio que se examina, en su parte pertinente dispone:

“1. Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a: (…)

“b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.” (Subraya la Corte)

Resulta, entonces, evidente que el Convenio prohíbe a las partes, de modo terminante, una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autoriza.

1.2. Y no se diga que por ser excepcional la potestad conferida por el Constituyente al legislador para determinar los casos en que por motivos de equidad procede la expropiación sin indemnización, la oposición entre ambas normas no tiene lugar. Porque lo que implica el literal b) del artículo 6 del Convenio es la renuncia obligada, por parte del legislador a ejercer una facultad que el Constituyente le asigna. El asunto que se debe tratar es, entonces, el de la razón por la cual no es jurídicamente válido ese compromiso.

Pudiera argüírse que la cláusula es válida, puesto que el legislador está sólo facultado (mas no obligado) a determinar los casos en que, por motivos de equidad, puede haber expropiación sin indemnización, y precisamente a lo que lo compromete el Convenio es a no ejercitar dicha potestad en ese caso (el de las inversiones británicas en Colombia).

Empero, contra ese argumento caben dos reparos: 1) Aun cuando aparentemente la renuncia se refiere a un caso (el de los inversionistas británicos), no es esa en realidad la situación. Porque las inversiones de los nacionales británicos o de las compañías británicas no constituyen un caso sino una categoría de casos y, por tanto, el legislador no está haciendo uso de la potestad de abstenerse en un caso concreto, a posteriori, de determinar si procede o no la expropiación sin indemnización, sino renunciando, por vía de disposición general, a juzgar, en todos los casos de inversionistas británicos, si procede o no la indemnización, por razones de equidad. 2) Y es que la referencia a la equidad implica, sin duda, la obligación, a cargo del legislador, de evaluar cada uno de los eventos en que proceda la expropiación, para determinar si, conforme a la equidad, procede o no la indemnización. Porque, en armonía con la elaboración aristotélica, la equidad no es otra cosa que el juicio que se formula, según las reglas de la justicia, sobre un caso concreto, con el objeto de determinar la solución que para él resulta adecuada.

Dice Artistóteles: “Donde el legislador no puede hacer distinciones demasiado exquisitas, ya que siempre debe hablar en términos generales, el hombre que soporta las cosas fácilmente y se contenta con lo que el legislador, si hubiera podido discriminar los casos concretos, le hubiera asignado, este tal es un hombre equitativo. No es en realidad el que siempre abandona sus justas pretensiones; no puede él renunciar a lo que es esencialmente justo, sino sólo a las pretensiones legales, que el legislador se vio a la fuerza obligado a no especificar más” (“Gran Etica”, Libro segundo, Capítulo 1).

Es que obligarse, a priori, el legislador a cerrar los ojos y abstenerse de juzgar si resulta o no equitativa la expropiación en ciertos casos, con el objeto de hacer más provocativas las inversiones extranjeras, en detrimento de los inversionistas nacionales y de los extranjeros distintos a los expresamente favorecidos, es algo que mal puede avenirse con la filosofía de una Carta que desde su artículo 2 asigna, como fin esencial de las autoridades de la República, el de “….asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Subraya la Corte).

1.3. De otra parte, se aduce que el artículo 21-2 del Pacto de San José de Costa Rica, vinculante para Colombia, establece claramente la obligación de compensar la expropiación mediante el pago de una indemnización justa, en los siguientes términos: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

Sobre el punto, son pertinentes algunas reflexiones.

Si la obligación que se desprende del artículo citado consiste en pagar una indemnización justa, a cambio de la expropiación, es preciso anotar que la justicia de la indemnización condiciona, sin duda, la existencia del deber. Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá recibir 50, pero, por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa. y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia), la indemnización no procede.

A propósito de lo anteriormente dicho, resulta ilustrativo, de nuevo, citar a Aristóteles quien, al discurrir sobre este tipo de justicia, escribe en el Libro V, Capítulo 4, de la Etica Nicomaquea: “Los nombres de pérdidas y provecho, de que nos hemos servido, proceden del lenguaje de las transacciones voluntarias. Se dice que una persona obtiene un provecho cuando tiene más de lo que se debe; que experimenta una pérdida cuando tiene menos de lo que tenía antes; por ejemplo, en las ventas, las compras y todas las transacciones en que la ley deja plena libertad. En cambio, cuando no se obtiene ni más ni menos de lo que se tenía, y la equidad se ha tenido en cuenta (subraya la Corte), se dice que cada uno tiene lo que le corresponde y que no hay allí ni pérdida ni provecho. De esta manera, lo justo se halla a igual distancia del provecho y de la pérdida, en lo que concierne a las transacciones no voluntarias, y resulta de ello que cada uno tiene tanto antes como después”.

No hay, pues, incongruencia alguna entre lo que dispone el Pacto de San José y lo que establece el artículo 58 de la Constitución en su inciso 6, salvo que este último autoriza al

legislador a evaluar, por mayoría calificada, en cada caso concreto, qué es lo equitativo.

1.4. Pero, aún aceptando, sólo en gracia de discusión, que el artículo 58 (inciso 6) contradice lo dispuesto en el Pacto de San José, tal circunstancia no purgaría el vicio de inconstitucionalidad advertido en el artículo 6 del Convenio, en la parte que se ha venido analizando. Es que la tarea de la Corte, en casos como el presente, consiste únicamente en verificar si las normas del Tratado, que aún no rige, se ajustan o no a los preceptos constitucionales, con el fin de evitar que surjan conflictos ulteriores entre el deber del Estado colombiano de cumplir lealmente los tratados válidamente celebrados, y el deber del Gobierno de cumplir y hacer cumplir los mandatos del Constituyente.

Por eso, no resulta admisible el argumento que lleva a comparar el Tratado revisado con otro instrumento de la misma naturaleza, pues aunque entre ambos existiera contradicción, la Corte Constitucional no está llamada a resolverla, fallando a favor de uno de los dos tratados, sino a definir si el que actualmente está sometido a su consideración transgrede o no la Carta Política.

1.5. Aspecto bien importante del artículo 58 de la Constitución es el relativo al carácter discrecional de las decisiones que adopte el Congreso al definir los motivos de utilidad pública o interés social que pueden dar lugar a la expropiación ordinaria, así como al resolver en concreto si en un determinado caso se dan las razones de equidad que justifican el no pago de indemnización a la persona propietaria que, con base en aquellas, es despojada de su propiedad.

La Constitución de 1886 nada decía al respecto y, a la luz de sus normas, en especial las consagradas en el artículo 30, bien habría podido sostenerse que la ley mediante la cual se definían los motivos de utilidad pública o interés social y la decisión que en concreto adoptara el Congreso en torno a una cierta expropiación sin indemnización podían ser objeto de controversia judicial durante la cual se pusiera en tela de juicio la validez de los motivos y razones invocados frente a la normatividad superior, si bien aun entonces habría sido muy discutible la prosperidad de la acción, pues las determinaciones sobre inexequibilidad o nulidad sobre la valoración legislativa de los aludidos elementos, habrían tropezado con la indudable discrecionalidad del Legislativo, inclusive bajo el texto consagrado en la Reforma Constitucional de 1936.

En lo que toca con la Constitución Política de 1991, la norma constitucional consagrada puso fin a toda discusión, no sólo en lo referente a las posibles demandas de inexequibilidad contra la ley que define los motivos de utilidad pública o de interés social para la expropiación, sino en relación con las eventuales acciones que, a partir de discrepancias sobre lo que es equitativo y lo que no lo es, pudieran intentarse contra el acto concreto de expropiación por razones de equidad adoptado por el Congreso con la mayoría exigida.

En efecto, el inciso final del artículo 58 de la Carta excluye expresamente de toda forma de control judicial las indicadas determinaciones del legislador, que corresponden a su libre y autónoma decisión, al afirmar: "Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente".

La referencia normativa es genérica y, por tanto, cobija tanto los cargos por inconstitucionalidad como los que pudieran invocarse pretendiendo la vulneración de preceptos legales de índole sustancial o procesal en lo referente al concepto de "equidad".

Así, pues, tanto esta Corte como los demás jueces del Estado carecen de jurisdicción y de competencia para asumir el conocimiento de cualquier proceso sobre el tema.

Ello hace inconstitucional, en cuanto alude a los motivos y razones del legislador para expropiar, la cláusula consagrada en el artículo 6º del Tratado en estudio, en la parte que dice:

"El nacional o compañía afectado tendrá derecho, de acuerdo con la Ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a una revisión pronta, por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en los parágrafos (1) y (2) de éste Artículo".

En efecto, al paso que la Constitución excluye de plano y en forma imperativa toda forma de revisión judicial en lo que respecta a la motivación de utilidad pública, interés social o equidad, el Convenio examinado la consagra, sin ningún tipo de distinciones y con carácter obligatorio para las Partes.

2. Transgresión del artículo 13 de la Constitución

En la argumentación expuesta anteriormente se hizo referencia, obiter dicta, al tratamiento discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del Convenio. Es oportuno ahora hacer más explícitas dichas razones:

El artículo 13 de la Constitución colombiana sienta, de modo categórico, el postulado de la igualdad, en los siguientes términos:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica……" (subraya la Corte)

Ahora bien: es indudable que de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuencialmente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.

Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.

Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al co-tratante.

Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y

protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene operancia en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.

El argumento según el cual la discriminación en favor de los extranjeros se justifica por estar excluídos del ejercicio y control del poder público, esgrimido por los voceros oficiales en este proceso, no es válido, si se recuerda el diáfano texto del artículo 4º de la Constitución, a cuyo tenor "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (subraya la Corte). Evidentemente, de este principio no están excluídas las reglas del artículo 58 de la Constitución, particularmente las que hacen posible la expropiación sin indemnización por razones de equidad y por determinación del Congreso, sin distingo alguno por razones de nacionalidad, como se deja expuesto.

3. La prohibición absoluta, en el Tratado, de establecer monopolios

Ha centrado la Corte su análisis, hasta ahora, en el literal b), 1, del artículo 6 del Convenio, por considerar que en él radican las dificultades mayores y más paradigmáticas del examen de constitucionalidad.

Con más facilidad puede identificarse la transgresión implícita en el literal a) número 1 del mismo artículo 6, referida al artículo 336 de la Constitución.

En los apartes pertinentes, dicho artículo dispone:

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita."

Es decir, que mientras la Carta autoriza la constitución de un arbitrio rentístico, por mandato

del legislador, en función de un interés público o social (lo que puede implicar la nacionalización de una actividad que antes podía ser cumplida por extranjeros), el literal en cuestión la prohíbe de manera terminante.

La ley aprobatoria de un tratado, y el tratado mismo, no pueden ser la vía expedita para que el propio legislador consienta en inhibir las funciones que se le atribuyen en vista de los propósitos que signan el Estado social de derecho. Legitimar esos instrumentos como mecanismos idóneos para reformar la Carta, desvirtuando sus fines y paralizando las competencias que en función de ellos se han distribuído, equivale, ni más ni menos, que a desdibujar la forma de Estado que en buena hora decidió plasmar el Constituyente del 91, y por caminos tortuosos que no son precisamente los que la misma Constitución estableció para su reforma.

Juzga la Corte importante subrayar el hecho de que en el numeral 5 de la norma tantas veces citada, se sustraen de la protección de las partes las inversiones hechas por "personas involucradas en actividades criminales graves". No es pertinente, a juicio de la Sala, distinguir, tratándose de conductas criminales, entre graves y leves para los fines perseguidos en el Convenio. El sólo hecho de ser criminales, debe sustraerlas a cualquier tipo de protección derivada de un instrumento internacional.".

Los anteriores criterios jurisprudenciales son suficientes para concluir que, el artículo V del Acuerdo referente a la nacionalización y expropiación bajo examen, no se ajusta a los mandatos constitucionales mencionados, razón por la cual se declarará su inexequibilidad.

2.2.6. Compensación por pérdidas (Artículo VI).

Con base en esta regulación, se garantiza a los inversionistas de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones o rentas de inversión por situaciones relacionadas con guerra, conflictos armados, estado de emergencia nacional, rebelión motín u otras similares, ocurridos dentro del territorio de la otra Parte Contratante, el recibo a título de restitución, indemnización o compensación, de un trato no menos favorable que el concedido por ésta a los propios inversionistas o a los de cualquier tercer Estado. El pago que se realice conforme a este pacto, deberá ser pronto, adecuado, efectivo y libremente transferible, según el Artículo VIII del Acuerdo.

La Corte estima pertinente declarar la conformidad con el ordenamiento superior de la disposición sub examine, por presentar una íntima relación con las reglas de tratamiento contenidas en los artículos IV y VIII del Acuerdo, ya analizadas y encontradas constitucionales, así como por presentar un claro desarrollo de los principios de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida, debiéndose resaltar, una vez más, la vigencia que en su aplicación tienen los alcances del artículo 100 de la Constitución, antes mencionados.

Así mismo, cabe agregar que, según lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, consignada en la Sentencia C-358 de 1.996, la restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, de que trata el presente artículo, deberá efectuarse en los términos señalados en el artículo 90 de la Carta Política, referente a la responsabilidad patrimonial del Estado.

2.2.7. Transferencia (Artículo VII).

Las consideraciones expuestas en la Sentencia C-08 de 1.997 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero) son plenamente aplicables al caso en estudio, por lo cual se transcriben los segmentos pertinentes, como sustento de la decisión a adoptar en el presente fallo. En dicha providencia se dijo:

“11- El presente tratado garantiza la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, tales como el capital invertido, las reinversiones, las ganancias que la inversión haya producido y el producto de la venta o liquidación de la inversión. Dichas transferencias habrán de realizarse sin demoras irrazonables ni restricciones de cambio, es decir, en moneda libremente convertible. Lo anterior se entiende sin perjuicio de las limitaciones cambiarias que el artículo 6-3 del Tratado autoriza a imponer, por tiempo limitado, de buena fe y sin discriminaciones, cuando quiera que alguna de las Partes afronte dificultades graves en su balanza de pagos.

La Corte encuentra que en principio esta cláusula se ajusta a los preceptos constitucionales, puesto que está dirigida a hacer efectiva la protección que los Estados celebrantes del tratado brindan a la inversión extranjera, objetivo que no admite reparo alguno. Sin embargo, dado que la inversión extranjera y la transferencia de capitales al exterior son operaciones típicas del mercado cambiario, por lo cual es necesario que la Corte verifique si el presente tratado no desconoce las competencias que, por mandato de la Constitución, le

corresponden exclusivamente a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de las reservas internacionales.

12- Al tenor del artículo 189-2 de la Constitución, al Jefe del Estado le corresponde dirigir las relaciones internacionales mediante la celebración de tratados o convenios con otros Estados. Dicha función, sin embargo, no puede comprometer la competencia exclusiva, también de orden constitucional, que el artículo 372 del mismo ordenamiento y la Ley Marco correspondiente (Ley 9 de 1991) le otorga a la Junta Directiva del Banco de la República en materia de regulación de cambios y reservas internacionales.

Para la Corte el tratado respeta esas competencias del banco central pues le otorga a las partes la posibilidad de restringir temporalmente la repatriación de dineros relacionados con las inversiones protegidas por el Tratado, cuando existan dificultades graves de la balanza de pagos, con lo cual se respeta la discrecionalidad con que cuenta la Junta del Banco Emisor en la regulación y manejo de las reservas internacionales del país. De otro lado, si bien el presente tratado no excluyó de manera expresa los préstamos de la definición de las inversiones -a diferencia de los convenios suscritos con el Reino Unido y Cuba-, ello no significa que los flujos que se deriven de contratos internacionales de préstamo queden por fuera de la regulación sobre endeudamiento externo que expida la Junta Directiva del Banco de la República, ya que, conforme a la Carta, ésta es la autoridad cambiaria del país. En tal entendido, la Corte considera que el artículo es exequible."

Por consiguiente, la cláusula bajo estudio será declarada ajustada a la Constitución Política, salvo, en las partes que tiene que ver con la libre transferencia de los pagos relacionados con esas inversiones, por concepto de las "indemnizaciones previstas en el Artículo V", y al porcentaje mínimo que de las mismas se garantiza para la libre transferencia, contenido en numeral 7 de este Artículo VII, pues ellas presentan una unidad de materia con las disposiciones del Artículo V del Acuerdo, sobre nacionalización y expropiación, que, como antes se señaló, contradice los ordenamientos superiores, según jurisprudencia de la Corporación, debiendo ser declaradas inexequibles, en la parte resolutiva de esta providencia.

2.2.8. Principio de Subrogación (Artículo IX).

Mediante el artículo enunciado, las Partes Contratantes se obligan a aceptar que, cuando una

parte o la entidad designada por ésta, haya otorgado cualquier garantía sobre riesgos no comerciales, en relación con una inversión efectuada por sus inversionistas en el territorio de la otra Parte, ésta última aceptará la subrogación de aquella o de su entidad, en los derechos económicos del inversionista, desde el momento en que la primera Parte o su entidad hayan realizado un primer pago con cargo a la garantía concedida. La mencionada figura hará posible que éstas se constituyan en beneficiarias directas de los pagos por compensación a favor del acreedor inversionista; sinembargo, se puntualiza que en lo atinente a derechos reales, la subrogación sólo se producirá previa autorización obtenida conforme a la legislación vigente de la Parte donde se realizó la inversión.

En el ámbito de las negociaciones internacionales, el mecanismo de la subrogación es comúnmente utilizado, a fin de regular lo relacionado con la responsabilidad de las Partes frente a sus inversionistas, generando una mayor seguridad en el cumplimiento de los compromisos y en las garantías que se adopten para proteger las inversiones de capitales extranjeros de los riesgos y vicisitudes en que puedan incurrir. Su consagración en nada contradice la Carta Política, como lo ha señalado esta Corte, bajo las siguientes consideraciones:

“El mecanismo de la subrogación tiende a hacer efectivos los sistemas de garantía de las inversiones internacionales. Bien es sabido que, en general, esta forma de protección de la inversión extranjera puede lograrse a través de dos tipos de previsiones: (1) los mecanismos nacionales; (2) los mecanismos internacionales.

Los primeros se presentan cuando es el Gobierno de un determinado país el que asume la garantía de las inversiones que sus nacionales y compañías realicen en el extranjero. Por su parte, los mecanismos de garantía de Derecho Internacional son ejercidos por alguna organización de Derecho Internacional Público, creada en virtud de un tratado multilateral, con el objeto de garantizar las inversiones que los nacionales de los Estados Parte constituyan en el extranjero. Cualquiera sea su naturaleza, los mecanismos de garantía buscan cubrir los riesgos que implica toda inversión internacional y tienen por objeto la transferencia de estos riesgos del inversionista privado al organismo de garantía.

(…)

Además, el mecanismo de la subrogación no interfiere con ninguna facultad del Gobierno

nacional relativa a la ejecución o cumplimiento del Acuerdo, toda vez que esta figura sólo regula las relaciones del inversionista extranjero con su Gobierno o con el organismo de Derecho Internacional que acuda al mecanismo de garantía correspondiente.”.4

1. Resolución de Controversias (Artículos X y XI).

El Acuerdo en este aspecto prevé distintas formas para dirimir las controversias que se susciten, bien sea entre las Partes Contratantes o entre una de éstas y los inversionistas de la otra.

Así las cosas, para la primera situación, se contempla el arreglo por vía diplomática de las discrepancias que por interpretación o aplicación del Acuerdo se generen, el cual, en caso de fracasar y transcurridos seis (6) meses desde que se iniciaron las negociaciones, permite la constitución de un Tribunal de Arbitraje que ejercerá sus funciones, de conformidad con las reglas establecidas en los numerales 3 a 9 del Artículo X del Acuerdo.

En el segundo evento, se conviene un arreglo amistoso de las diferencias relativas a las inversiones, que de no prosperar a los seis meses de notificadas, a elección del inversionista, serán sometidas a: -los Tribunales competentes del Estado Parte receptor de la inversión, -el Tribunal de Arbitraje ad hoc establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, -el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (C.I.A.D.I.), -el Mecanismo Complementario del (C.I.A.D.I.) para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos en caso de que una de las Partes no haya adherido al Convenio.

En forma general los arbitrajes deben basar su dictamen de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo, o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes y en los principios universalmente reconocidos en el Derecho Internacional. Además las sentencias que ellos profieran serán definitivas y vinculantes para las Partes en controversia, por lo que éstas se comprometen a ejecutarlas de acuerdo con su legislación nacional.

Como se puede observar los anteriores artículos pretenden dar a los interesados la posibilidad de agotar vías alternas de solución pacífica y concertada de las discrepancias que

entre ellos surjan, así como facultar a diversas instancias de resolución internacional de conflictos, para el conocimiento de las mismas, que en razón a la especialidad de las materias, las convierte en viables y necesarias, facilitando la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas colombianas, dentro del contexto internacional (C.P., art. 226).

Además, vale la pena destacar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-442 de 1.99 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) en virtud del examen de la Ley 267 de 1.995 "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1.965", encontró ajustado a la Carta el convenio que crea el citado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), en donde se regulan los distintos procedimientos de arbitraje y conciliación; por lo tanto su incorporación al presente Acuerdo, confirma la armonía de los artículos analizados, con el ordenamiento constitucional vigente.

2.2.10. Entrada en Vigor, Prórroga y Denuncia (Artículo XII).

Se prevé en estas disposiciones la entrada en vigor del Acuerdo, el día en que las Partes se notifiquen recíprocamente sobre el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales requeridas para tal efecto, con una duración por un período inicial de diez (10) años, renovable por tácita reconducción, por períodos de dos (2) años, salvo que cada parte denuncie el Acuerdo mediante notificación previa por escrito, con seis (6) meses de antelación a la fecha de su expiración; no obstante, se establece que ocurrida la terminación, aquel continuará produciendo efectos en las inversiones efectuadas antes de la denuncia, por diez (10) años más.

Al consagrar las anteriores reglas de procedimiento, necesarias para la correcta aplicación y ejecución del Acuerdo, la Corte estima que no se quebranta ningún precepto constitucional.

3. Decisión de constitucionalidad material del Acuerdo de la referencia y de la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998, que lo aprueba.

Realizado el examen constitucional correspondiente, la Corte declarará exequible el Acuerdo sub examine al encontrarlo conforme con la Constitución Política de 1.991, salvo el artículo V del mismo, así como la expresión "las indemnizaciones previstas en el artículo V" del

numeral 1o. y la totalidad del numeral 7o., ambos del artículo VII.

Respecto de la Ley 437 de 1.998 que lo aprueba y ordena que rija a partir del perfeccionamiento del vínculo internacional, obtendrá un pronunciamiento de constitucionalidad en la parte resolutiva de esta providencia, como quiera que no desconoce los principios generales del derecho de los Tratados, a los cuales deben someterse las relaciones exteriores del Estado colombiano, según lo dispone el artículo 9 de la Ley Fundamental, como tampoco los ordenamientos superiores contenidos en ésta.

VII. DECISION

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el "Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España" suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 1.995", salvo el artículo V del mismo, así como la expresión "las indemnizaciones previstas en el artículo V" del numeral 1o. y la totalidad del numeral 7o., ambos del artículo VII de ese Acuerdo, los cuales se declaran INEXEQUIBLES.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998 "por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España" suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 1.995".

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política, el Presidente de la República, al manifestar el consentimiento de Colombia en obligarse por el Acuerdo, únicamente podrá ratificar las cláusulas del mismo que, según esta sentencia, se ajustan a la Constitución Política de 1.991.

Tercero.- De acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, los artículos IV y VIII del Acuerdo bajo examen, quedan sujetos a las restricciones que el artículo 100 de la Constitución Política consagra para el ejercicio de los derechos de los extranjeros y sólo en este sentido podrá manifestar el Gobierno el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por el Acuerdo sub examine.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Ministerio de Relaciones Exteriores, publíquese y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-494/98

Referencia: Expediente L.A.T.-117

Revisión constitucional de la Ley 437 del 17 de febrero de 1.998 “por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 1.995.” así como del citado Acuerdo.

Magistrado Ponente:

Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Con el acostumbrado respeto, me permito presentar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia de la referencia. No comparto la decisión mayoritaria de declarar la inexequibilidad del artículo V, de la expresión “las indemnizaciones previstas en el artículo V”

del numeral 1, y la totalidad del numeral 7, ambos del artículo VII del Acuerdo. Mi reparo a esta decisión es la misma que consigné en el salvamento de voto a la Sentencia C-358/96, al cual me remito.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 Sentencia C-358 de 1.996, con ponencia de los Drs. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

2 Idem.

3 M.P. Drs. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

4 Idem.