

SENTENCIA C-961 DE 2006

CORTE CONSTITUCIONAL

SALA PLENA

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-6304.

ASUNTO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 7° (PARCIAL) DE LA LEY 963 DE 2005, "POR LA CUAL SE INSTAURA UNA LEY DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA".

DEMANDANTE; JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY.

MAGISTRADO PONENTE: DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

BOGOTÁ, D.C., VEINTIDÓS (22) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL SEIS (2006).

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

Sentencia

I. Antecedentes

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry, presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 7° (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 veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006) el magistrado sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia, ordenó comunicarla al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al presidente de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), al director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al director del Colegio de Abogados Comercialistas y a los decanos de las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y Santo Tomás, para que intervinieran en caso de considerarlo conveniente.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. Texto de la disposición demandada

A continuación se transcribe el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 y se resalta el segmento demandado.

“LEY 963 de 2005

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

ART. 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 residuo exclusivamente por leyes colombianas ”.

III. La demanda

El demandante estima que al establecer con carácter obligatorio un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas, el aparte demandado del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 vulnera el principio de voluntariedad previsto en el artículo 116 de la Constitución, así como “el principio del debido acceso a la administración de justicia”, contemplado en el artículo 229 superior.

Anota el libelista que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la suscripción de un convenio arbitral debe proceder de la libre y espontánea voluntad de las partes y que el condicionamiento impuesto por el artículo parcialmente acusado comporta la imposición de unos límites reñidos con la Carta, pues la fijación de las condiciones y del alcance del convenio arbitral no compete al legislador sino a los contratantes, quienes “tienen la función de habilitar los árbitros”.

Señala el actor que el artículo 116 de la Constitución, al establecer que el arbitraje se desarrolla “en los términos que determine la ley”, alude al procedimiento arbitral y, por lo tanto, “so pretexto de desarrollar el principio de legalidad o de delegación en el legislador para que establezca los términos del arbitraje, no se puede limitar o condicionar el principio constitucional de la habilitación o voluntariedad, cuyo desarrollo quedó encomendado a las partes mismas, mediante la suscripción de un convenio arbitral”.

Considera el libelista que en relación con los inversionistas extranjeros “se rompe el principio de igualdad de oportunidades”, pues ambos contratistas deberían tener la oportunidad de discutir el contenido de la cláusula compromisoria, sin que “el legislador imponga unas condiciones en beneficio del Estado colombiano y en contra del inversionista extranjero”. A su juicio, esos privilegios otorgados al Estado colombiano le impiden al inversionista extranjero “un adecuado acceso a la administración de justicia”.

El demandante agrega que la disposición impugnada lesiona la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, así como otros acuerdos bilaterales de inversión “en los cuales se establece que la mayoría de los árbitros no podrán tener la

nacionalidad del estado contratante” e igualmente, “que los árbitros resolverán el asunto de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”.

Puntualiza el actor que en la Convención de Washington no existe la limitación prevista en el artículo demandado, ni reserva a favor del Estado colombiano y apunta que la disposición impugnada “también desconoce el artículo II, numeral 1° de la Convención de New York de 1958”, porque 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”.

Finalmente, el demandante expone que las referencias a los tratados internacionales “no constituyen razones de inconstitucionalidad”, pero sirven para acreditar las violaciones alegadas.

IV. Intervenciones

1. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

La ciudadana Martha Lucía Casas de Montoya intervino en representación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para defender la constitucionalidad del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 en la parte demandada.

Apoyándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, la interviniente hace énfasis en que el artículo 116 de la Constitución confiere competencia al Congreso de la República para determinar los procedimientos y contenidos de la justicia arbitral e indica que un entendimiento distinto lleva a desconocer el sentido y alcance de la expresión “en los términos que determine la ley”.

En criterio de la interviniente la disposición atacada conserva el carácter voluntario del arbitramento, porque las partes contratantes tienen plena libertad para acordar el sometimiento de las eventuales diferencias, a los árbitros o para abstenerse de pactarlo así, razón por la cual el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 no viola los artículos 116 y 229 de la Carta, ni desconoce el principio de igualdad de oportunidades, ya que si las partes acuerdan la cláusula compromisoria, “el contratista libremente se somete a que el tribunal arbitral sea nacional y a que la legislación colombiana vigente en materia de arbitramento será la aplicable”.

La interviniente añade que el establecimiento de un tribunal de arbitramento doméstico regido por las leyes internas responde al objeto de los contratos de estabilidad jurídica y, adicionalmente, a las finalidades de estimular la inversión, de atender a una necesidad apremiante para los inversionistas y de equilibrar los intereses de éstos y el interés general.

2. Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia — ANDI—

El ciudadano Hernán Puyo Falla intervino en su calidad de representante legal suplente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia —ANDI— y

solicitó a la Corte decretar la exequibilidad de la disposición parcialmente impugnada.

En apoyo de su solicitud el interviniente aduce que el principio de voluntariedad le impide al legislador establecer el arbitraje obligatorio, mas no limitar, aun por razones de conveniencia, “el arbitraje internacional respecto de determinados asuntos” y tampoco considera vulnerado el principio de habilitación, porque “si así fuera, debería concluirse que ninguna de las disposiciones sobre el pacto arbitral de que trata la compilación contenida en el Decreto 1818 de 1998 sería constitucional y, además, “en materia de inversión, el interés empresarial más que en la falta de regulación, descansa en la existencia de la misma, pero en forma clara e inequívoca”.

Añade el interviniente que la aplicación del derecho interno no implica violación de la igualdad de oportunidades del inversionista extranjero, pues este debe cumplir la legislación del país en el cual invierte y tiene la opción de pactar o no la estabilidad e incluso de sujetar las eventuales diferencias a la jurisdicción ordinaria.

Para finalizar, el interviniente apunta que la disposición acusada no contradice la Convención de Nueva York, pues “en manera alguna conculca la garantía que tienen los contratantes de que el Estado miembro reconozca la validez del pacto arbitral escrito” y, fuera de esto, la citada convención no integra el bloque de constitucionalidad, cosa que también ocurre con la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

3. Intervención de la Universidad del Rosario

En representación de la Universidad del Rosario intervino el profesor Juan Jacobo Calderón Villegas, quien defendió la constitucionalidad del precepto impugnado. Con tal finalidad señaló que, en contra de lo sostenido por el actor, no existe un precedente “conforme al cual la totalidad de condiciones del pacto arbitral requieran tener su origen, de manera exclusiva, en la espontánea y libre voluntad de los contratantes”, o de acuerdo con el cual el Congreso de la República sea incompetente para definir la nacionalidad de un tribunal de arbitramento y las normas que lo rigen.

Después de un pormenorizado repaso de la jurisprudencia citada por el actor en la demanda, el representante de la Universidad del Rosario concluyó que la autonomía de la voluntad impide obligar a las partes a someterse a un procedimiento arbitral, pero que el alcance de esa autonomía no supone que el legislador carezca de competencia en orden a regular los aspectos asociados con el pacto arbitral”.

En criterio del interviniente el legislador tiene competencia para determinar: el responsable del trámite arbitral (i), el procedimiento que debe seguir dicho trámite (ii), el tipo de asuntos que pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral (iii), las materias sujetas a su conocimiento (iv), las reglas que lo regirán

(v), la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas (vi) y el control de las mismas”.

Sin embargo las restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad deben superar el juicio de proporcionalidad que, según el interviniente, en este caso es débil, porque las materias reguladas por la disposición demandada “no comportan aspectos profundamente cercanos al núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad” Así las cosas, manifiesta que el precepto parcialmente impugnado se fundamenta en el principio de soberanía y “optimiza la capacidad de regulación del Estado en materias que, como las disciplinadas en la Ley 963 de 2005, son particularmente sensibles”, se encuentran asociadas con el desarrollo económico del país y se refieren a contratos “por cuyo efecto podría considerarse restringida, en alguna medida, ... (sic).

El representante de la Universidad del Rosario añade que, de ser necesario, la disposición acusada superaría un juicio estricto de constitucionalidad y, al ocuparse de los cargos relativos a la violación de los derechos a la igualdad de oportunidades y a acceder a la administración de justicia, correspondientes a los inversionistas extranjeros, indica que el argumento desconoce la competencia específica del legislador a efectos de regular el arbitraje y, fuera de ello, de algún modo supone la falta de imparcialidad de los tribunales nacionales, siendo que “la posibilidad de discutir el contenido del pacto arbitral tiene el mismo alcance para el inversionista que para la autoridad estatal”, pues “ambos ostentan el mismo punto de partida”.

En relación con el presunto desconocimiento de normas internacionales contenidas en instrumentos internacionales en materia de inversión, el interviniente apunta que la suscripción de contratos de estabilidad jurídica no impide aplicar los mecanismos previstos en los referidos instrumentos y que no existe una incompatibilidad clara entre el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 y esos instrumentos, porque “de la revisión de algunos de ellos no se deriva que una limitación como la prevista en la disposición demandada contraría el sistema de solución de conflictos previsto en los citados instrumentos”.

Por último, en el escrito de intervención se puntualiza que, aun si se admitiera la contradicción entre el artículo parcialmente demandado y los instrumentos internacionales, sería válido sostener que “entre los dos grupos de inversionistas comparados existe una diferencia constitucionalmente relevante que justifica un trato diferenciado”.

4. Intervención de la Universidad Santo Tomás

Marina Rojas Maldonado, directora de la consultoría jurídica de la Universidad Santo Tomás, intervino y consideró que la disposición parcialmente acusada se ajusta a la Carta, por cuanto “son los propios sujetos de la relación jurídica, quienes deben definir el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos”.

A juicio de la interviniente, como el convenio arbitral debe ser el resultado del libre acuerdo de las partes, “ambos contratantes deberán tener la oportunidad de discutir el contenido de la cláusula compromisoria” y por ello no se viola el principio de igualdad de oportunidades ni el debido acceso a la administración de justicia.

5. Intervención de la Universidad Sergio Arboleda

El vicedecano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, profesor José María del Castillo Abella, considera que el aparte demandado es inexecutable o que, subsidiariamente, se puede acudir a una constitucionalidad condicionada, teniendo en cuenta que la Corte “ha señalado la procedencia de los tribunales internacionales cuando en el contrato media un elemento extranjero, no así para la solución de controversias entre nacionales”.

Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina, el interviniente argumenta que, a fin de proteger los intereses nacionales, “el legislador eliminó toda posibilidad de que los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir conflictos derivados del contrato de estabilidad jurídica pudieran ser internacionales” y, al hacerlo así, impuso a las partes un tribunal de arbitramento nacional y regido por las leyes colombianas, lo cual quebranta los principios de voluntariedad y de debido acceso a la administración de justicia, pues obliga a las partes a someter sus diferencias “exclusivamente a un tribunal nacional” e impide al inversionista extranjero acudir al arbitraje internacional.

A continuación el interviniente indica que la Ley 963 de 2005 pretende promover inversiones nuevas, así como la ampliación de las existentes y para ello busca fomentar la confianza de los inversionistas nacionales o extranjeros y esos propósitos pueden verse frustrados, ya que los principios de voluntariedad del arbitramento y de debido acceso a la administración de justicia les son vulnerados a los inversionistas extranjeros, porque “la norma acusada, les impide acudir a tribunales de arbitramento internacionales, y se les obliga a acudir, en un acto de falsa libertad de elección, únicamente al arbitraje nacional, regido exclusivamente por las leyes colombianas”.

Finalmente, el interviniente enfatiza que el arbitraje internacional es un instrumento para generar confianza en los inversionistas extranjeros y no puede ser visto como contrario a los intereses nacionales. Destaca que la misma Corte Constitucional “se ha inclinado a favor de su procedencia” e indica que si la Corte “hubiese considerado que el arbitraje internacional es contrario a las disposiciones de la Carta Política, y concretamente a los intereses nacionales, ya se habría pronunciado al respecto en las tantas oportunidades en las que ha analizado la constitucionalidad de los tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones recíprocas que Colombia ha suscrito”, cuya finalidad es, precisamente, “atraer a los inversionistas extranjeros, mediante la generación de confianza en el país”.

6. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

En representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, los ciudadanos Bernardo Carreño Várela y Alfredo Lewin Figueroa conceptuaron a favor de la constitucionalidad de la disposición acusada.

Señalan los intervinientes que “la norma no impone como obligatorio el pacto arbitral, pues expresamente señala que tales contratos podrán incluir la cláusula compromisoria, lo que significa que se deja a voluntad de las partes, decidir si la incluyen o no”, e igualmente indican que el legislador “está facultado para imponer restricciones al arbitramento, diferentes de las establecidas en la Constitución, y por ello la “la voluntariedad de las partes en la habilitación no implica una derogatoria del principio de reserva legal en la regulación de los procedimientos, menos aún cuando de manera expresa la norma constitucional establece que los árbitros administran justicia en los términos que determine la ley”.

Respecto de la razonabilidad de la restricción, estiman los intervinientes que “la restricción del arbitramento a tribunales nacionales puede justificarse en la naturaleza de los posibles conflictos que serían objeto de controversia”, pues las obligaciones derivadas de los contratos de estabilidad jurídica conciernen al derecho público y la definición de la normatividad aplicable no es asunto que resuelvan los particulares sino que concierne al derecho público.

Por último puntualizan los representantes de la Academia Colombiana de Jurisprudencia que si existen razones que conduzcan a sostener que la decisión adoptada no es la más conveniente o apropiada para el inversionista extranjero, ese análisis es diferente y ajeno al de exequibilidad de la norma impugnada, cuya constitucionalidad tampoco impide que los inversionistas extranjeros puedan tener, de conformidad con tratados internacionales suscritos por Colombia, el derecho a “que determinadas controversias, vinculadas con el trato a la inversión extranjera en Colombia, sean conocidas por tribunales de arbitramento internacional”.

V. Concepto del Procurador General de la Nación

El señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él pidió a la Corte decretar la exequibilidad de la expresión cuestionada.

El jefe del Ministerio Público realiza algunas consideraciones generales acerca del alcance de los contratos de estabilidad jurídica regulados en la Ley 963 de 2005 y sobre el arbitramento, respecto del cual sostiene que le corresponde al legislador, “en ejercicio de la libertad de configuración normativa, determinar las reglas de juego en que se debe ejercitar esa administración de justicia por parte de los particulares”, como que los numerales 1° y 2° del artículo 150 le confieren al Congreso atribución para regular las formas propias de cada proceso y, en esa medida, “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”.

Subraya el señor procurador que, en las anotadas circunstancias, no le asiste razón al demandante cuando estimar vulnerado el principio de voluntariedad, pues el legislador está autorizado constitucionalmente para adoptar decisiones como la contenida en el precepto objeto de demanda parcial que, además, “no es irrazonable ni desproporcionada ante la naturaleza y finalidad del arbitramento, dado que no afecta de manera alguna los derechos de los extranjeros”, ni desconoce “los valores y principios que rigen la administración de justicia”.

En contra de lo afirmado por el actor, en la vista fiscal se asegura que el artículo 7° de la Ley 963 de 2005 provee un procedimiento que fija anticipada y específicamente las reglas para tramitar una eventual controversia. También se estima ajustada a la Carta la sujeción del respectivo tribunal de arbitramento al mandato de las leyes nacionales, porque la decisión de suscribir los contratos de estabilidad jurídica proviene del Estado y, entonces, “resulta absolutamente válido que el legislador al autoriza r a las partes la inserción de una cláusula compromisoria” lo haya decidido así.

A lo anterior se añade que los contratos de estabilidad jurídica ameritan una regulación especial, pues dada su incidencia en el interés general, no puede ser absoluta la libertad contractual para seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable. En esas condiciones, no cabe pretender que los contratos de estabilidad jurídica respondan a la regulación contenida en la Ley 315 de 1996 sobre arbitramentos internacionales, cuyas circunstancias son totalmente diversas a las contempladas en la Ley 963 de 2005.

Apunta el procurador que el Estado colombiano opera dentro de una economía social de derecho y cuenta con múltiples herramientas para regular la economía y procurar la defensa del interés colectivo que, en el caso concreto, se traduce en la posibilidad “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”.

Para finalizar, el señor procurador anota que los instrumentos internacionales que el demandante cita “no constituyen bloque de constitucionalidad en los términos del inciso primero del artículo 93” y, debido a ello, su alegado desconocimiento no configura un cargo de inconstitucionalidad.

VI. Consideraciones

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 sobre la demanda de la referencia.

2. Los cargos formulados y el problema jurídico a resolver

Mediante la Ley 963 de 2005 el legislador reguló los denominados “contratos de estabilidad jurídica” y en el artículo 7° previó la posibilidad de incluir una

cláusula compromisoria “para dirimir las controversias derivadas de los mismos”, caso en el cual el tribunal de arbitramento será nacional y se regirá exclusivamente por las leyes colombianas.

El actor acusa de inconstitucionalidad la última parte del artículo citado, por infringir el artículo 116 de la Constitución, porque, en su criterio, al exigir que el tribunal de arbitramento sea nacional y al someterlo a las leyes colombianas, la ley desconoce el principio de voluntariedad y, a la vez, vulnera el “debido acceso a la administración de justicia”, contemplado en el artículo 229 superior, dado que las partes son las llamadas a definir de manera libre y voluntaria los alcances del convenio arbitral, “sin que sea lícito que el legislador les restrinja el derecho de disponer, en dicho acuerdo, lo relativo a los árbitros y al derecho aplicable”.

Además, en relación con los inversionistas extranjeros, el demandante estima que el segmento demandado rompe el principio de igualdad de las oportunidades, pues, en su sentir, los contratantes deberían tener la ocasión de discutir el contenido de la cláusula compromisoria y el legislador no puede imponer “unas condiciones en beneficio del Estado colombiano y en contra del inversionista extranjero”.

De las citas que el actor hace de la Convención de Washington y de la Convención de Nueva York de 1958, así como de otras argumentaciones que vierte en la parte final de su libelo, también parece derivarse una acusación en contra del artículo parcialmente demandado, por violación de la constitución derivada del desconocimiento por el legislador de tratados internacionales ratificados por Colombia. Acerca de este particular el Procurador General de la Nación estima que esos señalamientos no constituyen cargo y la Corte encuentra acertada esta posición, ya que el propio demandante sostiene que las referencias por él hechas a los tratados internacionales “no constituyen razones de inconstitucionalidad” y, de otra parte, la Corte observa que, aun cuando la Ley 905 de 2005 en su artículo 11 prevé que los contratos de estabilidad jurídica deben respetar los tratados internacionales ratificados por Colombia, es evidente que el artículo 11 no fue demandado y, por lo tanto, la Corte ha de abstenerse de analizar este punto.

Así las cosas, la corporación examinará los cargos formulados por violación de los artículos 116 y 229 de la Constitución y por la presunta vulneración del principio de igualdad. Con esa finalidad, la Corte destaca, inicialmente, que sobre la cuestión planteada por el libelista, en las intervenciones presentadas durante el proceso se formulan básicamente dos posiciones.

En efecto, el representante de la Universidad Sergio Arboleda se muestra de acuerdo con las pretensiones de la demanda y con los argumentos en ella consignados, pues considera que la proscripción de tribunales de arbitramento internacionales conculca el principio de voluntariedad y constituye desestímulo para la inversión extranjera, mientras que quienes intervinieron en nombre de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de las Universidades del Rosario y Santo Tomás abogan por la constitucionalidad del

artículo parcialmente atacado, tras estimar que no se configura el alegado quebrantamiento del principio de voluntariedad, que el legislador puede válidamente introducir restricciones como las previstas en la disposición cuestionada y que tampoco existe violación del principio de igualdad de oportunidades.

Así pues, la Corte debe establecer si el legislador, al someter a las leyes colombianas el tribunal de arbitramento que pudiere llegar a convocarse para dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica y al imponerle como condición a ese tribunal que sea nacional, viola la Constitución Política y, en particular, sus artículos 116 y 229. También debe determinar la Corte si, en relación con los inversionistas extranjeros, las mencionadas exigencias vulneran el derecho a la igualdad de oportunidades.

Con el objetivo de situar el problema jurídico en su contexto, inicialmente se hará una breve referencia a los contratos de estabilidad jurídica, con posterioridad se analizará el contenido e implicaciones del principio de voluntariedad del arbitramento, se hará una referencia general a las posibilidades de regulación que le atañen al legislador democrático en temas como el regulado en el segmento acusado y, sobre estas bases, se abordarán luego los cargos esgrimidos en la demanda, haciendo especial énfasis en el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas y en el carácter nacional de ese tribunal, antes de resolver sobre las acusaciones del actor relativas al posible quebrantamiento del principio de voluntariedad del arbitramento, del derecho de acceso a la administración de justicia y del principio de igualdad de oportunidades.

3. El contrato de estabilidad jurídica

Según lo establecido en la Ley 963 de 2005, los contratos de estabilidad jurídica se celebran entre inversionistas nacionales o extranjeros y el Estado colombiano, luego es claro que, de conformidad con su configuración legal, se trata de contratos de la administración cuya finalidad es la promoción de nuevas inversiones y la ampliación de las existentes en el territorio nacional y cuyo objeto es asegurar a los inversionistas que, si durante la vigencia del contrato se modifica en forma adversa alguna de las normas que hayan sido identificadas como determinantes de la inversión, “las normas acordadas por las partes se mantendrán incólumes” y se aplicarán mientras dure el contrato, que podrá pactarse por un término no inferior a tres (3) años ni superior a veinte (20)(1).

Los inversionistas a quienes se les garantiza la estabilidad jurídica pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y, cuando haya normas e interpretaciones que sean determinantes de la inversión, se deberán indicar expresa y taxativamente. Empero, quedarán por fuera de este tipo de contratos las normas relativas al régimen de seguridad social, a la obligación de declarar y pagar tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción; a los impuestos indirectos, a la regulación prudencial del sector financiero, al régimen tarifario de los servicios públicos y también

aquellas que sean declaradas “inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término de duración de los contratos”(2).

La ley exige que la nueva inversión o la ampliación de alguna existente en el territorio nacional tenga un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv) y que se efectúe para desarrollar actividades turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el comité que se integra según lo señalado en el artículo 4° literal b) y que “aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento Conpes que para tal efecto se expida”.

Para los efectos que más adelante se precisarán, importa hacer énfasis en la naturaleza administrativa de los contratos de estabilidad jurídica, que se suscriben por el inversionista y por la Nación a través del ministro del ramo en el cual se efectúe la inversión. A ese carácter administrativo ya se ha referido la Corte que, de igual modo, ha destacado la licitud de su objeto, así como la relación que se establece entre la administración y el inversionista particular(3) en cuanto partes de un contrato que, dada su índole, es regido en importantes aspectos por el Derecho público e involucra un interés público que consiste en incrementar la inversión y en fomentar el desarrollo económico del país(4).

En virtud del contrato de estabilidad el Estado colombiano se compromete a garantizar el derecho de los inversionistas a la estabilidad jurídica pactada y, a su turno, los inversionistas se comprometen a invertir o ampliar una inversión existente, pero, dado que la finalidad del contrato busca satisfacer un interés público que debe ser protegido, en aras de la protección de ese interés el legislador puede imponerle limitaciones legítimas a la autonomía de la voluntad y expedir regulaciones especiales que también encuentran justificación en la circunstancia de que la administración sea una de las partes contratantes.

Respecto de estos contratos que sucintamente se acaban de caracterizar, la Ley 963 de 2005 ha establecido en el artículo parcialmente demandado que podrán incluir una cláusula compromisoria para dirimir las controversias que de ellos se deriven y, como quiera que el argumento principal de la demanda apunta directamente a la posible violación del principio de voluntariedad que debe guiar la convocación de un tribunal de arbitramento, la Corte considera indispensable aludir a los alcances del referido, principio.

4. El principio de voluntariedad y el arbitramento

La administración de justicia, es una función pública que, de conformidad con el artículo 116 superior, le corresponde prestar al Estado a través de los órganos judiciales establecidos por la Constitución o la ley o por particulares investidos de la función de administrar justicia en la condición de árbitros. Lo normal, entonces, es que a los asociados les asista el derecho de acudir a las

instancias estatales establecidas al efecto a fin de dirimir sus controversias ante el juez que, dentro del correspondiente ámbito de competencia y en virtud de la autoridad que la organización política le haya discernido, administre justicia.

La función estatal de administrar justicia constituye, pues, la regla general y para cumplirla el Estado cuenta con una estructura organizativa de carácter permanente, lo cual explica que el artículo constitucional le otorgue a la administración de justicia prestada por los árbitros un carácter transitorio que muy claramente indica la imposibilidad de sustituir de manera indefinida la jurisdicción que los jueces ordinarios ejercen en nombre del Estado.

A esa transitoriedad se suma la excepcionalidad que, a partir de distintas regulaciones legislativas, la Corte Constitucional ha caracterizado al sostener que la equiparación funcional entre funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos temporalmente investidos de poder jurisdiccional, “no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular”(5).

Aun cuando, la justicia arbitral reviste los caracteres de transitoria y excepcional, lo cierto es que los árbitros administran justicia y cuando lo hacen cumplen una función pública a la cual no pueden acceder sino por la voluntad de las partes que, libremente, los habilitan para fallar algún asunto litigioso susceptible de sometimiento a su dictamen. De este modo lo establece la Carta en el citado artículo 116 que, para cada caso concreto, exige que los árbitros sean “habilitados por las partes para profesar fallos en derecho o en equidad” y la Corte Constitucional ha interpretado que, de acuerdo con la Constitución, “las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”(6).

Conforme lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, de las diferencias existentes entre los jueces ordinarios y los árbitros, la habilitación por las partes es la fundamental(7) y sirve de base a una característica esencial del arbitramento cual es su voluntariedad, que permite definirlo como “un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte” .

Así pues, el principio de voluntariedad consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitramento antes que por los jueces ordinarios corresponde a una elección de las partes contratantes, surgida de un acuerdo previo voluntaria y libremente efectuado por ellas. En esas condiciones, el fundamento de esta figura procesal “es la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia”(9).

En este contexto, la autonomía de la voluntad adquiere una singular relevancia, que se manifiesta en la posibilidad que tienen los sujetos de la relación jurídica

para someter a particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, en calidad de árbitros, el conocimiento de sus controversias. Empero, el principio de voluntariedad tiene sus límites y para determinar su alcance es menester examinar las posibilidades de regulación que le atañen al legislador democrático en materias como la normada en el precepto parcialmente cuestionado.

5. Las posibilidades de regulación correspondientes al legislador

Ciertamente, tratándose del arbitramento y de conformidad con lo que se ha expuesto, el legislador no podría, en principio, conferirle carácter obligatorio, porque a ello se opone, precisamente, el principio de voluntariedad. Sobre el particular la Corte Constitucional ha estimado que “disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio” que el procedimiento arbitral debe ser utilizado para resolver las diferencias entre los asociados “desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política”, según el cual las partes son las únicas “que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros”(10).

Sin embargo, del principio de voluntariedad no cabe derivar un impedimento del legislador para regular el régimen procedimental del arbitramento, pues, de conformidad con lo señalado por la Corte, del artículo 116 superior se desprende que “si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que determine la ley”(11).

Y es que el arbitramento, como medio de solución de controversias, ha de estar orientado a garantizar los derechos de las partes trabadas en la litis, mediante la previsión de “una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”(12).

En este sentido la jurisprudencia ha puntualizado que, tratándose de un auténtico procedimiento, el debido proceso debe ser garantizado y que el artículo 116 de la Carta ha de interpretarse en armonía con el artículo 29, lo cual permite concluir que cuando los particulares no acuerdan procedimiento especial que los regule, se debe tener en cuenta el marco general trazado por el legislador que, también en este caso, tiene competencia para fijar las formas procesales del juicio(13).

En este orden de ideas, el legislador puede “establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral”(14) y, por lo tanto, determinar respecto del ejercicio de esa competencia, entre otros aspectos “el responsable de efectuarla, el procedimiento a seguir, las materias sujetas a su conocimiento, las reglas que lo regirán, la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas y el control de las mismas”(15).

Ahora bien, en asuntos como el ahora abordado, las posibilidades de regulación correspondientes al legislador no pueden apreciarse en su real dimensión si se hace abstracción del tema respecto del cual el legislador

incorpora la alternativa de acudir al arbitramento para solucionar las eventuales controversias que pudieran presentarse. Como surge del tenor literal del artículo 7° de la Ley 963 de 2005, parcialmente demandado, la cláusula compromisoria se podrá incluir en los contratos de estabilidad jurídica y, según se ha expuesto, estos contratos son administrativos.

En relación con los contratos de la Administración conviene precisar que su regulación obedece a la competencia que el Constituyente le confirió al Congreso de la República, en el inciso final del artículo 150 superior, para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. De conformidad con esta prescripción constitucional, el contrato de estabilidad jurídica, en cuanto contrato de la administración, de una parte, es objeto de una regulación especial y, de otra parte, involucra una finalidad de interés público que, en términos generales, justifica el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad.

Tal limitación de la autonomía de la voluntad se inscribe, además, dentro del margen de acción que en la materia le corresponde al Congreso, pues como lo ha indicado esta corporación, el mandato establecido en el artículo 150 de la Constitución “implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado social de derecho”, de modo que el contrato de la administración “no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado” y, en esa medida, “el Congreso quedó en libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública”, como por ejemplo, lo referente a las cláusulas excepcionales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, la responsabilidad contractual y la solución de las controversias contractuales, entre otros temas(16).

Pero esa amplia potestad de configuración que le atañe al legislador cuando se trata de dictar el régimen de los contratos de la administración(17), en el caso de los contratos de estabilidad jurídica encuentra un sustento adicional en la índole económica de la regulación.

En efecto, la Corte ha destacado que “en virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia” y que, “en este orden de ideas, la ley de ‘estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia’ constituye un instrumento más diseñado por el legislador para fomentar el ingreso de importantes capitales al país, indispensables, como se ha señalado, para lograr el bienestar de la población”(18).

La amplitud de la potestad de configuración legislativa que se le reconoce al Congreso en materias económicas tiene sus raíces en el postulado constitucional previsto en el artículo 334 de la Carta, de acuerdo con cuyas voces “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado”, motivo por el cual las materias económicas constituyen, precisamente, “el ámbito en donde el interés general prima con claridad sobre el interés particular”(19).

Siendo ello así, se impone “una interpretación amplia de las posibilidades regulatorias del Estado, por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias”(20), lo cual se traduce en que “el control constitucional ejercido por esta corporación debe limitarse a excluir del ordenamiento aquellas regulaciones manifiestamente inconstitucionales”(21).

6. Los cargos de inconstitucionalidad

Con fundamento en las anteriores premisas, la Corte procede a examinar los cargos de inconstitucionalidad que el actor formuló en contra de la expresión “En este caso, se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por leyes colombianas”, contenida en el artículo 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Como se observa, dos aspectos están comprendidos en la regulación legal atacada, a saber: el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas y el carácter nacional del tribunal mismo. La Corte procederá a examinarlos, en su orden, pero antes de abordarlos, reitera que en razón de la naturaleza administrativa de los contratos de estabilidad jurídica y de la protección del interés público que es el fin último de la administración y, según lo expuesto, también de los contratos de estabilidad jurídica, el legislador puede limitar la autonomía de la voluntad en variados aspectos relativos a esta clase de contratos y, particularmente, en lo que hace a la posibilidad de acordar las reglas referentes al tribunal de arbitramento. Con base en estas consideraciones, pasa la corporación a analizar los dos aspectos enunciados.

6.1. El sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas

Es preciso resaltar que durante el tránsito legislativo del proyecto mediante el cual se expidió la Ley 963 de 2005, el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas se mantuvo como una propuesta invariable, cuya redacción se alteró tan solo para buscar la fórmula que, según el parecer del legislador, expresara de mejor manera la exclusividad de la legislación nacional para regir el tribunal.

Así, después de haber consignado en el proyecto original que el tribunal convocado se regiría “por la ley colombiana”(22), con posterioridad se le agregó que sería “regido exclusiva y excluyentemente” por las leyes colombianas(23) y, por último, se adoptó la fórmula que aparece en la versión definitiva y de conformidad con la cual, el tribunal se regirá “exclusivamente por las leyes colombianas”(24).

Según las apreciaciones del legislador, un inversionista enfrenta riesgos físicos, económicos y jurídicos y, mientras que los dos primeros son susceptibles de previa tasación y cubrimiento, el tercero, “en cambio, no es previsible y no puede ser medido”, de modo que puede “terminar representando un costo enorme para el inversionista, quien preferirá abstenerse de invertir antes que asumir el riesgo”. Así las cosas, el constante cambio en la normatividad y las

permanentes violaciones de las reglas del juego desestimulan la inversión”, pues imposibilitan “establecer de antemano los riesgos y beneficios que de ella se derivan”. Al procurar el estímulo a la inversión, el legislador buscó asegurarle al inversionista certeza suficiente “sobre la estabilidad de aquellas normas específicas que son determinantes de su decisión de invertir” y mitigar “los riesgos jurídicos que se constituyen en una de las causas más importantes del desestímulo a la inversión”(25).

En garantía de esa estabilidad jurídica, en el artículo 3° de la Ley 963 de 2005 se estableció que podrán ser objeto de los respectivos contratos “los 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 efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las comisiones de regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República”.

Así pues, si mediante regulaciones de esta índole el legislador pretendió asegurarle a los inversionistas una estabilidad jurídica respecto de las normas determinantes para su inversión y de sus interpretaciones administrativas vinculantes, a fin de evitarles asumir los altos costos de la inestabilidad jurídica, la Corte considera razonable y proporcionado que el tribunal de arbitramento que se llegara a convocar sea regido por las leyes colombianas, porque si la normatividad nacional es el objeto de los contratos de estabilidad jurídica, resulta previsible que las eventuales controversias que pudieran surgir entre las partes versen sobre los elementos del derecho colombiano que corresponden a dicho objeto y no sería coherente tratar de resolverlos de conformidad con una normatividad distinta de la nacional.

Lo razonable, a la luz de la regulación adoptada por el legislador y de los propósitos que guiaron su establecimiento, es que exista correspondencia entre

la normatividad que es objeto del contrato y que rige la inversión o le suministra condiciones apropiadas y aquella de conformidad con la cual se vayan a resolver las disputas. El desenvolvimiento de la relación contractual comprende también la fase de los eventuales desacuerdos y, en la exigencia de someter esas desavenencias a las leyes del país que brinda las condiciones de estabilidad jurídica, no encuentra la Corte una manifiesta falta de razonabilidad o de proporcionalidad que tome factible la declaración de inconstitucionalidad.

Al tachar de inconstitucionalidad el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes nacionales, el actor parece acusar al precepto a causa de una omisión del legislador que no habría tenido en cuenta una normatividad diferente de la colombiana. Sobre este tópico baste anotar que de la Constitución no se desprende una exigencia semejante, sino más bien, una amplia potestad de configuración fundada en el carácter económico, de la

materia regulada y en las posibilidades de regulación surgidas al amparo del inciso final del artículo 150 superior.

Pero además, el sometimiento del tribunal de arbitramento a las leyes colombianas responde a la regulación del contrato de estabilidad jurídica que promueve su celebración en Colombia, y, sobre todo, su ejecución en el territorio nacional, ya que se trata “de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional”. En esas condiciones, la comentada exigencia, lejos de ser contraria a la Constitución, se ajusta íntegramente a sus mandatos, pues siendo regla de frecuente aplicación y de indudable razonabilidad que a los contratos se les aplique el régimen jurídico del lugar de su celebración o el del lugar de su ejecución, es apenas obvio que un tribunal de arbitramento llamado a dirimir las controversias derivadas de los contratos de estabilidad jurídica se rija por las leyes colombianas.

En ello no se advierte atentado contra ninguna disposición constitucional, sino más bien reivindicación del derecho nacional y observancia del artículo 4° de la Constitución que “en consonancia con el respeto y acatamiento que nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades” somete a su imperio y al de la ley nacional “las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia”(26).

De ahí que en el párrafo del artículo 4° de la Ley 963 de 2005 se indique que el inversionista que pretenda, acogerse a los beneficios establecidos está obligado a cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la correspondiente actividad, a pagar los impuestos, tasas contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que esté sujeta la empresa; a cumplir fielmente las normas que establezca el estado “para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales, así como a cumplir todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral que adquiriera.

6.2. El carácter nacional del tribunal de arbitramento

El segundo aspecto que está contemplado en el aparte demandado es el carácter nacional del tribunal de arbitramento. Este tema durante el proceso legislativo ciertamente tuvo una evolución que es importante poner de manifiesto. En efecto, el proyecto inicial contemplaba la intervención de un tribunal “nacional o internacional” y, aunque así se mantuvo la propuesta durante buena parte del trámite legislativo(27), finalmente fue variada, pues se eliminó la referencia a un tribunal “internacional” y, en definitiva, se mantuvo como exigencia el carácter nacional del tribunal, en cuanto el legislador la juzgó adecuada para “salvaguardar el patrimonio de la Nación”(28).

La Corte encuentra razonable que un tribunal de arbitramento regido por leyes colombianas sea, además, nacional, pues su sometimiento a las leyes colombianas se halla en perfecta concordancia con su carácter nacional que, adicionalmente, encuentra una explicación valedera en la circunstancia, ya destacada, de que estos contratos se ejecutan en el territorio colombiano.

Por lo demás, toda vez que como quedó apuntado, el legislador goza de una amplia potestad de configuración en estas materias y que, por lo mismo, el control de constitucionalidad no es tan estricto, la Corte juzga adecuado que mediante la exigencia de un tribunal de arbitramento nacional, el legislador haya buscado asegurar el interés nacional y salvaguardar el patrimonio público que podría sufrir menoscabo si, en las condiciones económicas de nuestro Estado, se tuvieran que asumir los costos de un tribunal internacional y a propósito de una ley que, justamente, pretende consolidar mejores condiciones económicas.

También en esta hipótesis el planteamiento del demandante se funda en una posible omisión legislativa de carácter relativo, porque, en su criterio, la disposición sería completa si expresamente incorporara la posibilidad de convocar un tribunal internacional. De igual manera cabe reiterar aquí que la Constitución no impone como condición el ofrecimiento de la posibilidad de convocar un tribunal de arbitramento internacional, sino que deja la elección de la alternativa dentro del margen de configuración correspondiente al legislador que, como se ha expuesto, es amplio tratándose de materias económicas y, en particular, de la contratación administrativa.

6.3. El principio de voluntariedad, el derecho de acceso a la justicia y la igualdad de oportunidades

Ahora bien, la elección que el legislador ha hecho a favor de las leyes colombianas y del carácter nacional del tribunal de arbitramento, aun cuando implican restricciones a la autonomía de la voluntad no constituyen alternativas ilegítimas ni cercenan el principio de voluntariedad que guía la convocación del tribunal. El procedimiento legislativo que condujo a la expedición de la Ley 963 de 2005 así lo demuestra, pues en un principio se propuso, imperativamente, la inclusión de la cláusula compromisoria a fin de que cualquier conflicto que surgiera se sometiera al tribunal de arbitramento(29).

Más adelante, sin embargo, “se estableció que la decisión de pactar una cláusula compromisoria fuera de común acuerdo entre las partes, y de esta manera se superó la eventual inconstitucionalidad de este artículo, por cuanto la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales cláusulas compromisorias de carácter obligatorio”(30).

El legislador, pues, descartó la obligatoriedad del arbitramento y conservó el principio de voluntariedad que les permite a las partes del contrato de estabilidad jurídica decidir libremente si habilitan o no los árbitros, pero en caso de optar por la convocatoria, del tribunal tendrán que someterse a la regulación legal, conforme a la cual el tribunal debe 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 del procedimiento arbitral que le competen al legislador que, por lo demás, en tratándose de los

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 sobre el juez o el derecho aplicable y en fin, sobre las “condiciones de acceso trámite y conclusión”(31).

Empero, como esa amplia y flexible potestad de configuración legislativa no es absoluta, por cuanto las medidas adoptadas, además de ser razonables y proporcionadas, deben respetar el núcleo esencial de los derechos constitucionales, es menester puntualizar que el sometimiento a las leyes colombianas del tribunal de arbitramento y su carácter nacional no comprometen el acceso a la administración de justicia, ya que las partes del contrato de estabilidad jurídica tienen la posibilidad de habilitar o no el tribunal y, si deciden no habilitar árbitros, ello significa que para el conocimiento de sus diferencias no desplazan a la administración de justicia estatal, que allí cuentan con vías apropiadas para ventilar sus conflictos y, en particular, con la jurisdicción contencioso administrativa.

Con base en los argumentos precedentes, y en contra de lo sostenido por el actor, es viable sostener que aun cuando en los contratos de la administración la desigualdad entre el Estado y el inversionista no es *per se* inconstitucional, en la hipótesis analizada al inversionista no se le impone un tribunal de arbitramento nacional regido por leyes colombianas, pues, de una parte, el inversionista libremente decide si contrata o no y, de otro lado, la cláusula compromisoria se acuerda en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad. Además, se debe reiterar que el legislador tiene amplia potestad para regular el procedimiento arbitral y puntualizar que se debe partir de la imparcialidad del tribunal de arbitramento que, al ejercer la función de administrar justicia, no puede pasar por alto las responsabilidades anejas a su delicada misión, ni desatender en este aspecto las garantías que contempla el derecho nacional.

El demandante muestra especial preocupación por el inversionista extranjero, en cuyo caso la desigualdad y la vulneración de derecho de acceso a la justicia serían más patentes. Sin embargo, no es admisible perder de vista que el presupuesto básico de las inversiones a las cuales se refieren los contratos de estabilidad jurídica es un conocimiento, aun cuando sea mínimo, del derecho nacional que resulte determinante de la inversión, pues no de otra manera se pueden sopesar los riesgos y decidir si hay estabilidad jurídica suficiente para invertir. Además, al momento de discutir sobre el contenido la cláusula compromisoria y acerca de la eventual habilitación de los árbitros, tanto el inversionista nacional o foráneo, como el Estado colombiano tienen idéntica posibilidad y están sometidos a idénticas restricciones, es decir, se sitúan en el mismo punto de partida y, por consiguiente, no hay desconocimiento de la igualdad de oportunidades.

Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad 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, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, en cuanto hace, a los cargos analizados.

VII. Decisión

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

RESUELVE:

Declarar 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 7° de la Ley 963 de 2005, “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

El presidente de la Sala,

Jaime Córdoba Triviño

Los magistrados,

Jaime Araújo Rentarías

(con aclaración de voto)

Manuel José Cepeda Espinosa

(con aclaración de voto)

Rodrigo Escobar Gil

(con aclaración de voto)

Marco Gerardo Monroy Cabra

(con aclaración de voto)

Nilson Pinilla Pinilla

Humberto Antonio Sierra Porto

Álvaro Tafur Galvis

(con aclaración de voto)

Clara Inés Vargas Hernández

La secretaria general,

Martha Victoria Sáchica Méndez

(1) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

(2) Ibídem.

(3) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(4) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

(5) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

(6) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2005, M.P. Jorge Arango Mejía.

(7) Ibídem.

(8) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

(9) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

(10) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

(11) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(12) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

(13) Véase Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(14) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

(15) Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

(16) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1514 de 2000, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

(17) Véase a este propósito la Sentencia C-1514 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

(18) Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-320 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(19) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(20) Ibídem.

(21) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-429 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(22) Así consta en la ponencia para primer debate en el Senado del Proyecto de Ley 15, publicada en la Gaceta del Congreso 61 del miércoles 10 de marzo de 2004.

(23) De este modo aparece en la Gaceta anteriormente citada y en la N° 590 del jueves 13 de noviembre de 2003.

(24) Tal como aparece publicado en la Gaceta del Congreso 438, del 21 de julio de 2005.

(25) Cfr. Gaceta del Congreso 283 del viernes 20 de mayo de 2005. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 15 de 2003 Senado, 41 de 2004 Cámara.

(26) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

(27) Véase la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 15, Senado, publicada en la Gaceta del Congreso 61 del miércoles 10 de marzo de 2004.

(28) Cfr. Gaceta del Congreso 318 del viernes 3 de julio de 2005, ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 15 de 2003, Senado, 41 de 2004, Cámara.

(29) Véase la Gaceta del Congreso 61 del miércoles 10 de marzo de 2004. Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 15 de 2003, Senado.

(30) Consúltese la Gaceta del Congreso 318 del viernes 3 de junio de 2005. Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 15 de 2003, Senado, 41 de 2004, Cámara.

(31) Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-961/06 DE LOS
MAGISTRADOS MARCO GERARDO MONROY CABRA Y RODRIGO
ESCOBAR GIL

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-6304

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 7° (PARCIAL) DE LA LEY 963 DE 2005 “POR LA CUAL SE INSTAURA UNA LEY DE ESTABILIDAD JURÍDICA PARA LOS INVERSIONISTAS EN COLOMBIA”

MAGISTRADO PONENTE: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Con nuestro acostumbrado respeto nos permitimos aclarar nuestro voto en la sentencia de la referencia, en la siguiente forma:

Estamos de acuerdo con la exequibilidad de la frase “En este caso se establecerá un tribunal de arbitramento nacional regido exclusivamente por las leyes colombianas” que hace parte del artículo 7° de la Ley 963 de 2005 “por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”.

Nuestra aclaración de voto se fundamenta en que la Corte ha debido interpretar armónicamente el artículo 7° y el 11 de la Ley 963 de 2005 por cuanto el cargo formulado por el actor era que al inversionista extranjero se le impide “un adecuado acceso a la administración de justicia”.

Las razones que fundamentan la aclaración de voto son las siguientes:

1. El objeto de la ley es establecer los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad no solo de promover inversiones nuevas sino de “ampliar las existentes en el territorio nacional”.

Ahora bien, los inversionistas pueden ser nacionales o extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional. Solo se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio (arts. 1° y 2°).

2. Si bien los contratos de estabilidad jurídica deben indicar de manera expresa y taxativa “las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión (art. 3°), sin embargo pueden existir controversias no solo respecto de la normatividad sino otros aspectos como la existencia de los requisitos esenciales de dicho contrato de estabilidad o el cumplimiento del contrato o en cuanto a la legalidad de la terminación del contrato (arts. 4° y 8°).

3. En cuanto la controversia se limite a la discusión de la normatividad jurídica que se considera determinante de la inversión el artículo 7° permite la cláusula compromisoria y si las partes en su autonomía la aceptan se debe establecer un tribunal nacional de arbitraje regido exclusivamente por la ley colombiana.

Sin embargo, si la controversia versa sobre otros aspectos como la existencia o no de los requisitos esenciales del contrato de estabilidad jurídica, o terminación anticipada del contrato, en otras cuestiones derivadas de la inversión extranjera nueva o anterior a la Ley 963, es posible pactar arbitraje internacional en aplicación del artículo 11 que exige “respetar los tratados

internacionales ratificados por el Estado colombiano” dentro de los cuales están incluidos los tratados sobre inversión extranjera vinculantes para Colombia.

Ahora bien, el respeto de los tratados de los cuales Colombia sea Estado parte deriva del artículo 9° de la Constitución que establece “el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Ahora bien, uno de los principios fundamentales del derecho internacional es el principio “ *Pacta sunt servanda* ” que está aceptado por las Cartas de la ONU y la OEA, por la jurisprudencia internacional y que constituye norma imperativa de derecho internacional o de “ *Jus cogens* ”. Por tanto, si existe un tratado bilateral o multilateral que regule la inversión extranjera en Colombia hay que aplicar lo allí previsto en relación con la solución de controversias siempre y cuando los inversionistas nacionales o extranjeros no hayan aceptado la cláusula compromisoria prevista en el artículo 7° de la Ley 963 de 2003 que es facultativa.

4. Es posible interpretar armónica y sistemáticamente los artículos 7° y 11 para respetar la cláusula compromisoria facultativa respecto al arbitraje nacional con lo previsto, en el artículo 11 respecto de tratados internacionales de los cuales Colombia sea Estado parte en los cuales se pueda pactar otro mecanismo como la conciliación internacional o el arbitraje internacional para lo cual es fundamental respetar la autonomía tanto del Estado como de los inversionistas nacionales o extranjeros. No es obligatorio pactar la cláusula compromisoria prevista en el artículo 7° sino que las partes en el contrato de estabilidad jurídica pueden pactar otro sistema de solución de controversias previstas en un tratado del cual se sea Estado parte Colombia conforme al artículo 11 con las limitaciones previstas en dichos tratados respecto al orden público internacional.

En estos términos dejamos fundamentada nuestra aclaración de voto.

Los magistrados,

Marco Gerardo Monroy Cabra

Rodrigo Escobar Gil