



LA SENTENCIA C-252/2019: URBI ET ORBI

Nicolás Lozada

lozada@rincon-cuellar.com



Resumen

El presente artículo desarrolla, desde las ópticas interna e internacional (*urbi et orbi*), los variados efectos de la reciente Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-252 de 2019, que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley aprobatoria del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Francia y Colombia. El artículo concluye que se trata de una sentencia icónica que puede iluminar el desarrollo de futuros tratados de inversión (no exclusivamente el acuerdo con Francia), de la jurisprudencia (no sólo de la propia Corte Constitucional, sino de otros tribunales constitucionales y de inversión), y de la política comercial y de inversiones en Colombia y el mundo.

Palabras clave: Corte Constitucional, arbitraje de inversiones, BIT, constitucionalidad, tribunal de arbitraje, controversia.

Abstract

The present article elaborates, from both the internal and the international perspectives (*urbi et orbi*), the wide-ranging effects of recent Decision C-252/19 of the Colombian Constitutional Court, which upheld upon certain conditions the terms of the Bilateral Investment Agreement between Colombia and France. The article concludes that this iconic judicial decision may enlighten the future development of international investment agreements (not exclusively the one concluded with France), jurisprudence (not only the Constitutional Court's own, but also that of other constitutional and investment tribunals) and trade and investment policy in Colombia and the rest of the world.



Introducción

El pronunciamiento de la Corte Constitucional en la *Sentencia C-252 de 2019* marca cambios sustanciales en la forma de llevar a cabo el control de constitucionalidad de los acuerdos suscritos por el gobierno colombiano.

De un lado, la *Sentencia C-252 de 2019*, ha representado un interés especial por ser la primera de su clase¹ que hace un análisis de fondo frente a la compatibilidad de los acuerdos internacionales y la Constitución Nacional. Las decisiones que la antecedieron, a pesar de versar sobre temas similares, no habían realizado un análisis profundo sobre los tratados internacionales, sino, que se limitaban a hacer un examen preliminar bastante superficial.

En este caso, la Corte se anticipa a los efectos que podría tener la ratificación del Tratado Bilateral de Inversión entre Colombia y Francia (en adelante, TBI) en el ámbito de las controversias internacionales de inversión. Su pronunciamiento se deriva, entonces, de un análisis precavido de lo que sería la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales de Colombia sobre la base de la conveniencia nacional.

De otro lado, cabe resaltar que fue la primera vez que la Corte Constitucional convoca a una audiencia pública en el marco de la

¹ La Corte Constitucional ya había realizado análisis de constitucionalidad de acuerdos internacionales, véase por ejemplo la C-750 de 2008 que se encarga del análisis del acuerdo de promoción comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América y de su ley aprobatoria. Otro ejemplo y este en materia de inversión, lo constituye la C-286 de 2015, la cual revisó la constitucionalidad de la ley aprobatoria del acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión.)

ratificación de un TBI, con el objeto de discutir las cláusulas que negoció el gobierno colombiano en conjunto con el gobierno de la República de Colombia. La audiencia se llevó a cabo en diciembre del 2018.

En la mencionada audiencia, se debatieron las consideraciones de aquellos que participaron en el proceso de negociación del TBI o que tuvieron interés en el mismo, así como las consideraciones de expertos en la materia. Estos tuvieron oportunidad de presentar sus argumentos y de solicitar a la Corte que declarara la exequibilidad o inexecuibilidad del Tratado.

La *Sentencia C-252 de 2019* amerita un análisis de los efectos e implicaciones que este control de constitucionalidad podría tener para el país (urbi) y los efectos que podría tener para el mundo (orbi). En ese sentido, analizaremos el cambio de precedente que esta sentencia implica en el proceso de ratificación de Tratados Bilaterales en Colombia, pero más allá de eso, trataremos de superar el debate constitucional colombiano, para reflexionar sobre la importancia que la sentencia podría representar en un nivel macro, esto es, en el Derecho Internacional de las Inversiones.

El proceso de ratificación de tratados en Colombia

En 2014, Colombia suscribió un tratado con la República Francesa *para el fomento y protección recíprocos de inversiones*². Este se presentó como un mecanismo necesario para fomentar la innovación y el crecimiento económico del país.

A través de la Ley 1840 de 2017, el Congreso aprobó el Tratado y, como último paso para su ratificación, fue sometido al llamado control previo de la Corte Constitucional.

² (esta es la expresión empleada por el Congreso de la República para referirse al Tratado Bilateral de Inversiones en la Ley 1840 de 2017).

La justificación de que la Corte intervenga en la ratificación de un tratado internacional, como mecanismo previo a su ratificación, viene dada por el hecho de que la Constitución Nacional es *norma de normas* (C.P., 1991, art. 4) y en caso de que alguna otra norma le sea contraria, se entiende que se aplicarán las disposiciones constitucionales (C.P., 1991, art. 4). Esta interpretación ya ha sido ratificada por la jurisprudencia constitucional, que en numerosas ocasiones ha indicado:

La supremacía normativa de la Constitución, tiene como su principal garantía la existencia del control de constitucionalidad (...) todos los poderes públicos deben velar porque la producción del derecho se ajuste a las reglas formales y contenidos materiales del orden constitucional (...) Así, los actos del gobierno (...) se hallan dominados por el principio de supremacía de la Constitución y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415, 2012).

En ese sentido, si bien, es al Congreso de la República a quien le corresponde aprobar o improbar los tratados que el Estado colombiano celebre con otros gobiernos (C.P., 1991, art. 150, num. 16), realmente es a la Corte Constitucional a quien le corresponde la *guarda de la integridad y supremacía de la Constitución* (C.P., 1991, art. 241).

De lo anterior se deriva que, es a la Corte Constitucional a quien, en el presente caso le corresponde hacer un juicio de valoración respecto de la concordancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia con las disposiciones que emanan de la Constitución Nacional (C.P., 1991, art. 241, num. 10). La Carta Política indica que sólo cuando la Corte haya declarado que el tratado es constitucional, es cuando el gobierno podrá efectuar el respectivo canje de notas.

Esta facultad de la Corte Constitucional se ha manifestado en diversas sentencias de constitucionalidad, como en la C-286 de 2015 que hizo la revisión formal de constitucionalidad de la Ley 1720 de 2014, que aprobó el acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la *liberalización*,

moción y protección de la inversión (Ley 1720, 2014). Otro ejemplo de lo anterior, está en el control de constitucionalidad de la sentencia C-309 de 2007 frente a la Ley 1069 de 2006, que aprobó el acuerdo entre la República de Colombia y España.

En Sentencias mencionadas, la Corte Constitucional se encarga de efectuar un análisis sobre la forma en que se tramitó la aprobación del acuerdo en el Congreso de la República y el análisis de su contenido sustancial a la luz de la Constitución Nacional. Finalmente, decidió declarar la exequibilidad de estos acuerdos y sus Leyes aprobatorias.

Adicional a lo anterior, el control de constitucionalidad de la Corte no sólo resulta importante para resguardar la supremacía de la Constitución Nacional, sino que también se puede convertir en una forma de proteger los intereses del Estado colombiano de los efectos que, eventualmente, podría tener el acuerdo comercial, sobre todo en el marco de las controversias internacionales que se derivan de la aplicación de los tratados.

Esta protección no ha estado exenta de críticas, pues hay quienes opinan que se podría generar un desbordamiento de las funciones de la Corte Constitucional contenidas en el artículo 241 de la Constitución Nacional y, en ese sentido, desconocer la función única del presidente de dirigir las relaciones internacionales (C.P., 1991, art. 189, núm. 2).

En ese sentido, el control de constitucionalidad es un mecanismo importante para salvaguardar la primacía de la Constitución y lograr una protección efectiva sobre los intereses del país de cara a las relaciones internacionales. Por ello, el análisis debe ser cuidadoso y concienzudo.

Una mirada rápida a la Sentencia C-252/19

Esta decisión no sólo se ocupó de examinar la compatibilidad del TBI entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, y la

Carta Política, sino que también realizó un análisis del alcance de las cláusulas de protección a la inversión que estaba incluidas en el acuerdo.

Es importante anotar que, no todo el control de constitucionalidad que efectúa la Corte es en sí mismo un cambio de precedente, el cambio de precedente se genera exclusivamente sobre algunos puntos, como se muestra en la siguiente tabla:

NO IMPLICA UN CAMBIO DE PRECEDENTE	IMPLICA UN CAMBIO DE PRECEDENTE
<ul style="list-style-type: none"> • Definiciones y ámbito de aplicación (artículos 1 y 2 del TBI) • Fomento y admisión de inversiones (artículo 3 del TBI) • Compensación por pérdidas artículo 7 del TBI) • Libre transferencia (Artículo 8 del TBI) • Diversidad cultural y lingüística (artículo 9 del TBI) • Responsabilidad social y corporativa (artículo 10 del TBI) • Transparencia (artículo 12 del TBI) • Garantías y subordinación (artículo 13 del TBI) • Excepción de seguridad (artículo 14 del TBI) • Arreglo de diferencias (artículo 15 del TBI) 	<ul style="list-style-type: none"> • Trato justo y equitativo (artículo 4 del TBI) • Trato nacional y trato nación más favorecida (artículo 5 del TBI) • Expropiación (artículo 6 del TBI)

Fuente: Elaboración propia

Así, como consecuencia de un análisis y estudio ponderado que quedó plasmado en una sobresaliente sentencia, la Corte condicionó la exequibilidad de algunas de las cláusulas contenidas en el TBI, a saber: trato justo y equitativo, trato nacional, trato Nación más favorecida y expropiación.

1. Trato justo y equitativo

La cláusula trato justo y equitativo estatuida en el artículo 4 (1) del TBI Colombia-Francia et al. (2014), establece:

Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, inter alia.

Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas.

La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar.

Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una parte contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este párrafo.

Al respecto, la Corte Constitucional evidenció que no existe una definición unívoca de trato justo y equitativo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y que buena parte de la discusión global actual sobre el derecho internacional de inversiones está relacionada con el alcance de esta cláusula (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, Apartes 191 y 192, 2019). Visto lo anterior, y considerando, entre otras, que en las decisiones en las que se declara la responsabilidad del Estado, los tribunales lo hacen con base en la violación de las cláusulas de trato justo y equitativo, y expropiación indirecta. La Corte estableció tres condicionamientos (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, Aparte 215, 2019):

- (i) La expresión “*de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio*” es exequible a condición de que las partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.
- (ii) La expresión “*inter alia*” es exequible bajo el entendido de que esta deberá interpretarse “de manera restrictiva, en un sentido analógico y no aditivo de obligaciones internacionales” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 215, 2019). Esto implica que, la responsabilidad internacional del Estado colombiano no se puede comprometer de forma ilimitada (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 208, 2019).
- (iii) La expresión “*expectativas legítimas*” es exequible a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven “de actos específicos y reiterados llevado a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos o inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 215, 2019).

2. Trato Nacional y trato Nación más favorecida

El artículo 5 (1) del TBI Colombia-Francia et al. (2014), contiene la cláusula de Trato Nacional, la cual establece:

cada Parte Contratante le aplicará en su territorio a los Inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus inversiones y

actividades relacionadas con sus Inversiones un **trato** no menos favorable que el concedido en **situaciones similares** a sus Inversionistas o el trato concedido a los Inversionistas de la Nación más favorecida y si este último es más favorable [subrayado fuera del texto original].

Sobre esta disposición, la Corte constató que la expresión “*situaciones similares*”, prevista en la cláusula de Trato Nacional, no ha sido aplicada de manera uniforme por los tribunales de arbitraje (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 246, 2019), pues en algunos casos la expresión abarca solamente comparadores idénticos, mientras que, en otros, pese a la existencia de comparadores idénticos se recurre a comparadores cercanos.

De este modo, siendo incierto el “*patrón de comparación*” entre dichas situaciones para la aplicación de las cláusulas Trato Nacional o Nación más favorecida, se presenta una situación que amenaza la seguridad jurídica. En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible la expresión “situaciones similares” a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia. Esta interpretación ha sido objeto de cuestionamientos, pues se ha señalado que la Corte Constitucional no tuvo en consideración que existen diversos tratados que pueden llenar de contenido estas cláusulas, como la Convención de Viena sobre interpretación de Tratados de 1969. Al contrario, la Corte se basó en las interpretaciones de los Tribunales Arbitrales en distintos laudos. No obstante, es importante tener en cuenta que, si bien existen instrumentos importantes para la interpretación de los tratados, lo ideal es que sean las partes quienes deben llenar de contenido las cláusulas que suscriben. Adicionalmente, se podría considerar que realmente son los laudos arbitrales los que reflejan la situación en que se encuentran las controversias internacionales de inversión en la actualidad y si estas demuestran un riesgo para Colombia, en el sentido de que Colombia ha sido uno de los países que más demandas de inversión recibió durante el año 2018, es válido que la Corte se pronuncie con base a la información disponible de distintos laudos arbitrales para efectuar ese análisis.

Por otra parte, la Corte consideró que la cláusula Nación favorecida en los términos establecidos en el TBI tiene inevitables efectos acumulativos o “cascada”, respecto de todas las obligaciones sustanciales contenidas en cualquier otro tratado suscrito por Colombia, lo cual, compromete y hace ineficaz la competencia del presidente de la República relativa a dirigir las relaciones internacionales y negociar los tratados (C.P., 1991, art. 189, num. 2), pues a la postre, todas las obligaciones sustanciales resultan aplicables al inversionista francés, sin importar si estos contenidos fueron o no pactados en el TBI Colombia-Francia (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 251, 2019). Además, consideró que esta cláusula es incompatible con el carácter bilateral del TBI, pues cualquier ventaja que Colombia concediera a inversionistas de un tercer Estado les serían extensibles y aplicables a los inversionistas franceses y ello tendría como consecuencia que el presidente renuncie a la posibilidad de conceder beneficios o ventajas particulares a inversionistas de otros Estados.

En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible la expresión “trato”, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del TBI y de modo que el presidente de la República conserve materialmente su competencia de dirección de las relaciones internacionales y de celebración de tratados.

Por último, el numeral 3 del ya referido artículo 5 del TBI establece lo que la Corte considera una excepción al Trato Nacional, según el cual, la obligación adquirida en virtud de esta cláusula “no impedirá que el Estado adopte o mantenga medidas destinadas a garantizar el orden público en caso de amenazas serias contra los intereses fundamentales del Estado, siempre que se sean (i) no arbitrarias, (ii) justificadas, (iii) necesarias y (iv) proporcionales” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 229, 2019).

La Corte determinó que la expresión “*necesarias y proporcionales*”, incluida en la cláusula, admite en el marco de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones, al menos una lectura contraria a la Constitución Política. La lectura a la que se refiere supone que la

libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades para efectos de garantizar el orden público es en extremo restringida, en la medida que para tal fin el Estado solo podrá adoptar las medidas que sean indispensables, estándar que en consideración de la Corte es plausible a efectos de evaluar las restricciones a derechos fundamentales, pero incompatible con el margen de configuración en materia económica, el cual la jurisprudencia constitucional ha reconocido históricamente como amplio (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 248, 2019).

Adicionalmente, con el objetivo de garantizar el referido margen y la autonomía regulatoria el Estado, la Corte estimó que era necesario salvaguardar la competencia de la que gozan las autoridades públicas para adoptar las medidas *razonables y apropiadas* que garanticen el orden público. Lectura esta que ha sido adoptada por algunos laudos arbitrales y que si respeta la Constitución Nacional.

Por lo anterior, la expresión “*necesarias y proporcionales*” es declarada exequible, “bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del Acuerdo para la Promoción y Protección de inversiones (...) de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público”

3. Expropiación

Por último, la Corte se refirió a la cláusula de expropiación e indemnización establecida en el artículo 6 del TBI Colombia-Francia, normativa que prohibía, excepto por utilidad pública o interés social, la expropiación, nacionalización o cualquier otra medida similar (expropiación indirecta) contra las inversiones realizadas por los franceses.

Reglamentaba, asimismo, que para determinar si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituía una expropiación indirecta, se debía realizar un análisis caso a caso, considerando entre otros factores, (a) el grado de interferencia en el derecho de propiedad de

la medida; (b) el impacto económico de la medida y; (c) las consecuencias de la medida en las *expectativas legítimas* del inversionista. Del mismo modo, establecía que las medidas adoptadas por una parte contratante que son diseñadas para proteger objetivos legítimos de política pública no constituyen expropiación indirecta cuando sean *necesarias y proporcionales* a la luz de estos objetivos, y cuando se apliquen de tal forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 257, 2019).

Frente a esta cláusula, la Corte, teniendo nuevamente en consideración que la expresión “*expectativas legítimas*” plantea problemas de indeterminación y dispar aplicación en los tribunales de arbitraje internacional (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 280, 2019),³ declaró que este artículo del TBI sería exequible bajo la condición de que las:

Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 212, 2019).

Por último, y reiterando lo que ya se había dicho frente a la expresión “*necesarias y proporcionales*” incluida en la cláusula Trato Nación más favorecida, la Corte declaró exequible condicionalmente la locución siempre que se interprete en el contexto del preámbulo del TBI, de modo que “respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 282, 2019).

³ Como ya se explicó en el punto 1 relativo al Trato Nacional.

De la lectura de los condicionamientos que hace el juez constitucional con respecto a la exequibilidad del TBI en cuestión, surge la preocupación de si se han desbordado o no las facultades que la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional en su artículo 241. Pues bien, ya en la parte introductoria del presente artículo se anunciaba que el fundamento de la intervención de la Corte Constitucional radica en garantizar la supremacía de la Constitución Nacional.

La garantía de la supremacía de la Constitución implica, entonces comparación entre el articulado del respectivo tratado y las mismas disposiciones de la Carta Política, lo que implica un análisis que no puede ser, bajo ningún punto de vista, superficial. Ahora bien, es imprescindible preguntarse si el análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional podría consistir en el ejercicio de anticipar los efectos que el TBI tendría en el marco de la resolución de controversias internacionales de inversión.

Para responder a dicho interrogante, basta tener en consideración que una de las garantías que ofrece la Carta Política a los colombianos en el marco de las relaciones internacionales es como lo menciona el artículo 226 de la Constitución Política de Colombia (1991): “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

El mandato constitucional es claro desde cualquier punto de vista: se debe resguardar la conveniencia nacional. En ese sentido, si existe la posibilidad de que las cláusulas de un TBI puedan ir en contra de la conveniencia nacional y, en esa línea, en contravía de la Constitución Nacional, qué otra autoridad sino la Corte Constitucional estaría facultada para resguardar los intereses del Estado.

Ya explicó la Corte con la suficiencia requerida, los efectos que podría tener la suscripción de cláusulas ambiguas en un TBI. En esa línea, la Corte indicó la situación de las controversias internacionales en las que el estado colombiano se ha visto involucrado:

Por su parte, a nivel doméstico, según el informe oficial aportado por el MinCIT en el presente asunto

a la fecha existen 20 controversias internacionales de inversión en contra de Colombia, de las cuales 9 se encuentran en un periodo de arreglo directo y en 11 se ha dado inicio a un proceso arbitral con el objeto de dirimir las controversias

Tras presentar la información de cada asunto, el MinCIT advirtió que todas estas controversias tienen como fundamento los AI ratificados por Colombia y que “el monto aproximado de las pretensiones de las controversias que se encuentran en etapa de arreglo directo es de USD\$ 4.000 millones (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, 2019).

Esa salvaguarda de los intereses del estado colombiano, cobra mayor relevancia si se tiene en consideración el amplio número de controversias internacionales que le representa la inversión a Colombia y que comprometen un porcentaje importante de su presupuesto nacional (Ley 1940, 2018, art. 86). Ahora bien, resulta claro que el juez constitucional no declaró la inexecutable del Tratado, sólo condicionó su aprobación a un ejercicio que implica llenar las cláusulas pactadas de un contenido claro, facultad que le corresponderá al presidente de la República como director de las relaciones internacionales del Estado.

El riesgo de invadir las funciones del presidente de la República al efectuar un análisis de conveniencia, fue advertido por uno de los magistrados en la forma de aclaración y salvamento de voto. No obstante, la conveniencia y salvaguarda de los intereses del Estado colombiano podría llegar a verse como una de las formas en que se manifiesta la función conferida a la Corte en el mencionado artículo 241.

Es tan claro que la Corte se mantuvo en el marco del cumplimiento de sus funciones que con su decisión logrará evitar que, las cláusulas del TBI que sean ambiguas, puedan llegar a interpretarse de forma contraria a la Constitución Nacional por parte de los Tribunales Arbitrales en los que se desenvuelva una eventual controversia en materia de inversiones.

Efectos URBI ET ORBI de la Sentencia C-252/19

La trascendencia de la descrita decisión es innegable, pues se trata de un análisis de constitucionalidad profundo, que se efectuó sobre las bases y en el marco de las funciones que la Carta Política le confiere al juez constitucional. Además, tiene efectos importantes de cara al ámbito interno (urbi) y de cara al ámbito internacional (orbi).

A. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones

I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)

Una primera y quizá obvia consecuencia que puede identificarse a nivel internacional es la que se refiere a las implicaciones de la decisión frente al TBI Colombia-Francia. En primer lugar, la Corte ordenó la adopción de una declaración interpretativa en el marco del TBI respecto de los condicionamientos señalados en sus consideraciones (descritos en el punto inmediatamente anterior). Resulta importante anotar que, si bien la parte resolutive de la sentencia declara la exequibilidad condicionada en el sentido explicado previamente, el condicionamiento que realiza la Corte es distinto de cualquier otro, pues se trata de la suscripción de notas interpretativas. Estas notas interpretativas no tienen otro efecto distinto al de llenar de contenido las cláusulas, ya sea para especificar o aclarar el sentido de una expresión. Ello no implica una renegociación, modificación o enmienda de las cláusulas del Tratado, por lo que no ameritan un nuevo análisis de constitucionalidad, a menos que incluyeran aspectos sustantivos no contenidos en el Tratado. (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 70, 2019).

No obstante, pese al importante análisis efectuado por la Corte, también es de resaltar que la suscripción de las notas interpretativas de las

cláusulas que componen el TBI puede llegar a ofrecer algunos retos. Todos ellos, para el Gobierno de la República de Colombia.

De un lado, y habida cuenta de que la aprobación del acuerdo por parte de la Corte Constitucional es requisito sine qua non para ratificar el Tratado Internacional, no puede haber ratificación de este hasta tanto no se suscriban las notas interpretativas, como es claro tratándose de un acuerdo bilateral, no depende únicamente del estado colombiano, sino también de la disposición de Francia para hacerlo.

Por otra, es importante resaltar que la Corte Constitucional determinó que no volvería a efectuar un control de constitucionalidad sobre el asunto, por lo que podría suceder que, en la suscripción de las notas, se dieran declaraciones interpretativas distintas al alcance otorgado por la decisión. Esta situación generaría una suerte de incertidumbre, pues sino existiría un nuevo control sobre las posibles renegociaciones entre Colombia y Francia y, en ese sentido, no habría certeza de si realmente se ha acatado lo resuelto en la sentencia.

B. Futuros acuerdos de inversión

Con respecto a los futuros acuerdos de inversión, es importante tener claro que todas las consideraciones realizadas en la *Sentencia C-252 de 2019*, deberán ser incorporadas en el nuevo Acuerdo Modelo de Inversión, así como en los futuros acuerdos que el gobierno de la República de Colombia pretenda celebrar. Uno de los asuntos que podría inquietar al lector de la sentencia es qué sucederá con futuros acuerdos de inversión. Esta inquietud puede plantearse desde dos perspectivas: (i) qué ocurre con las funciones del presidente de la República a partir de esta decisión (urbi), y (ii) qué ocurre con los TBI o acuerdos internacionales que hayan sido celebrados antes de la sentencia (orbi).

I. Efecto de cara al ámbito interno (URBI)

Frente a la primera cuestión, hay quienes se preguntan si la mencionada decisión constituye un límite a la facultad del presidente de la República de

dirigir las relaciones internacionales y suscribir tratados internacionales, la respuesta es naturalmente sí. Ello por cuanto la Corte Constitucional es la autoridad suprema frente a la garantía de la supremacía de Constitución y, en esa medida, se espera que se respeten las consideraciones y las órdenes adoptadas en la parte resolutive de la decisión al momento de suscribir futuros TBI o acuerdos internacionales.

II. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)

Frente al segundo punto, relativo a qué sucederá con los acuerdos internacionales celebrados con anterioridad a la sentencia, la Corte determinó que no iban a verse afectados por lo establecido en la jurisprudencia, pues ya habían sido declarados exequibles y, por tanto, sería un contrasentido modificarlos en contravía del principio de seguridad jurídica.

Este punto constituye otro de los grandes aciertos emitidos por el máximo órgano constitucional en la *Sentencia C-252* de 2019.

C. Jurisprudencia

Lo primero que se debe resaltar es la relevancia que le confiere la Corte Constitucional a la claridad de las cláusulas contenidas en el TBI. Dicha preocupación no es solo plausible, sino que es necesaria, pues claridad en las obligaciones adquiridas por la República de Colombia significa prevención y reducción de litigios en contra de Colombia, en materia de inversiones.

I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)

Desde el punto de vista de la jurisprudencia arbitral, es importante considerar los efectos que la *Sentencia C-252* de 2019 podría llegar a tener sobre las decisiones de Tribunales Constitucionales de otros países, que han venido efectuando análisis de constitucionalidad sobre Tratados de Libre Inversión en la misma línea que en Colombia.

Se podría observar, por ejemplo, el caso de Ecuador, que en virtud de la nueva Constitución que adoptó en 2008, decidió empezar a declarar la inconstitucionalidad de varios de los Tratados Bilaterales de Inversión que se encontraba en proceso de ratificar (Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 2020). Es posible, entonces, que la **Sentencia C-252** se convierta en un ejemplo para estos Tribunales Constitucionales.

Más allá de que existan Tribunales Constitucionales que puedan apoyarse en la interpretación constitucional de esta sentencia, también se podría pensar en la existencia de un referente para Tribunales Internacionales de Arbitraje con respecto a las decisiones que adopten en los casos en que la República de Colombia se vea involucrada. Estos Tribunales podrían llegar a tener en cuenta el análisis efectuado por el juez constitucional respecto de las decisiones adoptadas en otras controversias internacionales, en materia de inversión. Incluso, el análisis efectuado por la Corte podría emplearse como un argumento de los asesores de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado,⁴ una vez envueltos en alguna controversia relativa a inversiones, pues lo que establece la Corte no es otra cosa tomar a la Constitución Nacional como una norma suprema, conforme a la cual, se deben interpretar todos los instrumentos internacionales.

No obstante, si bien el análisis efectuado por la Corte puede ser un parámetro o un lineamiento de interpretación frente a la jurisprudencia arbitral, hay que dejar claro que los Tribunales de arbitraje, se rigen por instrumentos distintos a la legislación interna de cada país, por ejemplo, en algunos casos es aplicable el reglamento del CIADI.

En ese sentido, los Tribunales Internacionales de Arbitraje no se encuentran obligados a seguir las disposiciones contenidas en el derecho interno colombiano para resolver los conflictos que se susciten

4 La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es una Unidad Administrativa Especial que se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho del Estado Colombiano. Su misión es liderar la defensa jurídica del Estado para proteger la institucionalidad y los recursos públicos y entre sus objetivos destacan: reducir el impacto económico de la actividad litigiosa, promover la disminución de nuevos procesos en contra del Estado y disminuir el número de procesos existentes.

en el marco de las inversiones, estos Tribunales pueden, sencillamente, remitirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y fallar sin tener en consideración lo que haya establecido el órgano constitucional colombiano.

De cualquier forma, el pronunciamiento de la Corte se ha convertido en un fenómeno importante, que no ha sido ignorado por la comunidad internacional, de hecho, hay en varios medios internacionales publicaciones relacionadas con la misma (Suárez Ricaurte, 2019); (Prieto, 2019). Muestra de ello son, por ejemplo, la publicación del *International Institute for Sustainable Development* donde se exponen los argumentos del juez constitucional y se explican algunos de sus efectos en el marco de las controversias de inversiones. De ahí que sea dable esperar que, en el futuro, los Tribunales Constitucionales y Arbitrales se refieran a la sentencia colombiana.

D. Inversionistas extranjeros

I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)

Algunos cuestionamientos importantes que se plantean una vez analizada la sentencia, es si la limitación de las cláusulas podría desincentivar la inversión extranjera, o, por el contrario, dota de seguridad jurídica el sistema de inversión extranjera.

Frente al primer cuestionamiento, es necesario anotar que nunca se ha demostrado que los tratados de inversión tengan una relación directa con la tasa de inversión extranjera, por lo que no puede concluirse que la decisión de la Corte desincentiva de manera automática a los inversionistas, incluso si se hablara de los inversionistas franceses.

Lo anterior se explica si se tiene en consideración que, desde su creación en 1991, a la Corte Constitucional siempre se le ha conferido la misma función y, contrario a desincentivar la inversión, se ha demostrado un aumento importante de la misma a lo largo de los últimos años. Muestra

de ello, son los reconocimientos efectuados por algunas entidades en el ámbito internacional, como periódicos con énfasis en negocios y economía como *The Financial Times* y que clasifican a Colombia como un destino de inversión sólido (PROCOLOMBIA, 2018).

Muestra de lo anterior, también es la continua suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión y su posterior control constitucional, como en el caso del TBI Colombia-Japón y Colombia-España.

No obstante, es claro que la decisión ha captado el interés de la comunidad internacional, y probablemente, generará que los interesados se pronuncien a favor y en contra de la misma, tal y como lo hicieron en la audiencia pública el embajador de Francia en Colombia, y el presidente de la Cámara colombo-francesa de Comercio (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 11, 2019).

Ahora bien, con respecto a si las limitaciones de las cláusulas dotan de seguridad jurídica el sistema de inversión extranjera, puede decirse que estas ayudan de manera considerable a tal fin. Ello, pues si bien va de suyo en la resolución de controversias internacionales de inversión que sean los árbitros quienes doten de contenido algunas de las cláusulas establecidas por los países contratantes, es indudable que las cláusulas condicionadas por la sentencia no tienen una unívoca y clara definición y aplicación, por lo que es en muchos casos hasta el laudo final donde se define si el respectivo país incurre o no en responsabilidad.

E. Política comercial colombiana

I. Efecto de cara al ámbito interno (URBI)

En línea con todo lo anterior, surge la pregunta de si la referida sentencia trae implicaciones también en materia de política comercial en Colombia. Es importante tener en consideración que el análisis de la Corte en la *Sentencia C-252 de 2019* no se centra en establecer indicaciones respecto de cómo el ejecutivo debe fomentar una política comercial

en Colombia, pues es claro que no debe ser ese el objeto de una sentencia de constitucionalidad. En ese sentido, sería erróneo afirmar que la mencionada sentencia exige efectuar un cambio en la forma en la que ha venido diseñando la política comercial colombiana. No obstante, sí resulta claro que la política comercial en Colombia tiene una alta incidencia en las controversias internacionales de inversión de los últimos años, pues, estas controversias atienten, eminentemente, a la forma en que Colombia ha planteado la aplicación o la regulación de tratados bilaterales y acuerdos de inversión.

Se debe tener en consideración que en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha contemplado la posibilidad de revisar el *Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones* que es el instrumento guía que se utiliza el gobierno de Colombia para negociar los Tratados Bilaterales de Inversión (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2017).

Esta revisión debería tener como objeto la mejora de la situación de Colombia en el marco de las controversias internacionales de inversión, por ello es importante que el Ministerio tenga en consideración los nuevos cambios introducidos en la *Sentencia C-252 de 2019* en materia de trato justo y equitativo, trato nacional, trato nación más favorecida y en materia de expropiación.

Conclusiones

La conclusión que deriva del presente artículo se puede resumir en un aforismo que se le atribuye al historiador romano Salustio: *“Todos los que deliberan sobre asuntos dudosos deben estar exentos de todo sentimiento de odio, amistad, ira y misericordia.”*

De todos los argumentos expuestos en el presente artículo, es dable concluir que la mencionada sentencia marca un hito fundamental en materia de inversión, pues a través de ella es que la Corte Constitucional

empieza a ocupar un papel más activo e importante en la forma en que se está moldeando el derecho internacional de las inversiones.

Se trata un aporte doctrinal que además de ser innovador e interesante, es muy ponderado, ni radical, ni extremista, y que, además, tuvo en cuenta varios puntos de vista, haciéndola una pieza de obligatoria lectura para quien esté interesado en el arbitraje de inversiones. Sumado a ello y como quedó suficientemente expuesto en el presente artículo, el análisis de la Corte Constitucional tendrá efectos diversos no solo en el ámbito interno colombiano sino también en el marco internacional de las inversiones (*urbi et orbi*).

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (s. f.). *Información General de la Agencia*. <https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/quienessomos/Paginas/informacion-general-agencia.aspx>
- Ámbito Jurídico. (2019). Conozca el laudo del Ciadi que acabó la disputa entre Colombia y la multinacional suiza Glencore. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-laudo-del-ciadi-que-acabo>
- Cámara de Comercio de Bogotá (2020). APPRI entre Colombia y Francia, Sentencia C 252 de 2019. *Revista Arbitrio*.
- Castilla, J. (2018). *Tratado de cooperación con Francia, en la mira de la Corte Constitucional*. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/tratado-de-cooperacion-con-francia-en-la-mira-de-la-corte-constitucional-2792496>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 4 [Título I]. (2.^a ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 150 [Título VI]. (2.^a ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 189 [Título VII]. (2.^a ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 226 [Título VII]. (2.^a ed.). Legis.

- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 241 [Título VIII]. (2.^a ed.). Legis.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2006). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones. [Ley 1069 de 2006]. DO: 46.346
- Congreso de la República de Colombia. (25 de junio de 2014). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión. [Ley 1720 de 2014]. DO: 49.193
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2017). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. [Ley 1840 de 2017]. DO: 50.292
- Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre de 2018). Ley del presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de enero al 31 de diciembre de 2019. [Ley 1940 de 2018]. DO: 50.920
- Embajada de Francia en Colombia. (2019). Firma del acuerdo de protección recíproca de las inversiones Francia - Colombia. <https://co.ambafrance.org/Firma-del-acuerdo-de-protección>
- Medina, H. M. (2019). *Declaraciones interpretativas en tratados de inversión*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/declaraciones-interpretativas-en-tratados-de-inversion-2916646>
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (s.f.). *Consulta pública BIT modelo colombiano*. <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano>
- Prieto, G. (2019). *The Colombian Constitutional Court Judgment C-252/19: A new frontier for reform in international investment law*. *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/the-colombian-constitutional-court-judgment-c-252-19-a-new-frontier-for-reform-in-international-investment-law/#more-17376&EXT=pdf>
- PROCOLOMBIA. (2018). Colombia se destaca como destino de inversión extranjera en la región. <https://www.inviertaencolombia.com.co/noticias/1174-colombia-se-destaca-como-destino-de-inversion-extranjera-en-la-region.html>
- Sentencia C-252 de 2019. (2019, 6 de junio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Bernal Pulido, C.). <https://www.iisd.org/itn/>

- [es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/](https://www.corteconstitucional.gov.co/decision/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/)
- Sentencia C-415 de 2012. (2012, 6 de junio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: González Cuervo, M.).
- Sentencia C-286 de 2015. (2015, 13 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Guerrero Pérez, G.).
- Sentencia C-309 de 2007. (2007, 3 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Monroy Cabra, G.).
- Sentencia C-750 de 2008. (2008, 24 de julio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Vargas Hernández, I.).
- Titi, C. (2020). Control constitucional y derecho internacional de inversiones a través de cuatro sentencias constitucionales en Colombia, Ecuador, y la Unión Europea. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*.
- Transnational Institute (2020). Colombia ante una explosión de demandas de inversores extranjeros. *Sistema de Solución de Disputas Inversor-Estado (ISDS)*. <http://isds-americalatina.org>