

Sentencia C-1058/03

Referencia: expediente D-4621

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 473 (parcial) del Código del Comercio.

Demandante: Mariana Calderón Medina

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil tres (2003).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 241 de la Constitución, la ciudadana Mariana Calderón Medina solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad del artículo 473 (parcial) del Código del Comercio (Decreto - ley 410 de 1971).

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

Debe advertirse que el presente proyecto fue inicialmente repartido al magistrado Manuel José Cepeda Espinosa cuya propuesta contenida en este proyecto de sentencia, no fue aceptada por la mayoría, habiendo sido designado como nuevo ponente el doctor Jaime Córdoba Triviño. La ponencia originalmente presentada a la Sala Plena, en aquellos puntos en que fue acogida por ella, se recoge en el presente fallo.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, resaltando la parte demandada:

*"Codigo del Comercio
(Decreto ley 410 de 1971)*

Libro II
De las sociedades Comerciales

Título VIII
De las sociedades extranjeras

(...)

Artículo 473.- Cuando la sociedad tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de que trata el ordinal 5o. del artículo anterior serán ciudadanos colombianos."

III. LA DEMANDA

La demandante considera que el aparte de la norma acusada viola la Constitución Política por desconocer los artículos 13 y 100. Funda así su demanda,

1. Alega que el artículo 473 del Código del Comercio discrimina a los extranjeros, al impedirles desempeñarse como representantes legales de sociedades extranjeras. Presenta así el cargo la demanda,

“El artículo 472 al que hace referencia la norma acusada, establece que la resolución o acto en que la sociedad extranjera acuerde, conforme a la ley de su domicilio principal, establecer negocios con carácter permanente en Colombia (es decir, crear una sucursal en nuestro país), deberá expresar '5. La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales'.

Como se observa, en la práctica, la norma acusada impide que una sociedad foránea prestadora de un servicio público, pueda nombrar como su representante en Colombia a un extranjero, incluso aunque éste se encuentre domiciliado en el país. En este sentido, conlleva el absurdo de que, por ejemplo, a una aerolínea extranjera prestadora del servicio público del transporte aéreo, le queda prohibido por ley nombrar como su representante legal en Colombia a un extranjero altamente capacitado en las particularidades del específico sector, de su total confianza y con la suficiente experiencia y conocimiento de los detalles del negocio y de la compañía, para en su lugar, verse obligada a nombrar a un nacional colombiano, lo cual claramente puede ir en contravía misma de los propósitos de la prosperidad esperada del negocio.

Adicionalmente, lo anterior contraría la necesidad de promover un clima de confianza para la inversión extranjera y de atraer también, la importación de personas experimentadas y capacitadas que pueden transferir su experiencia y conocimientos a los nacionales.

Por todo lo anterior es claro que la norma acusada es discriminatoria, excluyente de la migración, carente de razón de ser y por sobre todo inconstitucional.”

2. Específicamente, la demanda sostiene que el trato diferencial para con los extranjeros consagrado en el artículo 473 del Código de Comercio no es *razonable* por los siguientes motivos,

“(…) en la medida en que el artículo 13 dispone que todas las personas nacen iguales ante la ley y en consecuencia gozarán de las mismas oportunidades, no siendo discriminadas, entre otras, por razón de su origen nacional, resulta clara la contradicción entre lo establecido en el artículo 473 y el postulado constitucional que garantiza el derecho de igualdad, (…)

Ciertamente, en la medida en que los representantes de sociedades constituidas en Colombia, cuyo objeto social se refiera a la explotación, administración o dirección de un servicio público, pueden ser extranjeros, no se entiende la razón de la discriminación para que los extranjeros no puedan actuar como representantes de las sucursales de sociedades foráneas establecidas en el país con el mismo objeto, máxime cuando es bien sabido que las grandes compañías en Colombia –prestadoras de servicios públicos como los de telefonía celular, televisión, transporte e incluso salud, entre otros–, directa o indirectamente son propiedad de empresarios extranjeros y sus representantes en varios casos también lo son, estableciendo para tal efecto su domicilio en Colombia con carácter temporal.

Evidentemente lo anterior demuestra que, la discriminación hacia los nacionales de países diferentes de Colombia, prevista en el artículo 473, carece de una justificación razonable y objetiva, lo que claramente constituye una vulneración al derecho a la igualdad previsto en nuestra Constitución Política (…)”

3. La demanda considera que la norma acusada también desconoce el principio de igualdad al establecer un trato diferencial entre las sociedades nacionales y las extranjeras, puesto que las primeras sí tienen la posibilidad de nombrar a un extranjero como representante legal. Al respecto se sostiene,

“Ciertamente, es claro que en el desarrollo de actividades por parte de sucursales de sociedades extranjeras y sociedades nacionales, nos encontramos frente a situaciones equivalentes que ameritan un trato igual: la ley permite que ambos tipos de sociedades desarrollen cualquier objeto, entre éstos, la prestación de servicios públicos; ambas pueden tener sucursales, sólo que para el caso de las sociedades extranjeras tales establecimientos son de carácter obligatorio para efectos de emprender negocios en Colombia con carácter permanente; ambas deben tener un capital y las reservas y provisiones previstas en la ley para efectos de proteger la prenda general de los acreedores, e igualmente, en ambas deben tener un representante legal.

Es importante señalar de otra parte que, las sucursales en Colombia de sociedades extranjeras se encuentran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades (Ley 222 de 1995, artículo 84), con lo cual se lograría la prevención de cualquier eventual riesgo relacionado con el desarrollo de su objeto –que se corre en relación con cualquier otro tipo de sociedad, sin que por ello se encuentre vigiladas por tal superintendencia–, lo cual demuestra la innecesaria e injustificada discriminación prevista en el artículo 473 en lo que respecta a la nacionalidad de su representante legal.”

4. Considera la accionante que la Constitución “(...) es fiel reflejo del sistema de la *reciprocidad legal formal*, el cual no demanda para su operancia de la existencia de un mismo tratamiento por parte de otro país a sus nacionales y a los colombianos (ya sea por virtud de ley o convenio), de lo que resulta claro entonces que, no requiere de prueba alguna por parte del extranjero, para efectos de su aplicación, en tanto su único referente es la legislación colombiana.” Por lo tanto se alega que “(...) el único referente del trato nacional previsto en la Constitución Política es ella misma, es evidente que solamente admitirá excepciones derivadas de razones de interés general o de convenios donde se estableciera una reciprocidad material, fundamentada en lo previsto en los artículo 226 y 227 de la Carta (...)”.

5. Por último, se indica que según lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 497, las disposiciones del título octavo del libro segundo rigen sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales. Por lo tanto, alega la demanda,

“(...) vale la pena remitirse al 'Tratado de Amistad, Navegación y Comercio entre Colombia y los Países Bajos', ratificado por el Libertador Simón Bolívar en 1829 en Guayaquil –que conforme a certificación expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra vigente–, para señalar que, al tenor de lo previsto en la norma acusada el mismo estaría siendo desconocido (...)

Ciertamente, por virtud de una 'reciprocidad diplomática formal' que surge del tratado en comento, se establece en su artículo 2 el trato nacional para los ciudadanos y súbditos de Colombia y los Países Bajos respectivamente, en cada uno de dichos Estados, como sigue:

'Habrà entre los territorios de Colombia y los dominios de su Majestad el Rey de los Países Bajos en Europa, una recíproca libertad de comercio.

Los ciudadanos y súbditos de los dos países podrán libre y seguramente ir con sus buques y cargamentos a todos aquellos parajes, puertos y ríos, en los territorios y dominios antedicho, a los cuales se permita o permitiere ir a otros extranjeros entrar, permanecer y residir en ellos; alquilar y ocupar casas y almacenes para los objetos de su comercio; y generalmente gozarán recíprocamente de la más completa protección y seguridad para su comercio, sujetos a las leyes y los estatutos de los dos países respectivamente' (resaltado fuera del texto)

Como se observa, en la medida en que se garantiza a los súbditos de los países Bajos un mismo trato que a los nacionales colombianos, frente a la ley en Colombia, sería claro que

al prohibírseles actuar como representantes legales de sucursales de sociedades de tales países en Colombia, se estaría desconociendo el tratado. (...)”

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministro del Interior y de Justicia participó en el proceso de la referencia, por medio de apoderado, para solicitar que se declare exequible la norma acusada. La intervención funda su alegato en los siguientes términos,

“(...) la violación del derecho a la igualdad sólo se da si la desigualdad está precedida de una justificación objetiva y razonable, la cual debe ser apreciada en concreto por el juez en cada caso, con un criterio objetivo y según la finalidad y efectos del tratamiento desigual. Además, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento diferente, el supuesto de hecho y el fin que se persigue. *Y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada.*

Por consiguiente, al afirmar la accionante que la expresión demandada contenida en el artículo 473 del Código del Comercio discrimina en razón de la distinción especial creada entre los nacionales colombianos y los extranjeros, no tiene el fundamento suficiente, ya que como se ha expuesto, no se trata de cualquier tipo de discriminación. Sólo lo es, la discriminación enmarcada dentro de ciertos criterios que en realidad esconden prejuicios sociales y culturales, como cuando se tienen en cuenta características físicas inmutables como el sexo y el color de piel, o circunstancias fuera del control del individuo, como su origen nacional o familiar, o sus opiniones políticas o expresadas en el ejercicio de las libertades protegidas constitucionalmente (expresión, conciencia, cultos, etc.), es decir, la discriminación no se enmarca desde su significado común y corriente en lengua castellana, sino se analiza desde un contexto jurídico, frente a su finalidad, específicamente por las consecuencias generadas por la acción u omisión de los representantes, ya que existen disposiciones legales que prohíben ejecutar ciertos actos en nombre del representado, además la ley señala que los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante bajo el amparo de la figura de la representación producirán los efectos jurídicos directamente frente al representado, siempre que alguno de estos criterios no sean empleados infundadamente, es decir, se encuentre dentro de los límites del poder conferido, el respecto de la buena fe y sujeto a las prohibiciones legales.

De ahí que con el texto de la norma demandada no se configure discriminación, sino por el contrario, establece un criterio de proporcionalidad y equilibrio para proteger los derechos derivados del dominio patrimonial adquiridos con arreglo al derecho privado y comercial tan de vital importancia, que el apoderado debe tener la capacidad para representarlos judicialmente, pues sus actos están dentro del contexto de las actividades permanentes que se propone desarrollar la sociedad extranjera en el territorio nacional a través de su sucursal, constituida como un establecimiento de comercio abierto por dicha sociedad en nuestro territorio y, para lograr la efectividad de los mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, se prevé que estos establecimientos durante su permanencia dentro

del país se sujeten a las disposiciones legales previstas para las sociedades colombianas. Por ende, *la responsabilidad adquirida respecto de la casa matriz, hace que el legislador bajo los parámetros de justicia y razón ordene este tipo de representación en cabeza de un ciudadano colombiano, lo cual no se considera discriminatorio en razón del origen nacional, pues no se está impidiendo el acceso a oportunidades laborales dentro de dicha sucursal, simplemente se está estableciendo un requisito de calidad para ser designado representante y suplente como tal, que bajo iguales parámetros, la misma norma constitucional exige la nacionalidad colombiana, para efectos de quienes pueden ser elegidos designados miembros o representantes de entidades estatales.*” (Resaltado fuera del texto)

La intervención del Ministro sostiene que la “(...) Corte Constitucional ha reconocido que el juicio de constitucionalidad por violación del principio de igualdad debe ser especialmente *laxo*, por cuanto la dirección del sistema económico requiere, en muchos casos, el establecimiento de tratos diferenciales, por ello, para demostrar la exequibilidad de las normas basta con comprobar si son razonables y si tienen alguna justificación. Así, el derecho a la igualdad no se desconoce, pues, a pesar del tratamiento diferente, éste no configura discriminación y *resulta obvio con la finalidad buscada en la intervención del Estado en la economía.*” (Resaltado fuera del texto)

Alega el Ministro que no se desconoce el artículo 100 de la Constitución pues “(...) la supuesta discriminación que hace la ley frente a los extranjeros, se justifica a la luz del artículo 100 de la Constitución, según el cual el legislador puede establecer límites a los derechos de éstos por razones de orden público, como lo prevé el mismo articulado, y particularmente por motivos económicos vinculados al mantenimiento del orden público económico, puede establecer, en casos especiales, restricciones al trabajo de los extranjeros, verbigracia las leyes dictadas para asegurar el pleno empleo de los colombianos.”

Finalmente, señala que no se viola el artículo 100 de la Constitución por cuanto se trata de una norma de carácter comercial reguladora y especializada en el tema, que tan solo consagra una excepción legal al trato paritario en derechos civiles, tal y como la misma norma constitucional lo prevé.

2. Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores participó en el proceso de la referencia para solicitar la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

2.1. En primer lugar, sostiene que no desconoce el derecho a la igualdad puesto que es necesaria “(...) la presencia del criterio de diferenciación dentro de la norma demandada, ya que la misma pretende proteger a la mayoría de los ciudadanos, es decir busca preservar el bien común, por sobre los intereses de orden particular, que en el caso a estudio se concretan en personas jurídicas del orden internacional, alejadas de la realidad social (económica, cultural) de la nación colombiana.” En su concepto el Ministerio considera que la restricción a las sociedades extranjeras es “justificable” por el impacto social que tienen las decisiones que se toman en las sociedades que prestan un servicio público. En la medida que estas son prestadoras de un servicio considerado esencial “(...) su

responsabilidad es mayor frente a los ciudadanos, aún más cuando el Estado ha entregado este monopolio a los particulares, reservándose el poder discrecional de inspección y vigilancia, ejercido por la superintendencia de servicios públicos.”

2.2. En segundo lugar, con relación al artículo 100 de la Constitución se advierte que “(...) se observa a simple vista que el legislador constitucional incluyó la posibilidad de que el Estado limitase el ejercicio de algunos derechos a los extranjeros, siendo éstas limitantes de orden constitucional o legal, con lo que la norma que se ataca (artículo 473 del Decreto ley 410 de 1971), se encuentra en concordancia con la norma en cita por la demandante, con lo que su pretensión no debe prosperar.

3. Intervención de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades participó en el proceso de la referencia para solicitar la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

3.1. Con relación al cargo por violación del artículo 13 de la Constitución (derecho de igualdad) considera que “(...) la demandante en una desafortunada imprecisión conceptual y yerro de interpretación de la norma cuya inconstitucionalidad alega, como quiera que al prescribir ésta que 'cuando la sociedad tuviera por objeto explotar, dirigir o administrar un *servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante legal y los suplentes* de que trata el ordinal 5 del artículo anterior *serán ciudadanos colombianos*' (se subraya), de modo alguno se vulnera la citada disposición constitucional. De un lado, porque, a juicio del suscrito, no se trata de una norma que contenga una discriminación frente al ejercicio de oportunidades de unos sujetos frente a otros, tal y como se pretende hacer ver, pues, queda claro que el mandato prohibitivo es general y respecto de todos aquellos que se encuentren en calidad de ciudadanos extranjeros.”

3.2. Una vez dicho lo anterior, el concepto de la Superintendencia sostiene que con relación al cargo por violación del artículo 100 de la Constitución “(...) basta solo afirmar que si bien los ciudadanos extranjeros disfrutaban en nuestro país de los mismos derechos civiles que se le conceden a los colombianos, es claro que esos derechos o prerrogativas de que gozan pueden ser limitados por una ley; en el caso en cuestión, la limitación que nos ocupa se encuentra consagrada en el artículo 473 de la Ley 410 de 1971 (Código de Comercio).”

4. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia encomendó al académico Saúl Sotomonte Sotomonte rendir el concepto en nombre de la Academia, quien participó en el proceso en los siguientes términos.

4.1. En lo que tiene que ver con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, para el concepto es claro que el artículo 100 de la Carta Política “(...) no solamente consagra la igualdad de derechos civiles, sino que establece que *La ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros*”.

4.2. En segundo lugar, el concepto de la Academia se ocupa de “analizar la situación de la norma desde el punto de vista de su origen y de su conveniencia presente.”

4.2.1. Aunque se sostiene que “no existen datos precisos sobre el origen de la norma” se advierte que al parecer

“(…) ésta obedeció a un momento histórico en donde de una parte en Europa, especialmente en Francia se busca dentro de un sentido nacionalista que los servicios públicos fueron dirigidos por sus nacionales, y de otra parte; a partir de 1960 se desarrolló en América Latina la misma orientación, y especialmente en los países del Grupo Andino, los que estaban próximos a construir su propio mercado común. No solamente se buscó restringir o reglamentar la inversión extranjera, lo que se hizo en Colombia a través del Decreto 1900 de 1973, sino que ese ambiente inspiró a los redactores del Código del Comercio de 1971 para consagrar tal norma, la que en principio se pensó para los Revisores Fiscales.”

4.2.2. En cuanto a la conveniencia se sostuvo lo siguiente, “(…) nos preguntamos si se justifica la exigencia, sobre todo hoy en día en donde no solamente se permite que empresas nacionales prestadoras de servicios públicos controladas por el capital extranjero sean dirigidas por extranjeros, sino que, además, se asiste a una ola de privatizaciones e internacionalización de la actividad económica, especialmente de los servicios públicos.

4.2.3. Por último, el concepto sostiene que “(e)n estricta técnica jurídica se observa que la exigencia de la norma es para las personas jurídicas extranjeras que quieran explotar servicios públicos en Colombia, más no para las personas naturales, lo que explicaría por que a la empresa nacional que presta servicios públicos no obstante tener control extranjero en su capital, sí se le permite que su representante legal sea extranjero.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación intervino en el presente proceso mediante el concepto 3277 de julio 3 de 2003 para solicitar la exequibilidad de la norma acusada.

1. El concepto del Director del Ministerio Público, en primer lugar, establece cuál es la situación jurídica de los extranjeros en Colombia en los siguientes términos,

“(…) en primer lugar, la calidad de nacional implica un nexo inescindible con el Estado que le genera el acceso inmediato al catálogo de derechos y garantías, así como a ciertos privilegios establecidos en la Constitución y la ley, que no tiene restricciones distintas a las en ellas plasmadas; en segundo lugar, el carácter de extranjero sin el ánimo de permanencia, que a pesar de gozar ciertos derechos como los nacionales, tienen una restricción para acceder a los mismos, en vista de la inexistencia del estrecho vínculo que une a los nacionales con el Estado; y en tercer lugar, los residentes, que por su condición, se encuentran en una fase intermedia, que si bien no son nacionales, tampoco se les puede catalogar de extranjeros, por cuanto el ánimo de permanencia les genera cierto vínculo con

el país, el cual no está ínsito en el extranjero y a su vez que dicha condición comporta un tratamiento preferencial frente a este último.”

2. El concepto sostiene que, dada la condición del extranjero, “(...) es apenas natural que en el ordenamiento jurídico exista la posibilidad de desarrollar un trato diferenciado entre los primeros y los segundos.” Precisa que la Corte Constitucional así lo ha reconocido, al señalar que la intensidad del estudio de la constitucionalidad de una ley que contempla un trato diferente depende del ámbito de la regulación en el cual este se da y de los derechos que se afectarían. (Se cita la sentencia C-768 de 1998).

3. Por último, el Procurador considera que el trato diferenciado a los extranjeros contemplado en el artículo 473 del Código del comercio es razonable y proporcionado.

3.1. En primer lugar, advierte que restringir la posibilidad de que los extranjeros puedan representar a las sucursales de las sociedades extranjeras cuando éstas exploten, dirijan o administren alguno de los servicios públicos encuentra una finalidad legítima, por cuanto la prestación de los mismos corresponde a la razón de ser y la esencia del Estado. A su parecer, el constituyente de 1991 otorgó una singular importancia a los servicios públicos al preceptuar que son inherentes a la actividad estatal; a través de su prestación se cumplen los cometidos estatales consagrados en el artículo primero de la Carta Política. Por tanto, concluye al respecto,

“Es constitucionalmente válido, entonces, la distinción que está inserta en la norma, pues no es una discriminación negativa que proscribe el artículo 13 de la Constitución Política, sino que corresponde al desarrollo de lo dispuesto en su artículo 100 que autoriza la limitación o supresión de ciertos derechos y garantías para los extranjeros. Esta regulación es propia de la amplia libertad de configuración normativa de que goza el Congreso de la República y que le permite establecer esta clase de distinciones por la razón de preponderancia que se cierne en torno a la naturaleza de los servicios públicos.”

3.2. Con relación a la proporcionalidad de la medida se dice,

“Respecto a la proporcionalidad de la medida, este despacho encuentra ajustado a la Constitución Política la restricción a que alude el artículo 473 del Código del Comercio, pues al hacer una diferenciación válida frente a los nacionales, reconoce los principios constitucionales que privilegian el estatus del nacional y restringen el ejercicio pleno de las garantías y derechos de los que gozan los extranjeros. (...)

(...) la norma sólo involucra el aspecto relacionado con los servicios públicos, por lo que la restricción (...) corresponde a la trascendencia que la Constitución Política, concedió a dichos servicios, y es así, que respecto de otras situaciones, que si bien son importantes y, que no comportan uno de los ejes alrededor del cual gira la actividad estatal, la disposición impugnada no hace mención alguna, y por tanto, las citadas sociedades pueden nombrar a los representantes de sus sucursales, sin importar que la nacionalidad sea la colombiana.”

3.3. Finalmente, sostiene que el hecho de que puedan existir sociedades colombianas cuyo objeto social es la explotación, administración o dirección de un servicio público, que

directa e indirectamente son de propiedad de extranjeros, y sus representantes igualmente extranjeros, en nada afecta la constitucionalidad de la norma acusada. Teniendo en cuenta que las sociedades extranjeras, en virtud del artículo 469 del Código de Comercio, son las constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior, alega que se trata de dos situaciones que no ameritan un trato igual, no son equiparables.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 5 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República.

2. Problema jurídico

2.1. En algunas de las intervenciones presentadas dentro de este proceso se sostuvo que la demanda de la referencia no plantea, en estricto sentido, un problema jurídico. En la intervención de la Superintendencia de Sociedades, por ejemplo, se afirma que “(...) la demandante en una desafortunada imprecisión conceptual y yerro de interpretación de la norma cuya inconstitucionalidad alega”, planteó un aparente problema, que no requiere ser resuelto sino disuelto, pues a su juicio “(...) no se trata de una norma que contenga una discriminación frente al ejercicio de oportunidades de unos sujetos frente a otros, tal y como se pretende hacer ver, pues, queda claro que el mandato prohibitivo es general y respecto de todos aquellos que se encuentren en calidad de ciudadanos extranjeros.” En un sentido similar, en la intervención del Ministro del Interior y de Justicia se considera que con la norma “(...) no se está impidiendo el acceso a oportunidades laborales dentro de dicha sucursal, simplemente se está estableciendo un requisito de calidad para ser designado representante y suplente como tal.”

La Corte se aparta de esta posición y coincide con la demandante en que sí existe un problema jurídico, y que éste involucra el derecho a la igualdad que confiere la Constitución a los extranjeros, por un lado, y la facultad que tiene el legislador para fijarles limitaciones en razón al orden público, por el otro.

2.2. Según el numeral 5° del artículo 472 del Código de Comercio, las sociedades extranjeras, esto es, aquellas (a) constituidas conforme a la ley de otro país y (b) con domicilio principal en el exterior Código del Comercio, artículo 469. deben designar “un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país.” Éste artículo también señala que “(d)icho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales.”

Por otra parte, el artículo 473 del Código del Comercio establece que el mandatario (representante) y sus suplentes en las sociedades extranjeras que tengan por objeto “explotar, dirigir o administrar un *servicio público* o una actividad declarada por el Estado del interés para la seguridad nacional” deberán ser *ciudadanos colombianos*. La demanda considera que esta última restricción es inconstitucional por cuanto conlleva una discriminación de los extranjeros. Es decir, la posibilidad de tener y ejercer el cargo de mandatario de las sociedades extranjeras que se ocupen de alguna de las actividades mencionadas por el artículo 473, sólo pueden ser ocupados por nacionales colombianos, no por extranjeros. Así, el hecho de que el mandato prohibitivo recaiga sobre todos los extranjeros no implica que no haya discriminación, pues la comparación no se establece entre los extranjeros, sino entre los extranjeros, de un lado, y los colombianos, del otro.

2.3. El problema jurídico que debe resolverse en el presente caso, entonces, es el siguiente: ¿desconoce el legislador el derecho de igualdad que reconoce la Constitución a todo extranjero, al prohibirle a las sociedades extranjeras que tengan por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público, nombrar a un extranjero como representante legal o como suplente de éste?

Para responder este problema jurídico constitucional, la Corte, en primer lugar, definirá el alcance del derecho a la igualdad de los extranjeros respecto de las demás personas (los nacionales), identificando los parámetros desarrollados por la jurisprudencia constitucional para llevar a cabo el análisis de la normas que impongan tratos diferenciales a los extranjeros con relación a los nacionales. En segundo lugar, la Corte aplicará dichos parámetros con el fin de establecer si en el caso concreto la norma acusada los cumple, en cuyo caso sería declarada exequible, o si no los cumple, en cuyo caso será contraria a la Constitución.

3. El derecho a la igualdad de los extranjeros en la Constitución de 1991

3.1. *Normas constitucionales aplicables.* El derecho a la igualdad de los extranjeros se encuentra contemplado en la Constitución Política de 1991 en dos disposiciones diferentes.

3.1.1. La primera de ellas es el artículo 13, el cual señala que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, *origen nacional* o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” La norma consagra en un inicio el derecho a la igualdad para todas las personas en términos generales, para posteriormente señalar algunas categorías sospechosas particularmente proscritas del sistema jurídico como criterios de clasificación, salvo que se emplee para promover la igualdad material mediante acciones afirmativas y bajo las condiciones que ha indicado la jurisprudencia constitucional. Algunas de estas categorías sospechosas hacen referencia a características inmutables de la persona, tales como la raza o el origen familiar; otras son características mutables, como la “opinión política o filosófica” La Corte se aparta así de la posición sostenida en la intervención del Ministro del Interior y de la Justicia, según la cual todas las categorías contempladas en el artículo 13 son características inmutables de la persona. Al respecto ver los antecedentes de este proyecto.

3.1.2. La segunda norma que rige el derecho de igualdad de los extranjeros es el artículo 100 de la Constitución. En el se establece que “(l)os extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos.” No obstante, acto seguido, la misma disposición establece que “la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.” Así pues, en principio los extranjeros y los nacionales tienen los mismos derechos civiles, pero cuando el legislador lo decida puede subordinar o negar el ejercicio de alguno de tales derechos, siempre y cuando ello se haga por “razones de orden público”. Finalmente el primer inciso de la norma establece que “los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.”

El segundo inciso del artículo 100 reitera que “los derechos políticos se reservan a los nacionales” Se dice que se “reitera” por cuanto el artículo 40 de la Constitución, en el cual se consagran los derechos políticos, se dice: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.” pero contemplan como excepción la posibilidad de que el legislador conceda a “los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

3.2. *Armonización jurisprudencial de las normas aplicables.* La jurisprudencia constitucional ha armonizado el artículo 13 y el artículo 100 de la Constitución para precisar cuál es el régimen en materia de igualdad para los extranjeros. En la sentencia C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte analizó los alcances del derecho a la igualdad que la Constitución Política reconoce a los extranjeros en los siguientes términos,

“El artículo 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados.

Al mismo tiempo, el primer inciso señala cuáles son los criterios que, en principio, son inaceptables para el establecimiento de diferenciaciones. En su presencia, como ya lo ha señalado esta Corporación, el examen de igualdad que realiza el juez constitucional debe ser estricto o intermedio, según el caso, de manera tal que el creador de la norma debe justificar sobradamente la necesidad o conveniencia de la diferenciación Ver al respecto la sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1º del artículo 13 se encuentra el del origen nacional. Este criterio también hace relación a los extranjeros. Sin embargo, con respecto a este grupo de personas debe aclararse que el artículo 100 de la Constitución autoriza la limitación o supresión de algunos de sus derechos y garantías. Es así como la mencionada norma permite la restricción o denegación de algunos de sus derechos civiles, siempre y cuando medien razones de orden público. Asimismo, el artículo señala que la Constitución y la ley podrán limitar el ejercicio por parte de los extranjeros de las garantías

concedidas a los nacionales e, igualmente, precisa que los derechos políticos se reservan a los nacionales, aun cuando se admite que la ley podrá autorizar la participación de los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones del orden municipal o distrital. Es decir, el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión “origen nacional” contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros.

De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar.”Corte Constitucional, sentencia C-768 de 1998; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; salvamento de voto de José Gregorio Hernández, Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz, por no estar de acuerdo con la resolución del caso. (Resaltado fuera del texto)

En este caso la Corte resolvió declarar exequible el artículo 50 de la Ley 418 de 1997 (*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*). La norma, que había sido demandada por contemplar el beneficio de *indulto* únicamente para “los nacionales”, se consideró ajustada a la Carta Política. La sentencia indicó que la “decisión del Congreso fue tomada en uso de la facultad discrecional que le ha sido otorgada por la misma Constitución para delimitar la amplitud del indulto,” razón por la cual era “suficiente para fundamentar la constitucionalidad de la norma el hecho de que su fin sea legítimo y de que la medida sea adecuada al mismo. En la sentencia C-768 de 1998 se indica que la decisión del Congreso de no conceder a los extranjeros el beneficio del indulto “se basó fundamentalmente en dos razones, a saber: que su inclusión podría estimular el ingreso de extranjeros a los grupos guerrilleros y que los derechos políticos están reservados en Colombia a los nacionales. De esta última razón se derivaría que únicamente los colombianos están autorizados para protestar contra el régimen existente y que, por lo tanto, solamente en relación con ellos podría aportar el Estado comprensión e indulgencia, por su decisión de acudir a métodos violentos en persecución del cambio institucional.”” Al respecto la sentencia señaló: “El fin de la diferenciación es legítimo, por debatible que sea, en la medida en que persigue desestimular, en aras de la paz interna, que ciudadanos extranjeros se vinculen a las organizaciones insurgentes del país. También es claro que la medida se ajusta al fin propuesto. Así, pues, dado que indudablemente estos dos requisitos se cumplen, habrá de concluirse que la norma demandada es constitucional.” Varias sentencias han reiterado lo establecido por la sentencia C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), entre otras la sentencia C-395 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) en la cual se sostuvo que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución no tiene el mismo alcance para los extranjeros y para los nacionales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 100 de la propia Carta Política. En este caso se declaró exequible el inciso 2° del artículo 180 del Código Civil (Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los

cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil. || Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.)

En resumen, los derechos de los extranjeros pueden ser limitados, subordinados o negados. Ahora bien, en los casos de subordinación o de negación del derecho siempre es necesario determinar si la medida se funda en razones de orden público, puesto que una restricción de tal entidad sólo puede justificarse con base en el artículo 100.

3.3. *El doble análisis de los casos de igualdad de extranjeros.* Así pues, son dos las revisiones que ha de hacer un juez constitucional en aquellos casos en que se alegue que se desconoce el derecho a la igualdad de un extranjero. Por una parte, debe precisarse si se trata de una limitación impuesta en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros, tal como lo señala el artículo 100. Si la disposición acusada no se encuentra bajo una de las hipótesis anteriores, debe establecerse si este es un trato razonable constitucionalmente, en virtud del artículo 13 y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

En varios casos en los que un extranjero ha alegado que se le está desconociendo su derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha llegado a una decisión luego de llevar a cabo ambos análisis. Así, en la sentencia T-380 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), por ejemplo, la Corte Constitucional decidió que el Instituto Colombiano de Cultura, *Colcultura*, había violado los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del ciudadano búlgaro Kiril Dimitrov Gorzdanov, al no designarlo como Flautista Piccolo, Clase A, de la Orquesta Sinfónica de Colombia, a pesar de que él había ganado el concurso realizado por *Colcultura* para proveer tal cargo. Kiril Dimitrov Gorzdanov había ganado el concurso que *Colcultura* había realizado con el objetivo de proveer el cargo de Flautista Piccolo al obtener 88.77 puntos; sin embargo el Instituto de Cultura optó por nombrar al segundo de la lista, un flautista colombiano que había obtenido 86.66 puntos. Según le comunicó el Jefe de la División de Música de *Colcultura* a Dimitrov Gorzdanov, la decisión había obedecido a que el Acuerdo número 0011 de 9 de marzo de 1979 (expedido por la Junta Directiva de *Colcultura* y mediante el cual se regula la administración de personal al servicio de la Orquesta Sinfónica de Colombia) establece que, “en igualdad de condiciones”, siempre debe preferirse al nacional colombiano.

Partiendo de la jurisprudencia constitucional, la Corte estableció que el nominador (*Colcultura*) estaba obligado a nombrar en el cargo a la persona que hubiese ocupado el primer puesto en la lista de elegibles; al no hacerlo violó la Constitución Política, en especial los principios que inspiran la función pública y los derechos fundamentales de los aspirantes al cargo o empleo. En consecuencia, se consideró que *Colcultura* había discriminado al músico Dimitrov Gorzdanov al negarse a nombrarlo en el cargo que había ganado por concurso, teniendo como criterio de su decisión, únicamente, su “origen nacional”. Además, se había desconocido la igualdad de derechos civiles consagrada por el artículo 100 de la Constitución, al restringirle sus derechos por razones diferentes al orden público. De la misma forma, consideró que el cambio en las reglas que se observarían en el procedimiento de elección, había afectado el derecho al debido proceso y que no nombrarlo

en el cargo había conllevado desconocer su derecho al trabajo. Finalmente, en esta ocasión, la Corte reconoció la acción de tutela como un instrumento idóneo para hacer garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de toda persona, incluyendo los extranjeros.

De forma similar en la sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte resolvió declarar inconstitucional las restricciones consagradas por la ley laboral a los extranjeros en el ejercicio de sus derechos sindicales. La demanda cuestionó las normas según las cuales (i) no podía funcionar sindicato alguno cuyo personal no estuviese compuesto, por lo menos en sus dos terceras partes, por ciudadanos colombianos (artículo 384, C.S.T.); (ii) ningún extranjero era elegible para los cargos directivos del sindicato, sin importar cual fuera la forma de dirección (artículo 384, C.S.T.); (iii) para ser miembro de la junta directiva de un sindicato se requería ser colombiano (artículo 388, literal *a*, C.S.T.); (iv) para ser miembro de la junta directiva de una federación o confederación de sindicatos se requería ser colombiano (artículo 422, literal *a*, C.S.T.); y (v) los delegados del sindicato o de los trabajadores encargados de presentar al patrono el pliego de peticiones, en los casos de conflictos colectivos que puedan llevar a la suspensión del trabajo o en los casos de arbitramento obligatorio, debían ser colombianos (artículo 432, numeral 2, C.S.T). La Corte tomó su decisión con base en dos argumentos fundados en la jurisprudencia constitucional sobre la materia. La sentencia C-385 de 2000 se fundó, entre otras, en las sentencias C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-768 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Por una parte consideró que se violaba el derecho a la igualdad de los extranjeros porque “(...) las normas acusadas [carecían de] un fundamento serio, objetivo y válido constitucionalmente, que justifique las restricciones que se imponen a los extranjeros para el ejercicio pleno del derecho de asociación sindical.” Por otra parte, se consideró que no se trataba de una de las restricciones a los derechos civiles autorizadas por el artículo 100 de la Constitución, por cuanto se trataba del ejercicio de la libertad sindical (artículo 39, C.P. En este caso la Corte consideró que “(c)on las restricciones que consagran las normas acusadas, no sólo se desconoce el derecho de asociación sindical y los derechos adicionales que éste conlleva, como los de negociación colectiva y de huelga, sino las libertades conexas que el ejercicio de aquél implica, como son los de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, petición y reunión, así como el derecho a la participación, en la medida en que se impide a los extranjeros, por la vía de las aludidas limitaciones, intervenir y participar en los asuntos y en las decisiones que los afectan.” (sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell) y porque “(...) las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta, pues (...) las restricciones a los derechos fundamentales deben ser *expresas, necesarias, mínimas e indispensables*, y estar dirigidas a la realización de *finalidades constitucionales legítimas* en una sociedad democrática, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social. Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Con relación al sentido de la norma la Corte señaló: “Las ideas que pudieron inspirar la redacción de dichas normas, posiblemente fueron el modelo económico proteccionista imperante en la época en que ellas fueron expedidas, que se oponía a la injerencia extranjera, y el concepto clásico de soberanía, según el cual, debían protegerse los intereses nacionales no permitiendo que extranjeros pudieran intervenir o tomar decisiones que afectaran la independencia nacional, o pudieran

constituir grupos de presión para buscar reivindicaciones sociales y laborales, en el territorio colombiano, acordes con la ideología dominante del proletariado internacional.”

Por otra parte, también existen casos que sólo exigen uno de los dos análisis, bien sea porque el otro no es aplicable, bien sea porque claramente no se trata de una medida adoptada por razones de orden público. Por ejemplo, la Corte ha considerado que exigir a las personas, en razón a su origen nacional, requisitos adicionales para llevar a cabo un negocio, sin existir una “razón suficiente” que sustente el trato diferente, constituye una discriminación. En la sentencia C-049 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte declaró inexecutable el artículo 239 de la Ley 222 de 1995 según el cual, en los contratos de representación o agencia que debían ejecutarse en territorio nacional, en los que participaban personas naturales o jurídicas extranjeras, debía establecerse que los contratantes extranjeros tuvieran un domicilio permanente en Colombia. La Corte consideró que “(c)uando un colombiano domiciliado en el exterior quiere celebrar un contrato de representación o agencia, para ser ejecutado en Colombia, no se le exige que establezca su domicilio en el territorio nacional. En cambio, si quien va a celebrar uno de los mencionados contratos es una persona natural o jurídica extranjera, a ella sí se le exige tal requisito, sin que medie ninguna razón para ello. Por esto, es ostensible el quebrantamiento de la igualdad, sin razón suficiente.” Al respecto la jurisprudencia ha indicado que “(s)ólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. (...) Corte Constitucional, sentencia T-147 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso la Corte consideró “(...) pertinente, desde el punto de vista doctrinal, sin perjuicio de lo que más adelante se disponga sobre la procedencia de la tutela, dar respuesta al problema que plantea el demandante sobre el alcance de la autonomía de una entidad pública descentralizada y la posibilidad de que ésta pueda servir de fundamento suficiente para establecer, unilateralmente, fórmulas de adjudicación en los pliegos de condiciones de las licitaciones de obras públicas que consagren, en favor de los residentes en el municipio, un determinado puntaje positivo por ése sólo hecho y el cual podría ser determinante en el momento de escoger el proponente.” La Corte decidió que “(...) los argumentos esgrimidos por Induval, (el demandado) en el presente caso, no desvirtúan la presunción de inconstitucionalidad que cabe predicar del indicado tratamiento diferenciado. El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no residenciado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial éste último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo. No está probado que la única forma

para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable.” En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (C.P., art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique. Este criterio fue reiterado como fundamento de la decisión en la sentencia C-049 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía), citada previamente. Las restricciones constitucionalmente legítimas de los derechos de las personas que se hagan con base en el origen nacional, contemplado por el artículo 13 de la Constitución como un “criterio sospechoso”, son en principio inadmisibles, salvo que existan suficientes razones constitucionales poderosas que las justifiquen.

3.4. La situación prevista en el artículo 100 merece especial atención por dos razones. La primera es que se contempla una facultad que además de limitar un derecho puede llegar a subordinarlo o incluso negarlo, lo cual puede implicar una grave afectación de la persona. La segunda es que el criterio para establecer cuándo procede una limitación de este tipo es el “orden público”. La indeterminación de este concepto, así como sus múltiples usos, brindan al legislador un amplio margen de apreciación. Por eso, es preciso delimitar el concepto de “orden público”, para efectos del artículo 100 de la Constitución Política.

3.4.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado del concepto “orden público” como límite de los derechos. Ha resaltado la vaguedad y la ambigüedad del concepto, advirtiendo que se trata de una condición que puede generar un uso indebido del mismo por parte de los operadores jurídicos, en detrimento de la protección y del goce efectivo de los derechos de las personas. Por esta razón, antes que tratar de establecer una definición comprensiva que dé cuenta de cada uno de los casos en los que el concepto es empleado como parámetro normativo, la Corte ha preferido fijar criterios que permitan comprender y aplicar la noción de “orden público” como una categoría propia del Estado social de derecho. Al respecto, la Corte indicó en la sentencia C-179 de 1994 que el

“(…) régimen de libertades, suprema *ratio* del Estado de derecho, tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las normas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades.

Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es empresa desalentadora, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito, impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible. De allí el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla. El único control de su evaluación, entonces, estará constituido por el *telos* del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también pasible de más de una valoración. (...)En la sentencia C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; salvamentos de voto, parciales, de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Jorge Arango Mejía) la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria “por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia.”

Así pues, el concepto de orden público debe entenderse estrechamente relacionado con el de Estado social de derecho. No se trata entonces tan solo de una manera de hacer referencia “a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir”; más allá de esto, el orden público en un Estado social de derecho supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos.

3.4.2. La facultad concedida al legislador por el constituyente con relación a los extranjeros no es ilimitada. Incluso en aquellos casos en que existen razones de orden público claras y manifiestas que demandan la restricción de ciertos derechos de los extranjeros, hay límites básicos atinentes al respeto de toda persona como sujeto digno. La jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien el artículo 100 de la Constitución autoriza al legislador a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, por razones de orden público, tales restricciones “no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales. Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos como la protección de los derechos de los niños y el derecho a tener una familia. En la sentencia T-215 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz) se decidió tutelar los derechos fundamentales de dos niños, en especial el derecho a tener una familia, debido a que su padre, un ciudadano alemán, había sido deportado y sancionado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con la prohibición de ingresar al país durante 12 meses debido a que había permanecido ilegalmente en el país más allá del tiempo que la ley le permitía (90 días). La Corte ordenó al DAS que suspendiera transitoriamente, y por el término de treinta (30) días hábiles la ejecución de la Resolución mediante la cual se había adoptado la medida y que durante dicho término permitiera el reingreso legal al ciudadano alemán, para que resolviera sin dilaciones y sin sanciones su legal estancia y permanencia en el territorio de la República, y para que atendiera sus deberes familiares. siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica. En la sentencia T-321 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se decidió que el Ministerio de Relaciones Exteriores no había violado los derechos de los niños y el derecho a tener una familia al negarle la solicitud de visa a un ciudadano cubano que había contraído matrimonio con una colombiana madre de una niña. La Corte consideró que “(...) no se observa vulneración del derecho a la familia, pues de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el accionante no convive con su cónyuge, ni con la hija de ésta, por lo cual resulta inexistente la conformación de un núcleo familiar propiamente dicho, a efecto de ordenar su protección.” En el expediente se demostró que el matrimonio había sido celebrado estratégicamente para solicitar la visa de residente.

3.4.3. La jurisprudencia también ha señalado que el hecho de que sea de interés público la regulación de una actividad económica, como por ejemplo la minería, o la reglamentación del ejercicio de una profesión, como la de médico especializado en anestesiología, no las convierte en materias de orden público que permitan al legislador subordinar o negar los derechos de los extranjeros.

En efecto, la Corte ha considerado que la nacionalidad de un profesional liberal como lo es, por ejemplo, un médico especializado en anestesiología, no es un asunto de orden público; en esa medida, no se puede prohibir a los extranjeros el ejercicio de dicha profesión con base en el artículo 100 de la Constitución Política. En la sentencia C-280 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte consideró que es inconstitucional impedir a un extranjero ejercer la profesión de médico anestesiólogo, cuando reúne los requisitos legales para ello, por lo que declaró inexecutable la expresión “colombiano de nacimiento o nacionalizado”, que aparecía en el literal (a) del artículo 2o. de la Ley 6a de 1991 (Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones), y la palabra “nacionalizado” que aparecía en el literal (c) del mismo artículo 2o. La Corte señaló que “(n)o existe razón para que solamente los extranjeros nacionalizados puedan ejercer tal especialidad. Cualquiera extranjero puede hacerlo si tiene un título reconocido en Colombia. La norma viola el artículo 13, porque consagra una discriminación inaceptable, por causa de la nacionalidad. Y, además, el artículo 100, pues no hay motivos de orden público que justifiquen este recorte de los derechos de los extranjeros. Y no existe una razón para que la ley restrinja así el derecho al trabajo del extranjero, y en particular el que éste tiene al ejercicio de la especialidad mencionada. || Todo lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el ejercicio de la medicina y de sus especialidades, es un servicio humanitario, que va más allá de rígidos conceptos excluyentes.” “ En el mismo sentido, señaló que es inconstitucional impedir a un extranjero desempeñar un cargo directivo en el área de la anestesiología, en cualquier entidad pública o privada, salvo los casos en que los colombianos reciban igual trato en el país de origen del extranjero. La Corte consideró que no se trata de cargos que el Constituyente de 1991 hubiese vedado a los extranjeros y que tampoco existían razones de orden público para prohibirle su desempeño con base en el artículo 100 de la Constitución. En la sentencia C-280 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte consideró que es inconstitucional impedir a los extranjeros desempeñar los cargos de dirección y manejo orgánicamente establecidos en instituciones oficiales, seguridad social, privadas o de utilidad común relacionados en el área específicas de anestesiología, salvo en aquellos casos en los que exista la misma restricción a los colombianos. La Corte señaló lo siguiente: “La Corte encuentra que la exigencia que hace esta norma en cuanto a la nacionalidad colombiana, solamente es executable en los casos en que en el país de origen del extranjero no se dé a los colombianos el mismo trato a que aquél aspira en Colombia. Esto, para garantizar un mismo tratamiento a colombianos y extranjeros en los respectivos países, recíprocamente. La declaración de executibilidad, pues, será condicionada. || De otra parte, se advierte que los cargos que se reservan a los nacionales colombianos son aquellos que llevan anexa autoridad y jurisdicción, según el artículo 99 de la Constitución, y los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil y política, del artículo 127 de la misma. || A todo lo cual hay que agregar que el legislador, por razones de orden público, como lo prevé el artículo 100 de la Constitución, y particularmente por motivos sociales y económicos vinculados al mantenimiento del orden público económico, puede establecer, en casos especiales, restricciones al trabajo de los extranjeros, en determinadas ocupaciones y profesiones. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que se dicten para asegurar el pleno empleo de los colombianos.”

3.4.4. Uno de los límites más importantes que ha desarrollado la jurisprudencia en contra de los peligros que representa para el goce efectivo de los derechos fundamentales un concepto tan amplio como el de orden público, consiste en impedir que éste se invoque de

manera general y abstracta. Tal y como se mencionó anteriormente, la Corte ha señalado que “(...) las razones de orden público para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros *no se pueden invocar en forma abstracta por el legislador, sino en forma concreta*, pues (...) las restricciones a los derechos fundamentales deben ser (i) *expresas*, (ii) *necesarias*, (iii) *mínimas e* (iv) *indispensables*, y (v) estar dirigidas a la realización de finalidades *constitucionales legítimas* en una *sociedad democrática*, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social” Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

3.4.5. Como se dijo antes, por razones de “orden público” han de entenderse medidas encaminadas a salvaguardar las condiciones y presupuestos básicos de un Estado social de derecho, que permitan garantizar el goce de los derechos fundamentales. Así, la sentencia C-1259 de 2001 declaró que el primer inciso del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 141 de 1961), mediante el cual se indica que “(t)odo patrono que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza”, es constitucional. La Corte consideró que “(s)e trata de una norma que se dirige a proteger el trabajo nacional, (y) de un medio adecuado que implica una restricción proporcional y razonable de los derechos de los extranjeros en Colombia.” Para la Corte “si bien la ley ha establecido un tratamiento diferenciado, él tiene una justificación objetiva y razonable; existe proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y, por último, si bien se han afectado los derechos de los extranjeros, a la luz de la Constitución es mayor el beneficio reportado por los trabajadores nacionales que el perjuicio sobrellevado por aquellos. De todo ello se infiere que el legislador no ha desconocido el derecho al trabajo de los extranjeros ni les ha impuesto una discriminación injustificada pues simplemente se ha limitado a regular los porcentajes de aquellos que pueden laborar en las empresas que ocupen más de diez trabajadores.” Adicionalmente, la Corte consideró que se trata de una restricción que se puede imponer en virtud del artículo 100 de la Constitución, que permite subordinar o restringir los derechos de los extranjeros por razones de orden público, puesto que las razones que buscaba el legislador eran (i) garantizar el derecho al trabajo de los nacionales y (ii) asegurar una integración adecuada de los extranjeros a la sociedad colombiana. Concretamente, con relación a las razones que llevaron al legislador a aprobar la norma que restringe el número de extranjeros que pueden ser contratados en empresas de más de 10 trabajadores, la Corte sostuvo: “En cuanto a la existencia de un fin que explique esa diferencia de trato y a su validez constitucional, hay que indicar que ese fin está implícito en el enunciado normativo demandado: Al limitarse el derecho al trabajo de los extranjeros en aquellas empresas que ocupen más de diez trabajadores se fomenta la ocupación de mano de obra nacional. Ello quiere decir que el tratamiento diferenciado previsto en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo se orienta a proteger preferencialmente el derecho al trabajo de los nacionales. Esa protección es un recurso que hace parte de la política de empleo adoptada por el Estado y que debe compaginarse con las exigencias impuestas por el modelo de desarrollo para atender satisfactoriamente las demandas sociales. || Además, es constitucionalmente válido que el Estado proteja la ocupación de mano de obra nacional no sólo por las profundas implicaciones que la dinámica del mercado laboral tiene en todo el contexto social sino

también porque la regulación del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los extranjeros debe compaginarse con la política migratoria del país. En efecto, ya se vio cómo los Estados tienen la facultad de regular el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio pues ellos no están exonerados del cumplimiento de la Constitución y la ley para el desempeño de actividades en el territorio nacional. No obstante, tampoco el Estado está exonerado del deber que le asiste de fijar una política de inmigración coherente que no cause traumatismos en el mercado laboral ni en la economía nacional y que al tiempo propicie condiciones dignas y lícitas para el trabajador migrante y su familia. Precisamente por ello los Estados que han aprobado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada mediante Ley 146 de 1994, se han comprometido, entre otras cosas, a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares (Artículo 64 de la Convención).”

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

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

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

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

3.5.4. En todo caso la intensidad del juicio de igualdad en casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho afectado y de la situación concreta por analizar.

A continuación pasa la Corte a hacer el análisis de la disposición acusada.

4. Constitucionalidad de artículo 473 parcial del Código del Comercio

4.1. El deber de los extranjeros en Colombia de acatar la Constitución y la ley (Artículo 4º C.P.), sean éstos personas jurídicas o naturales implica que el propio Constituyente tuvo en

cuenta la importancia que tienen estos sujetos de derecho y las actividades que estos desarrollan para el logro de los valores y principios superiores que guían el Estado colombiano para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por esa razón, en el artículo 100 de la Carta, si bien se reconoce a los extranjeros la titularidad de los mismos derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, también se previó que su ejercicio podía subordinarse a condiciones especiales e incluso negarse por razones de orden público o limitarse conforme lo establezcan "la Constitución o la ley", circunstancias que implican la existencia de una situación jurídica especial para aquellos que no ostentan la condición de nacionales y que permiten que no en todos los casos el derecho a la igualdad opere de la misma manera respecto de quienes sí tienen dicha calidad.

En este sentido, si fue el propio Constituyente el que autoriza al legislador para limitar derechos y garantías de los extranjeros, la decisión política de impedir que estas personas sean designadas para desarrollar la función de representación y suplencia en las sociedades comerciales que tienen por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público, es simplemente el desarrollo de ese mandato constitucional, puesto que la disposición materializa una de las limitaciones a que alude el artículo 100 de la Constitución Política.

4.2. Empero, los desarrollos legislativos que plasmen ese tipo de restricciones a derechos y garantías en el caso de los extranjeros no son constitucionales *per se*, por cuanto como se ha explicado en esta sentencia, dichas restricciones deben ser expresas, necesarias, mínimas y estar dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas.

Para la Sala, esos requisitos se cumplen respecto de los apartes acusados del artículo 473 del Código de Comercio puesto que el criterio utilizado por el legislador para limitar, en este caso, derechos y garantías de los extranjeros fue el de "*servicio público*", el cual no es de aquellos que la jurisprudencia ha considerado sospechosos y por lo mismo, en principio, no exige la práctica de un juicio de igualdad estricto.

4.3. Por el contrario, una interpretación conforme a la Constitución del precepto demandado permite colegir que es en razón del objeto social de la persona jurídica extranjera que el legislador impuso la restricción en materia de representación y suplencia, y no por el origen nacional de quienes aspiran a representar a la Sociedad Comercial o por el de ésta misma.

En efecto, la categoría "*servicio público*" es el fundamento del trato diferenciado que prodiga la norma demandada a los extranjeros cuya utilización no sólo es razonable sino proporcionada teniendo en cuenta la concepción del Estado social de derecho (art. 1 C.P.) que comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal tendientes a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.).

Como lo ha sostenido esta Corporación, tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado se proyecten a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas

condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2003. por ello la insistente regulación que el Constituyente hizo de ese tema en el texto fundamental. Así entre otras disposiciones los artículos 46, 48, 49, 56, 67, 76, 131, 150-23, 365 y el 370, se ocupan de reglar la identificación, prestación y control de los servicios públicos.

Como se advierte, la relevancia que tiene el criterio "*servicio público*" se manifiesta en el propio texto constitucional en el que se otorgó especial importancia a esa materia al establecer que dichos servicios **son inherentes a la finalidad social del Estado** y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.). Esta estrecha relación entre los diferentes aspectos referentes a los servicios públicos y el Estado social de derecho implica que no puede concebirse la existencia de éste sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de su prestación eficiente y oportuna.

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

Así, el trato diferenciado y la restricción en algunos derechos a los extranjeros, en este caso, es específica y concreta, puesto que no se aplica a todas las personas jurídica y naturales que tengan esa condición sino a las que se adecuan a la previsión del artículo 473 del Código de Comercio.

La medida tiene entonces un fin constitucionalmente legítimo como es la protección no sólo de la soberanía nacional sino de intereses apreciables de la sociedad, de forma tal que quien represente a la sociedad comercial extranjera en la adopción de decisiones sobre la explotación, dirección o administración de los servicios públicos tenga un íntimo vínculo con el Estado – nacionalidad -, preferencia ésta del legislador que no transgrede los artículos 13 y 100 de la Constitución.

4.5. Desde esta perspectiva, el criterio "*servicio público*" compromete los altos intereses de la Nación y su salvaguarda como presupuesto básico del Estado social de derecho para la realización de los fines que le fueron atribuidos por el Constituyente y esa preponderancia, en el ámbito constitucional, justifica la restricción impuesta en la norma acusada la cual impone una medida proporcionada a la finalidad buscada por el legislador, que como se explicó, es legítima a la luz del ordenamiento superior.

Debe también precisarse que las alusiones que hace la demanda a la "*reciprocidad legal formal*" y al artículo 497 del Código de Comercio no constituyen cargos de

inconstitucionalidad y por lo mismo no permiten realizar un escrutinio de la disposición acusada que permita declarar su inexequibilidad.

En este orden de ideas, al ser la limitación contenida en la norma demandada parcialmente un desarrollo de la autorización que en ese sentido otorga el artículo 100 Superior y ser el criterio "*servicio público*" utilizado por el legislador una razón suficiente y proporcionada la medida adoptada para brindar al extranjero el trato diferenciado que se deriva de la disposición legal, los apartes acusados serán declarados exequibles.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "*servicio público*", "*el representante y los suplentes*" y "*serán ciudadanos colombianos*", contenidas en el artículo 473 del Código de Comercio, por los cargos analizados en esta sentencia.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretaria General (e)
Salvamento de voto a la Sentencia C-1058/03

Referencia: expediente D-4621

Demanda de inconstitucionalidad contra el 473 (parcial) del Código de Comercio

Actora: Mariana Calderón Medina

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con nuestro acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, nos permitimos salvar el voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría durante la Sala del 11 de noviembre del corriente en el proceso de la referencia.

Nuestra posición está conforme con la argumentación inicial de la sentencia pero difiere respecto de la decisión final adoptada.

Estamos de acuerdo con la posición mayoritaria en cuanto a que la Constitución permite al legislador dar un trato diferente a los extranjeros en aras de garantizar los derechos de los nacionales y de preservar intereses de rango superior como la soberanía nacional, el interés social y el orden público.

En efecto, mientras el artículo 13 de la Constitución sienta la pauta inicial de protección al derecho a la igualdad de las personas, el artículo 100 incluye una excepción, vinculada con el tratamiento que la ley puede dispensar a los extranjeros, cuando así lo exijan razones de orden público determinadas previamente por el legislador.

En dicha tónica, también coincidimos con la posición mayoritaria en el sentido de que para que la limitación de los derechos civiles de los extranjeros sea legítima, la misma debe estar sustentada en razones específicas, concretas, y necesarias, que permitan la identificación de la razón suficiente que sustenta tal limitación. De esta manera el Estado garantiza la utilización razonable del concepto “orden público” como causal justificativa de la limitación de los derechos de los extranjeros, evitando el abuso del mismo en detrimento de las garantías de los no nacionales.

No obstante, precisamente por estar de acuerdo con esta última apreciación, consideramos que la Corte no debió haber declarado exequible, sin condicionamiento alguno, la expresión “servicio público”, contenida en el artículo acusado.

La razón es que al declarar exequible -pura y simplemente- dicha expresión, la Corte desconoció que no existe una razón suficiente para impedir que los extranjeros actúen como representantes o suplentes de las sucursales de sociedades que no tienen su domicilio principal en el país y que deciden establecer negocios permanentes en Colombia, cuando las mismas pretenden explotar, dirigir o administrar servicios públicos no esenciales.

La declaratoria de exequibilidad no modulada de la frase “servicios públicos”, en la sentencia de la cual me aparto, tiene la implicación directa de impedir que los extranjeros representen o sean suplentes de sucursales de empresas extranjeras, cuando las mismas deseen vincularse a la prestación de un servicio público, cualquiera sea la naturaleza de la prestación connatural al servicio. La amplitud de la expresión involucra no sólo a los servicios públicos que por su carácter esencial deben reservarse a nacionales colombianos,

sino a los servicios públicos cuya explotación y administración no constituyen riesgo de menoscabo para la soberanía nacional, el interés social y el orden público.

Así lo indicaba el proyecto presentado ante la Sala Plena, que fue derrotado por la decisión mayoritaria, al señalar que la prohibición contenida en el artículo 473 del Código de Comercio encontraba plena justificación en tratándose de servicios públicos cuyo impacto social y económico harían presumir un grave riesgo para la conservación del orden público -pues ello suponía la necesidad de vincular a la explotación y administración del servicio respectivo, ciudadanos colombianos comprometidos con los intereses de la nación-; pero que dicha justificación perdía sustento cuando se explotaban y administraban servicios incapaces de producir el riesgo en comento.

Dado que el riesgo a que se someten los intereses públicos no es similar en todas las actividades que constituyen servicio público, la expresión acusada, tal como quedó consignada en el artículo 473, se convierte en un concepto de inclusión excesiva que afecta ilegítimamente los derechos de los extranjeros.

En oportunidades anteriores la Corte ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza jurídica de estas -llamadas así por la doctrina internacional- "*overinclusive statute*" Tussman y Ten Broek. "The equal protection of the laws" citado por Enrique Alonso García. La interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1984, pp 208 y ss. Citado a su vez por la Sentencia C-226/94, gracias a lo cual ha señalado que las mismas constituyen limitaciones no permitidas por el texto constitucional en cuanto que sacrifican sin razón alguna los derechos de individuos cuya conducta no implica un riesgo social evidente.

La jurisprudencia pertinente advierte que para evitar la expedición de clasificaciones excesivamente amplias, el legislador debe restringir con precisión las actividades que, por implicar riesgo para la comunidad, han de limitarse en aras de la conservación del orden público. Y es necesario que se actúe con dicho esmero pues por la vía de proteger el interés público del riesgo ínsito a ciertas conductas, comportamientos incapaces de producir daño pueden verse ilegítimamente afectados Cfr. Sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En el caso concreto, la expresión "*servicios públicos*" consignada en el artículo 473 del C.Co. resulta excesivamente comprensiva de los servicios que se le prohíbe prestar a los extranjeros, pues con el propósito de impedir que éstos administren y exploten servicios públicos cuya prestación podría afectar gravemente los intereses de la Nación, el legislador ha impedido que los mismos agencien otro tipo de servicios, también públicos, cuya prestación no engendra un riesgo evidente, inmediato o grave para la estabilidad del orden público.

En este sentido, cabría establecer que la prohibición contenida en el artículo acusado podría operar para los servicios regulados por la Ley 142 de 1994, como son el servicio público domiciliario de acueducto, el servicio público domiciliario de alcantarillado, el servicio público domiciliario de aseo, entre otros. La norma conminatoria tendría plena vigencia en la prestación de servicios que, como los relacionados previamente, implican la atención

prioritaria de las necesidades básicas de la comunidad, deben garantizarse de manera continua e ininterrumpida con criterios de equidad y proporcionalidad en las tarifas - muchas veces subsidiadas- y de conformidad con un sistema participativo que involucre a la comunidad activamente y que garantice la neutralidad de la prestación (Art. 3º Ley 142/94).

La relevancia de los intereses comunitarios puestos en juego con ocasión de la explotación de estos servicios evidencia la necesidad de reservar su prestación a personas jurídicas representativas de los intereses nacionales, por lo que en su caso la disposición acusada se ajustaba a la Constitución.

Sin embargo, ¿qué sentido tendría mantener la prohibición legal para ejemplos como el propuesto en la ponencia originalmente presentada ante la Sala, en el que un grupo de instituciones educativas europeas deciden vender programas altamente especializados en Colombia? Con el mismo criterio, si un consorcio extranjero ofrece un servicio de comunicaciones de alta complejidad, asequible para unos pocos por sus elevados costos, pero constitutivo de servicio público de telecomunicaciones, ¿cuál sería la razón para mantener la medida conminatoria contenida en el artículo 473 del C.Co.?

Es claro que dicha hipótesis no fue tenida en cuenta por la mayoría de la Sala a la hora de determinar la avenencia de la norma con el texto constitucional, así como es evidente que dicha reflexión era necesaria para estudiar las consecuencias jurídicas relevantes cuando quiera que el legislador establezca actividades que no constituyen servicios públicos esenciales.

Ya la Corte lo había dicho en una de sus sentencias al expresar de manera clara que:

Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes (Sentencia T-174 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En los términos anteriores, estimamos que no existía razón suficiente para excluir de la prestación de dichos servicios a las sucursales de sociedades extranjeras que decidieran actuar a través de un representante o un suplente extranjero y que, por tanto, la utilización del concepto de “orden público” como causal justificativa de dicha restricción no fue sustentada en motivos expuestos, necesarios, mínimos e indispensables, tal como lo exige la reiterada jurisprudencia de la Corporación.

En últimas, consideramos que la sentencia de la cual nos apartamos no profundizó en las razones justificativas de la diferencia de trato conferida por la ley a los ciudadanos nacionales y extranjeros y que, por tanto, no ahondó en la discriminación que resalta como consecuencia de habersele prohibido a los extranjeros la intervención en la explotación de los servicios públicos no esenciales.

En los anteriores términos dejamos expuesto nuestro salvamento de voto.

Fecha ut supra

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado