

Sentencia C-1058/03

DERECHO A LA IGUALDAD DE EXTRANJERO EN LA CONSTITUCION POLÍTICA VIGENTE

DERECHO A LA IGUALDAD DE EXTRANJEROS-Normas constitucionales aplicables

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciado

DERECHO A LA IGUALDAD-Criterio inaceptable para el establecimiento de diferenciaciones

JUICIO DE IGUALDAD-Criterios sospechosos

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS-No en todos los casos opera de la misma manera

PRINCIPIO DE IGUALDAD-No tiene el mismo alcance para extranjeros y nacionales

EXTRANJEROS-Derechos pueden ser limitados, subordinados o negados

EXTRANJEROS-Subordinación o negación del derecho se funda en razones de orden público

DERECHO A LA IGUALDAD DE EXTRANJEROS-Revisión en caso de desconocimiento

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.

SINDICATO-Discriminación por restricciones a afiliación de extranjeros y exclusión de cargos de representación

DERECHOS DE EXTRANJEROS-Limitación debe provenir del legislador y justificarse en la preservación del orden público

DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación por origen nacional como un “criterio sospechoso” son en principio inadmisibles

DERECHOS DE EXTRANJEROS-Delimitación del concepto “orden público”

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.

ORDEN PUBLICO-Denominación/**ORDEN PUBLICO**-Preservación es antecedente obligado de la vigencia de libertades

ORDEN PUBLICO-Concepto debe entenderse estrechamente relacionado con el Estado Social de Derecho

LEGISLADOR-Facultad concedida con relación a los derechos extranjeros no es ilimitada

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.” 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, siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica.

ORDEN PUBLICO-Imposibilidad de invocar el concepto de manera general y abstracta

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”

DERECHOS DE EXTRANJEROS-Subordinación o negación por razones de orden público no se puede invocar en forma abstracta por el legislador

DERECHO A LA IGUALDAD DE EXTRANJEROS-Parámetro jurisprudencial

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. 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.

EXTRANJEROS-Imposibilidad de ser designado para desarrollar la función de representación y suplencia en las sociedades comerciales que tienen por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público

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.

EXTRANJEROS-Restricción del legislador es en razón del objeto social de la persona jurídica extranjera

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.

NORMA ACUSADA-Categoría “servicio público” es el fundamento del trato diferenciado a los extranjeros cuya utilización no solo es razonable sino proporcionada

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.).

SERVICIOS PUBLICOS-Inherentes a la finalidad social del Estado

NORMA ACUSADA-Restricción en algunos derechos de los extranjeros es específica y concreta/**NORMA ACUSADA**-Medida tiene un fin constitucionalmente legítimo/**NORMA ACUSADA**-Medida proporcionada a la finalidad buscada por el legislador

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. 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.

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:

‘Habrá 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 disfrutan 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,¹ 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

¹ Código del Comercio, artículo 469.

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”.²

3.1.2. La segunda norma que rige el derecho de igualdad de los extranjeros es

² 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.

el artículo 100 de la Constitución. En el se establece que “(l)os extranjeros disfrutará 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”,³ 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.⁴

³ 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.”

⁴ Ver al respecto la sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1° 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.”⁵ (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.”⁶ Al respecto la

⁵ 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.

⁶ En la sentencia C-768 de 1998 se indica que la decisión del Congreso de no conceder a los extranjeros el

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.⁷

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

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.”

⁷ En este caso se declaró exequible el inciso 2º 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.)

concurso realizado por *Colcultura* para proveer tal cargo.⁸

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.⁹

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.¹⁰ 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

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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).

(artículo 39, C.P.)¹¹ 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.”¹²

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.¹³ 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. (...)”¹⁴ Las restricciones constitucionalmente legítimas de los

¹¹ 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)

¹² 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.”

¹³ 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.”

¹⁴ 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

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

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.

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. (...)”¹⁵

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.”¹⁶ 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,¹⁷ siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica.¹⁸

¹⁵ 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.”

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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

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.¹⁹ 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.²⁰

3.4.4. Uno de los límites más importantes que ha desarrollado la

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.

¹⁹ 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. Cualquier 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.”

²⁰ 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 executableidad, 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.”

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”²¹

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.²²

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²² 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

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

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).”

4.1. El deber de los extranjeros en Colombia de acatar la Constitución y la ley (Artículo 4° 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,²³ 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

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2003.

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 inexecuibilidad.

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
Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia C-1058/03

EXTRANJEROS EN COLOMBIA (Salvamento de voto)

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.

DERECHO A LA IGUALDAD-Distinción de tratamiento para extranjero por razones de orden público (Salvamento de voto)

DERECHOS CIVILES EXTRANJEROS-Limitación sustentada (Salvamento de voto)

DERECHOS CIVILES EXTRANJEROS-Orden público como causal justificativa de la limitación (Salvamento de voto)

EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Administradores de servicios públicos no esenciales (Salvamento de voto)

EXTRANJEROS-Impedimento para que representen empresas extranjeras que presten servicio público (Salvamento de voto)

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Riesgo no es el mismo en todas las actividades (Salvamento de voto)

SERVICIO PÚBLICO-Concepto de actividades afecta ilegítimamente derechos de los extranjeros (Salvamento de voto)

OVERINCLUSIVE STATUTE-Naturaleza jurídica (Salvamento de voto)

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.

ACTIVIDADES QUE IMPLICAN RIESGO-Limitación en aras de proteger el orden público (Salvamento de voto)

SERVICIOS PUBLICOS-Prohibición a los extranjeros (Salvamento de voto)

SERVICIOS PUBLICOS-Alcance de la prohibición a extranjeros de ser representantes de las sociedades extranjeras (Salvamento de voto)

SERVICIOS PUBLICOS-Explotación es de interés nacional (Salvamento de voto)

SERVICIOS PUBLICOS-Actividades que no son esenciales (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Parámetro del trato diferenciado con base en el origen nacional o residencia (Salvamento de voto)

SERVICIOS PUBLICOS-No prestación por extranjeros no pueden justificarse en el concepto de orden público (Salvamento de voto)

DERECHOS DE EXTRANJEROS-Diferencia de trato no tiene justificación (Salvamento de voto)

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*"²⁴, 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 afectados²⁵.

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,

²⁴ 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

²⁵ Cfr. Sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

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 expresos, 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

Aclaración de voto a la Sentencia C-1058/03

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Expediente : D-4621

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

Con el acostumbrado respeto a las decisiones de la Corte, me permito aclarar el voto en relación con la decisión adoptada mayoritariamente por esta Corporación en la sentencia de la referencia, por la siguiente razón:

Si bien comparto la posición adoptada según la cual el texto de la norma acusada se ajusta a la Carta Política, considero que el juicio de constitucionalidad realizado por esta Corporación versó sobre un contenido normativo que no corresponde al del artículo 473 del Código de Comercio.

Tanto para el demandante como para la Sala Plena, la restricción prevista en la disposición controvertida le es aplicable a todas las sociedades extranjeras cuyo objeto social consista en la explotación, dirección o administración de cualquier servicio público. Es decir, que el criterio “servicio público” establecido por el legislador, justifica de manera razonable, proporcional y legítima el establecimiento de un trato diferenciado para las personas extranjeras.

Sin embargo, en la motivación del fallo previamente se ha advertido 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*.” (cursivas dentro del texto original)

Ahora bien, puede advertirse que el enunciado normativo invocado por esta Corporación en realidad desconoce los parámetros del juicio de igualdad por ella misma señalados, como quiera que ratifica la limitación de los derechos civiles de los extranjeros de actuar como mandatarios de sociedades foráneas en Colombia, con fundamento en un criterio tan vago e impreciso como lo es la simple calificación de servicio público de las actividades que constituyen el

objeto social de la persona jurídica. Luego de una marcada evolución en el marco del Derecho Comparado, así como también en el ordenamiento colombiano, el concepto jurídico de “servicio público” actualmente comprende una muy amplia e indeterminada gama de actividades que se orientan a procurar el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 365 Superior). En este sentido, pues, la aplicación de la restricción prevista en el artículo 473 del Código de Comercio se encuentra sujeta a un concepto cuyo contenido no sólo es demasiado general, sino también vago, ambiguo e impreciso, por lo cual, se ha considerado por la doctrina científica como la categoría más confusa e inasible de todo el Derecho Público.

Por lo anterior, a mi juicio, la Corte al interpretar el significado normativo del artículo 473 del Código de Comercio, debió advertir que el mismo legislador limitó y concretó el alcance de la restricción en materia de representación y suplencias de sociedades extranjeras. En efecto, la expresión “declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional” se refiere, no sólo a las actividades consideradas dentro de este sector, sino también a los servicios que guarden relación con el mantenimiento de condiciones de libertad, estabilidad institucional, protección ciudadana y salubridad. Una interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica, permite integrar los diferentes elementos contenidos en el enunciado, de manera que resulta siendo la ley en sí misma quien precisa el servicio público para el cual se prevé la limitación a los derechos civiles de las personas extranjeras.

Bajo esta lectura, entonces, la razón que justifica el tratamiento diferenciado de las personas extranjeras no adolece de la vaguedad, ambigüedad y amplitud anteriormente señaladas. Por el contrario, de manera expresa y concreta se entiende que sólo se encuentran comprendidas dentro de la limitación contenida en la norma, las sociedades extranjeras cuyo objeto social consista en la explotación, dirección o administración i) de un servicio público que el Estado haya considerado de interés para la seguridad nacional o bien, ii) de una actividad que también haya sido declarada de trascendencia para la seguridad nacional.

Por lo demás, la disposición interpretada conforme a este contenido normativo, resulta razonable, proporcional y ajustada al artículo 100 de la Constitución Política, en los términos señalados dentro de la parte motiva del fallo.

Fecha ut Supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia C-1058/03

Referencia: expediente D-4621

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

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, en armonía con lo expresado en las sesiones de la Sala Plena cuando se discutió la ponencia respectiva manifiesto a continuación las razones por las cuales me aparto de la sentencia mediante la cual se resolvió declarar la exequibilidad de la disposición sometida al juicio de la Corte.

En la sentencia de la cual me separo se considera que el artículo 473 del Código de Comercio en la parte acusada es constitucional y al respecto como ratio decidendi se expresa:

“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,²⁶ 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

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2003.

*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 inexecutable.

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". (Subrayas fuera del texto).

Frente a los fundamentos expresados y que llevan a la conclusión de constitucionalidad de la disposición acusada cabe señalar como razones de mi desacuerdo las siguientes:

- Como se expresa en la propia sentencia el derecho al trato igual que asiste a todas las personas (artículo 13) puede ser objeto de restricciones en los específicos supuestos previstos por el propio constituyente. En ese orden de ideas cabe mencionar que el artículo 100 de la Carta, señala que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y que “no obstante la ley podrá por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.
- La restricción autorizada en materia de derechos civiles se circunscribe a razones de orden público; en ese orden de ideas, la interpretación que cabe hacer de la norma constitucional ha de orientarse en el sentido de exigir al legislador precisamente que las condiciones especiales o la negación del ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros tengan una relación directa e inmediata con “razones de orden público”.
- Si bien es cierto, como lo afirma la sentencia, que una mala prestación de los servicios públicos o de un determinado servicio público en particular puede por su incidencia en las condiciones generales de convivencia llegar a generar una afectación del orden público no por ello pueden confundirse los dos conceptos y proyectar indistintamente, para uno y para otro, efectos que de manera precisa ha circunscrito la Constitución para uno de ellos como sucede en los supuestos a que se refiere el artículo 100 de la Constitución.
- La noción de servicio público en el derecho colombiano como de tiempo atrás se ha puesto de presente por los doctrinantes, por la jurisprudencia y en armonía con la aplicación que de la misma por el legislador, ha atendido más a un criterio material que a un criterio formal u orgánico y por eso se ha aceptado que actividades que puedan ser calificadas como servicios públicos se ejerciten directamente por particulares y que el pertinente régimen aplicable no sea idéntico en todos los casos. La Constitución Política vigente desde 1991 reitera esa orientación material y por ello prevé que si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que están sometidos a la dirección, regulación, control y vigilancia estatales, puedan prestarse no solo por el

Estado sino también por comunidades organizadas y por los particulares de acuerdo con el régimen jurídico que al efecto disponga el legislador (artículo 365).

Si bien es cierto que al legislador corresponde definir el régimen jurídico aplicable a las actividades de servicio público y en ese sentido ese régimen puede ser distinto de las actividades que corresponden integralmente a la órbita de los particulares y puede ser diferente también de aquellas actividades que comportan el ejercicio propiamente de las prerrogativas del Estado y que por ende son inherentes a éste, es lo cierto, que en el régimen jurídico del servicio público el legislador deberá tener en cuenta que se está en presencia de una actividad de prestación no de una actividad de imposición de conductas y que en la medida en que el propio legislador ha previsto el acceso de los particulares a su prestación por principio no caben restricciones que no se dirijan de manera directa a la preservación del orden publico.

Ahora bien, recuérdese que las actividades de servicio publico, por razones de soberanía o de interés social pueden ser reservadas por el Estado de tal manera que en esos supuestos -con los explícitos requisitos previstos para la adopción y aplicación previstos en el artículo 365 de la Constitución- no solo la dirección última del servicio y la regulación y control del mismo sino también su directa prestación estará a cargo del Estado y por ende estará vedada a los particulares, sean estos nacionales o extranjeros.

- En el caso en estudio se trata específicamente de actividades de servicio público a las cuales solo cabe dar estrictamente el sentido, el alcance y la proyección que se deriva del texto constitucional sin que al legislador - después de la Constitución de 1991- pueda establecer restricciones que no se orienten, se reitera, para garantía de preservación del orden público.
- Cabe enfatizar, en este orden de ideas, que no solo la previsión general del artículo 365 impone esta interpretación sino que ella se deriva también de las disposiciones que en diversos textos de la Constitución aluden a servicios públicos específicos (entre otros por ejemplo, artículo 48 relativo a la seguridad social, artículo 49, relativo a la salud publica y saneamiento ambiental, artículo 67 sobre la educación, etc.).
- Tampoco puede perderse de vista que actividades que la legislación anterior a la Constitución actual podría definir como servicios públicos hoy en día tal vez se avienen más al concepto a que alude el artículo 335 de la Constitución cuando señala que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de “*interés público*” y por ello solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. De lo anterior se sigue que conforme a la Constitución no toda actividad de interés público ha de

ser calificada forzosamente como servicio público. Surge aquí una distinción que debe también considerarse en el ámbito del desarrollo y aplicación de las disposiciones constitucionales.

- En la sentencia parece asumirse que la igualdad entre nacionales y extranjeros en torno de la norma sujeta al examen de la Corte debe predicarse en relación con las personas jurídicas que desarrollan la actividad de que se trate, es decir con las “sociedades” y que en ese sentido en la medida en que no se restrinja la posibilidad de actuación de dichas personas por razón de su objeto social estaría satisfecho el imperativo de igualdad. Que la exigencia en cuanto a representante legal sería simplemente una exigencia de régimen jurídico que bien puede preverlo el legislador y así las cosas, la condición de que las sociedades extranjeras tuvieren representantes que deben ser personas naturales de nacionalidad colombiana para nada afecta el mandato constitucional del artículo 13 de la Constitución. No obstante, es lo cierto, que el imperativo de igualdad, en armonía con el mandato conforme al cual a los extranjeros se pueden restringir o suprimir el ejercicio de derechos civiles solo por razones de orden público lleva a la forzosa conclusión de que el legislador al definir no solo la posibilidad de acceso de las personas jurídicas extranjeras en determinados ámbitos de la actividad social debe garantizar también en condiciones de igualdad la participación de los particulares personas naturales. Entonces, como los representantes legales de las “sociedades” encargadas de la prestación de servicios públicos por principio no actúan en un ámbito que de manera específica y directa esté relacionado con el orden público y que de su actividad no se desprende necesariamente de manera ineluctable una afectación del orden público, pues ha de concluirse que no pueden ver restringida su actividad por ese solo motivo.
- Así las cosas, la disposición acusada al establecer la restricción de derechos civiles a los extranjeros sin que obedezca a “razones de orden público” ha debido ser declarada inconstitucional o declarada constitucional pero con un entendimiento condicionado que impidiera su proyección y aplicación, de manera indiscriminada y amplia a todos los servicios públicos sino solo algunos de ellos respecto de los cuales pudiese predicarse una estrecha y estricta vinculación con las condiciones o factores llamados a incidir en el orden público, tal como lo buscaba tanto la ponencia original como la alternativa que durante la discusión propuso el ponente originario Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Fecha ut supra,

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia C-1058/03

Referencia: expediente D-4621

Artículo 473, parcial, del Código del Comercio.

Demandante: Mariana Calderón Medina

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Corte Constitucional, deseo expresar las razones por cuales salvo mi voto a la sentencia C-1058 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la cual se declaró la exequibilidad parcial y por los cargos analizados, del artículo 473 del Código del Comercio. Pese a estar de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales acerca de los alcances del derecho constitucional a la igualdad de los extranjeros, reiterados en las consideraciones de la sentencia hasta el numeral tercero, inclusive, no comparto la declaratoria de exequibilidad pura y simple de los apartes acusados.²⁷ Si la Sala Plena hubiese aplicado las premisas de que parte su fallo, la decisión ha debido optar por la declaratoria de exequibilidad “*condicionada*”, protegiendo cabalmente el derecho a la igualdad de los extranjeros. Paso a exponer las razones que sustentan mi disenso.

1. La sentencia reitera los criterios jurisprudenciales que deben emplearse para establecer si se desconoce o no el derecho a la igualdad de un extranjero, pero no los aplica.

1.1. La sentencia C-1058 de 2003 presenta la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad de los extranjeros en lo siguientes términos:

“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 desarrolladas

²⁷ El texto de la sentencia C-1058 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) conservó el texto del proyecto de sentencia presentado originalmente a consideración de Sala Plena, hasta el numeral tercero de las consideraciones, inclusive.

por 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* (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.”²⁸

1.2. Ahora bien, cuando se analiza la aplicación que de tales reglas hizo la sentencia C-1058 de 2003 en el apartado número cuatro (4) de las consideraciones, se advierte que en realidad éstas fueron dejadas de lado.

1.2.1. La sentencia comienza por señalar que el caso se enmarca dentro del primer tipo de juicio de igualdad en materia de extranjeros, es decir, a la luz del artículo 100 de la Carta Política, y no sólo a partir del artículo 13 de la Carta.

“4. Constitucionalidad del artículo 473 parcial del Código del Comercio

4.1. El deber de los extranjeros en Colombia de acatar la Constitución y la ley (Artículo 4° 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

²⁸ Estas conclusiones provienen, entre otros, de los siguientes fallos: C-179 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-280 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía); C-445 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); T-147 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-215 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-321 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-380 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz); C-768 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-385 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); C-395 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería);

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 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.”

1.2.2. En segundo lugar reitera los cuatro criterios para establecer la razonabilidad de la medida, a saber, (i) *expresas*, (ii) *necesarias*, (iii) *mínimas* y (iv) *dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas*.

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.”(acento fuera del texto original)

1.2.3. En tercer lugar se afirma que la restricción sí es razonable a la luz de los criterios señalados. Al respecto, dijo

“Para la Sala estos requisitos se cumplen respecto de los apartes acusados del artículo 473 del Código del 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.”

En otras palabras, para que una restricción impuesta a los extranjeros sea considerada (i) *expresa*, (ii) *necesaria*, (iii) *mínima* y (iv) *dirigida a la realización de finalidades constitucionales legítimas*, basta demostrar que el criterio en el cual se funda el trato diferente “no es de aquellos que la jurisprudencia ha considerado sospechosos”. Me apartó de este razonamiento. Un trato diferente a los extranjeros constituye de por sí un criterio sospechoso según el artículo 13 de la Carta (origen nacional). En todo caso, así se acepte en gracia de discusión que el trato diferente a los extranjeros no se funda en un criterio sospechoso en el presente caso, no por ello se demuestra que la restricción acusada sea razonable a la luz de los criterios jurisprudenciales mencionados; no se muestra si la restricción es *expresa* o no, si es *necesaria* para obtener el fin que se busca, si es *mínima*, ni mucho menos si se dirige a conseguir *finés constitucionales legítimos*.

La Corte invocó unos criterios para determinar la razonabilidad de una restricción, pero no los aplicó para solucionar el caso, simplemente los dejó de lado. El que la Corte no sea cuidadosa en su fundamentación no es yerro de poca monta. Conceptos como “*razonabilidad*” tienen un sentido específico en la jurisprudencia constitucional, no usarlos de forma clara y consistente vulnera en gran medida la seguridad jurídica.

2. La Sala Plena de la Corte primero acepta que el demandante sí plantea un cargo de fondo por violación al derecho a la igualdad, pero al momento de fallar cambia de parecer

2.1. Antes de entrar a analizar la norma acusada de inconstitucional, la sentencia señala en sus consideraciones que algunos de los intervinientes consideran que en el presente caso, en realidad, no existe un problema de igualdad. A juicio de la Superintendencia, por ejemplo, el problema que plantea la demanda no existe, por lo que no debe resolverse, sino disolverse.²⁹ La sentencia advierte, expresamente, que no comparte esta posición:

“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

²⁹ Dijo la sentencia al respecto: “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’.”

para fijarles limitaciones en razón al orden público, por el otro.

(...)

(...) 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.” (acento fuera del texto original)

De acuerdo a estas consideraciones la sentencia plantea el problema en los siguientes términos: “¿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?” Hasta este momento de la sentencia, entonces, para la Corte Constitucional el criterio en que se funda el trato diferente impuesto por la norma es “*ser extranjero*”.

2.2. Al llegar el momento en que la Corte debe analizar el criterio empleado, éste cambia por arte de magia. Ahora no es “*ser extranjero*”, sino “*servicio público*”. Dice la sentencia,

“(...) el criterio utilizado por el legislador para limitar, en este caso, derechos y garantías de los extranjeros fue el de “*servicio público*”(…)

(...) 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.”

La posición de la Sala Plena confunde el criterio que permite establecer cuál es el objeto a repartir (poder ser *representante legal* de una *sociedad extranjera* que explote un *servicio público*), con el criterio que permite establecer a quiénes se les reparte dicho objeto (no ser extranjero) y a quiénes no (*ser extranjero*). La categoría “*servicio público*”, junto a las categorías “*sociedad extranjera*” y “*representante legal*”, son los criterios utilizados por el legislador para determinar cuál es el objeto a repartir. En este caso, el objeto a repartir es la posibilidad de tener el cargo de “representante legal de una sociedad extranjera cuyo objeto sea administrar un servicio público”.

Ahora bien ¿cuál es el criterio para saber quien puede acceder a dicho cargo y quien no? La respuesta es “*ser extranjero*”. Lo que debe establecerse es el origen nacional. Si es “colombiano”, es apto jurídicamente para el cargo, si es de cualquiera otra nacionalidad, no es apto jurídicamente, pues la ley lo prohíbe.

En conclusión, “servicio público” es uno de los criterios que le sirven al legislador para establecer cuál es el cargo al que no podrá acceder un grupo de personas. “*Ser extranjero*”, es decir, “el origen nacional”, es el criterio que sirve para determinar cuáles son aquellas personas que no podrán acceder al cargo. La acusación de la demanda no es que la ley no permita a los extranjeros ser representantes de sociedades extranjeras dedicadas a los servicios públicos, en abstracto. La acusación es que a ellos (a los extranjeros) la norma les impida acceder a tal cargo, *mientras que* a los nacionales sí se les permite hacerlo.

2.3. Un forma de mostrar la confusión a que se hace referencia es remplazando la categoría que usa la norma por otra. Por ejemplo, si en lugar del “origen nacional” (*ser extranjero*) la norma emplease el criterio sospechoso “sexo” diría lo siguiente:

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 mujeres.

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 hombres.

En cualquiera de las dos versiones existen al menos dos criterios operando. El primero de ellos (*servicio público*) determina cuáles son las empresas que no podrán ser representadas por el grupo de personas elegido por el legislador. El segundo criterio (*hombre/mujer* en los ejemplos, *extranjero* en el de la norma acusada) determina quiénes conforman el grupo de personas excluidas.

¿Por qué incurre la sentencia en semejante distorsión? Por la sencilla razón de que de lo contrario, la Corte habría tenido que concluir que en realidad se está afectando el derecho a la igualdad de los extranjeros frente a los nacionales, dadas las premisas de la ponencia original que fueron conservadas en la sentencia de la cual disiento.

3. *A pesar de la amplitud del concepto “servicio público”, la sentencia lo considera un criterio específico y concreto para establecer un trato diferente a los extranjeros*

3.1. La sentencia considera que “(...) 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 jurídicas y naturales que tengan esa condición sino a las que se adecuan a la previsión del artículo 473 del Código de Comercio.”

3.2. Según la jurisprudencia constitucional, acogida en la sentencia, para evitar invocaciones generales y abstractas al “orden público” (artículo 100, C.P.) como límite del derecho a la igualdad de trato de los extranjeros, la justificación con base en tal categoría debe ser *específica y concreta*. No obstante, el aparte de la sentencia transcrito (3.1.) no pretende probar esto; materialmente está dirigido a un propósito diferente: probar que la restricción impuesta por el artículo 473 del Código del Comercio a los extranjeros es *mínima*.

3.3. El juicio sobre la especificidad y concreción de la alusión al orden público como justificación de la restricción merecía un análisis diferente. A continuación me permito transcribir la propuesta sometida a consideración de la Sala Plena,

“4. La restricción impuesta por el artículo 473 del Código del Comercio y su relación con el orden público.

Para estudiar la constitucionalidad de la norma acusada, la Corte analizará, en primer lugar, la disposición a la luz del artículo 100 de la Constitución, con el objeto de establecer si se trata de una restricción impuesta con fundamento en el orden público. En caso de no ser así, la Corte pasará a la segunda parte del análisis, esto es, a establecer si a la luz del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, la diferencia de trato es razonable constitucionalmente.

4.1. En las intervenciones de las autoridades públicas en defensa de la norma acusada, se sostiene que la limitación impuesta por el artículo 473 del Código del Comercio se funda en razones de orden público.

4.1.1. En la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia se presentan varias razones para justificar la disposición. La primera de ellas consiste en afirmar que la norma acusada “(...) 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 (...) 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.”

Para la Corte es claro que ésta no puede ser la razón que llevó al legislador extraordinario a incluir en el decreto ley mediante el cual se expidió el Código del Comercio, la restricción impuesta por el artículo 473 acusado. En efecto, si la razón de orden público que sustenta dicha prohibición fuera el interés en proteger los “derechos derivados del dominio patrimonial” y la necesidad de que el apoderado tenga la capacidad de representar judicialmente a la sociedad extranjera, la restricción que en virtud del origen nacional fija la ley comercial a la sociedad extranjera para nombrar su representante debería cubrir a todas las sociedades extranjeras. Si esa fuese la razón, no tiene sentido que el legislador haya consagrado la restricción en cuestión únicamente para aquellas sociedades extranjeras que exploten, dirijan o administren “un servicio público o

una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional”. Ocurre lo mismo con la segunda razón que se aduce, pues si es cierto que el propósito es garantizar el cumplimiento de la ley comercial nacional, junto con los deberes contables y tributarios que ello supone, no se entiende por qué no se extendió la restricción a las demás sociedades extranjeras.

En otras palabras, en la medida que el artículo 473 del Código del Comercio establece una restricción a algunas sociedades extranjeras en función de su objeto social, no es admisible que se trate de justificar la norma en una razón que no parta de los objetos sociales seleccionados por el legislador, sino de la condición misma de sociedad extranjera. Esto es aún más claro cuando en la misma intervención se sostiene que “(...) 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 (...)”.

La segunda razón que presenta el Ministerio en su intervención apunta a sustentar explícitamente la restricción con base en el artículo 100 de la Constitución. Partiendo del supuesto de que “(...) el legislador puede establecer límites a los derechos de éstos (los extranjeros) 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”. Alega que el artículo 473 del Código del Comercio es una norma de carácter comercial especializada en el tema que consagra una excepción a la regla según la cual los extranjeros tienen los mismos derechos civiles de los colombianos. “Además, por el objeto de la sociedad implica frente al Estado una relación de mayor vínculo a las responsabilidades que le son propias, por el elemento esencial que involucra (...)”.

El argumento invoca como razón el orden público pero de manera *general y abstracta*, no de manera *específica y concreta*, como lo ha exigido la jurisprudencia. En consecuencia, y de acuerdo con los criterios de análisis fijados por esta Corte, al tratarse de una razón que invoca el “orden público” de manera *general y abstracta* tampoco constituye una justificación admisible constitucionalmente para fundamentar una restricción a los derechos civiles de

los extranjeros con base en el artículo 100.

4.1.2. La intervención de la Superintendencia de Sociedades, por su parte, considera que para justificar la restricción impuesta a los extranjeros a la luz del artículo 100 de la Constitución “(...) basta solo afirmar que si bien los ciudadanos extranjeros disfrutan 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 (sic)”.

Claramente no basta lo dicho por la Superintendencia en su concepto para justificar una restricción de los derechos civiles con base en razones de orden público; no se presentan razones que relacionen de manera *específica y concreta* la restricción con el orden público.

4.1.3. Finalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores en su intervención sostiene que la norma acusada “(...) 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.” El Ministerio de Relaciones Exteriores considera que la restricción impuesta a los extranjeros para ser los representantes de sociedades extranjeras dedicadas a la prestación de servicios público “es justificable, por el impacto social que tienen las decisiones que se toman en dichas sociedades, ya que como 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.”

En el mismo sentido se pronuncia el Procurador General de la Nación en su intervención al sostener que “(...) el espíritu del legislador al establecer la distinción respecto a la nacionalidad del representante legal de la sucursal de la sociedad extranjera, es razonable dada la importancia que el numeral 5° del artículo 472 del Código de Comercio otorgó a dicho mandatario, pues aduce que representa a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país y además *‘se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la*

personería jurídica y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales’, lo que sin lugar a dudas constituye un gran poder de decisión respecto a un elemento fundante en la satisfacción de las necesidades colectivas como es la explotación, dirección o administración de un servicio público, que el legislador prefiere lo adopte un nacional debido al íntimo nexo que lo une con el Estado colombiano, y que en principio garantiza que la utilización de ese poder de decisión estará, por lo menos así se presume, en consonancia con el cumplimiento de los fines estatales, que se transpolan en la adecuada prestación de los servicios públicos (...)”

4.2. La Corte considera que la razón aducida tanto por el Ministerio de Relaciones Exteriores como por el Procurador General de la Nación, relaciona de forma *específica y concreta* la restricción a los derechos de los extranjeros bajo análisis y el orden público. En esta medida se trata de una razón con base en la cual podría justificarse una restricción de los derechos civiles de los extranjeros, a la luz del orden constitucional vigente.

En efecto, partiendo de la relación jurídica específica al que hace referencia el artículo 473 del Código del 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 la 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.”

4. *La sentencia ha debido declarar la exequibilidad condicionada del aparte normativo acusado.*

4.1. Teniendo en cuenta la importancia otorgada por la Constitución Política a los servicios públicos y las funciones que confiere el Código del Comercio en el artículo 473 al mandatario de las sociedades extranjeras, dedicadas a la explotación de servicios públicos en Colombia, la Corte Constitucional consideró que las decisiones que éste adopte “(...) *pueden ser de tal magnitud que se afecte el orden público, aspecto éste que fundamenta la restricción impuesta a los extranjeros en estos casos.*” La Corte sostiene,

“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

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.”

4.2. Sin entrar a cuestionar los argumentos con base en los cuales la sentencia acepta que el medio elegido por el legislador sí conduce al fin propuesto, es claro que la Corte considera que la restricción es razonable cuando se puede encontrar en riesgo (i) la soberanía nacional y (ii) el “orden público”. Ahora bien, no siempre que se presta un servicio público éstos valores se encuentran en riesgo. Por tanto, la razón alegada es insuficiente como justificación de todas las situaciones que se encuentran comprendidas bajo el concepto “*servicio público*”, una noción muy amplia que refiere tanto a servicios esenciales y estratégicos, como a otros servicios públicos.

Por ejemplo, si se trata de una sociedad extranjera que controla la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, se estará ante el primer tipo de servicio, es decir, uno relacionado con la soberanía nacional. Distinto es el caso, en cambio, si un conjunto de universidades europeas constituyen una sociedad extranjera para ofrecer en Colombia un programa educativo altamente especializado de traducción de textos antiguos. Aunque la Constitución Política establece en su artículo 67 que la educación es un “derecho y un servicio público que tiene una función social” no es de recibo que la sociedad extranjera del segundo ejemplo no pueda designar como mandatario a un extranjero, en virtud de lo dispuesto por el artículo 473 del Código del Comercio. En este caso, no procede la justificación esgrimida por la Corte, pues no es cierto que el representante de una sociedad extranjera que preste un servicio público de este tipo tome decisiones que puedan tener un alto impacto que pongan en riesgo (i) la soberanía nacional y (ii) el “orden público”.

4.3. Las consideraciones por las que la Corte consideró razonable la limitación acusada sólo justifican algunos de los casos a los que dicha restricción cobija. Existen otros que aunque se encuentra cobijados por los supuestos fácticos de la disposición, y por tanto por la restricción, no

representan un riesgo para los valores constitucionales que justifican la limitación del derecho. Por eso, se ha debido condicionar la exequibilidad de la norma para excluir las hipótesis inconstitucionales por ella cobijadas. Dicho condicionamiento ha debido ser del siguiente tenor, u otro con el mismo sentido normativo: “la expresión “*servicio público*” del artículo 473 del Código del Comercio es constitucional en el entendido de que se trate de un servicio público *esencial*”.

Fecha *ut supra*,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado