Los contrastes de la ley de sociedades extranjeras en colombia: el caso del tlc entre colombia y estados unidos

Gerardo Alberto Blanco Tatis

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

2018

LOS CONTRASTES DE LA LEY DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA: EL CASO DEL TLC ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

GERARDO ALBERTO BLANCO TATIS

Proyecto de grado para obtener el título de abogado

Asesor

Henry Valle Benedetti

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

2018

Nota de Aceptación:

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Cartagena de Indias, D.T. y C., 9 de octubre de 2018

AGRADECIMIENTOS

Agradezco principalmente al Eterno, por permitirme cumplir esta meta; a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, por formarnos como profesionales; a todos los docentes que, de una u otra forma, hicieron parte de mi formación profesional y personal, sobre todo al docente Henry Valle Benedetti, por apoyarme con la realización de este trabajo de grado; y de manera muy especial, agradezco a ms padres, por haber guiado mis pasos a lo largo de estos últimos años, enseñándome principios y valores, para ser una persona exitosa en la vida.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN 7

PALABRAS CLAVES 7

ABSTRACT 8

KEYWORDS 8

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 9

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA 9

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 10

1.3 OBJETIVOS 11

1.3.1 Objetivo General 11

1.3.2 Objetivos Específicos 11

1.4 JUSTIFICACIÓN 11

1.5 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA 16

2. MARCO REFERENCIAL 17

2.1 ESTADO DEL ARTE 17

2.2 MARCO TEÓRICO 19

2.3 MARCO LEGAL 22

3. DISEÑO METODOLÓGICO 23

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN 23

3.2 FUENTES DE OBTENCIÓN DE DATOS **24**
3.2.1 Primarias 24
3.2.2 Secundarias 24

3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS **24**

4. CONTENIDO 24

4.1 INTRODUCCIÓN **24**

4.2 REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO ANTES DEL TLC CON EEUU **30**
4.2.1 Evolución Normativa 30
4.2.2 Normatividad Interna 32

4.3 HOMOGENIZACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y EL TLC **37**
4.3.1 Tratados internacionales mercantiles como fuente del derecho comercial 37
4.3.2 Homogenización de la normativa interna de las sociedades extranjeras y el TLC 38
4.3.3 Inversión Extranjera Principios Básicos a Nivel Interno 40
4.3.4 Principios de los Acuerdos Internacionales de Inversión (ALL) presentes en el TLC con Estados Unidos 42
4.3.5 Inversión en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos 43
4.3.6 Jerarquía Normativa entre las normas del TLC y el Código de Comercio 44
4.3.7 Sociedad mercantil a la luz del TLC 46
4.3.8 De la cesantía mercantil (caso concreto) 49

4.4 INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ESTABLECIDOS POR EL TLC EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS **52**
4.4.1 Acerca de la solución de controversias 52
4.4.2 Instrumentos de solución de controversias establecidos en el TLC 55
4.4.3 Ley 1563 del 2012 59
4.4.4 formas de arbitraje en la Ley 1563 de 2012 60
4.4.5 Arbitraje internacional en la Ley 1563 de 2012 61

5. CONCLUSIONES 67

6. REFERENCIAS 68

LOS CONTRASTES DE LA LEY DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA: EL CASO DEL TLC ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

RESUMEN

Los Tratados de Libre Comercio (TLC) representan, dentro de la economía actual, las herramientas más importantes en el ámbito internacional para el desarrollo competitivo de los países que buscan posicionarse como productores y consumidores de bienes y servicios, a nivel local, regional o continental. Esta investigación está centrada en el TLC firmado por Colombia y Estados Unidos, siendo este último país el socio comercial más importante de Colombia, razón por la cual este tratado constituye un punto de inflexión de suma importancia para la economía colombiana. Tomando como base investigativa el actual TLC, este trabajo monográfico desarrollará este tema en tres apartados: el primero, tratará la regulación anterior de las sociedades comerciales extranjeras en Colombia antes de la firma del TLC; el segundo, la armonización u homogenización explicitada en el TLC, en cuanto a la normativa de las sociedades comerciales extranjeras en Colombia y su impacto; en el tercer apartado se identificaran los métodos de solución de conflictos de las sociedades mercantiles expuestos en el TLC entre Colombia y Estados Unidos. Por medio del desarrollo de estos apartados, se logrará un amplio entendimiento, tanto económico como jurídico, de la armonización del derecho como un fenómeno propio de las actividades comerciales enmarcadas en la globalización.

PALABRAS CLAVES

Colombia, Tratado de Libre Comercio, Estados Unidos, Sociedades Extranjeras, Armonización, Resolución de Conflictos.

ABSTRACT

The Free Trade Agreements (FTAs) represent in the current economy the most important international tools for the competitive development of countries that seek to position themselves as producers and consumers of goods and services, at the local, regional or continental level. This is all part of the globalizing world economy where every product is now available to anyone on earth, no matter how distant or remote a location. The United States is one of the greatest trade partners Colombia has as well as one of the most active traders in our globalized macro economy. This research case is focused on the Free Trade Agreement signed by Colombia and the United States, which represents a turning point in the Colombian economy, which is why this work is based on the current Free Trade Agreement, will be incisive and precise, hopefully useful to those in the field of international trade. This research case seeks to be widely understood hence why it will developed in three sections; the first is the previous regulation of foreign commercial companies in Colombia before the signing of the Free Trade Agreement, in a second section, the harmonization or homogenization made explicit in the Free Trade Agreement regarding the regulations of foreign commercial companies in Colombia and their impact, and lastly in a third section, identifying the methods for conflict resolution to which mercantile companies will adhere and practice in the Free Trade Agreement between Colombia and the United States. Through the development of these sections, a broad understanding will be achieved, both at an economic and legal level, of the harmonization of law as a phenomenon typical of commercial activities framed in globalization.

KEYWORDS

Colombia, Free Trade Agreement, United States, Foreign Companies, Harmonization, Conflict Resolution, Globalization

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la relación empresarial contemporánea se necesita la coordinación y la colaboración empresarial para crear economías capaces de competir en los mercados tanto internacionales como locales; ni se diga de los grupos empresariales tan necesarios en la globalización y en la propagación de las economías en escala.(Figueroa,2015)[1]

Con la evolución técnica de los procesos de producción y tecnologías de las comunicaciones, se estableció el marco evolutivo de las sociedades del siglo XX, las llamadas sociedades contemporáneas, cuyas actividades de producción y consumo de bienes y servicios ya no corresponden a la lógica de las jurisdicciones o procesos económicos de naturaleza territoriales, sino a la necesidad de un mercado supranacional, y una economía que se desarrolla en el terreno de lo regional, continental y transcontinental. Así lo reconoce el investigador José Amestoy, al afirmar:

> Las relaciones económicas entre los distintos países que componen nuestro planeta son cada vez más estrechas El proceso de integración económica

[1] Salgado Figueroa, E. (2015) El control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial. (Y.Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo,* VII (13), pág. 64-78

mundial es conocido con el nombre de mundialización o globalización. (Amestoy, 2006)

Sobre estos procesos de integración económica, precisamente, se desarrollan los Tratados de Libre Comercio como una herramienta jurídica de naturaleza internacional en la cual dos países o más implantan medidas favorables para el intercambio de bienes y productos, procesos de inversión y canales de solución de controversias.

Actualmente, Colombia desarrolla actividades con Estados Unidos en el marco de un Tratado de Libre Comercio, el cual entró en vigencia el 15 de mayo del 2012. En el marco de la configuración del tratado, las partes (en este caso, los Estados contratantes) establecieron una serie de puntos esenciales en cuanto a la normativa interna de los Estados para la aplicación del TLC de forma completa.

Colombia, en calidad de parte, asumió una serie de compromisos para la aplicación concreta del TLC, entre estos la modificación de una parte de la legislación interna, con el fin de armonizar las políticas locales con las explicitadas en el tratado, las cuales regulan la protección de la inversión extranjera (sociedades).

Hasta el momento, el Gobierno de Colombia no ha expedido un acto legislativo en referencia a esto, por lo que se presenta una incongruencia en el sentido normativo y aplicativo del tratado, la cual urge superar para el desarrollo óptimo del tratado.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los cambios normativos que exige Estados Unidos a Colombia con relación a la aplicación del TLC en la configuración de las sociedades extranjeras y su conformación económica?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Realizar un análisis comparativo sobre la regulación de sociedades extranjeras en Colombia, identificando cómo se normalizan las actividades comerciales de estas por el acuerdo del TLC entre Colombia y los Estados Unidos.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analizar la manera cómo se regulan las actividades comerciales de sociedades extranjeras en Colombia para determinar la manera como están normalizadas en el marco del TLC entre Colombia y los Estados Unidos.
- Determinar el proceso de armonización legislativa en Colombia para normalizar las actividades comerciales entre sociedades mercantiles por el TLC entre Colombia y Estados unidos.
- Identificar el desarrollo de los métodos de solución de conflictos de actividades comerciales entre sociedades mercantiles por el TLC entre Colombia y Estados unidos.

1.4 JUSTIFICACIÓN

La globalización es un fenómeno que se ha desarrollado a lo largo del siglo XX hasta el presente, el cual está configurado por un conjunto de procesos de diversas características, que han derivado esencialmente en la interdependencia económica de los Estados. El Estado colombiano no ha sido ajeno al impacto y las repercusiones que ha traído consigo este fenómeno, por lo cual los distintos gobiernos se han visto obligados a asumir como una urgencia ineludible, el desarrollo e implementación de políticas de carácter internacional, en busca de un posicionamiento en el mercado global.

En este contexto, los Tratados de Libre Comercio (TLC) representan, en sí mismos, la esencia de los procesos de globalización propios del siglo XX, en lo atinente a los procesos económicos. Estos tratados se desarrollan en el ámbito internacional, como herramientas esenciales destinadas a la integración económica entre Estados, ya sea de carácter regional, continental o transcontinental.

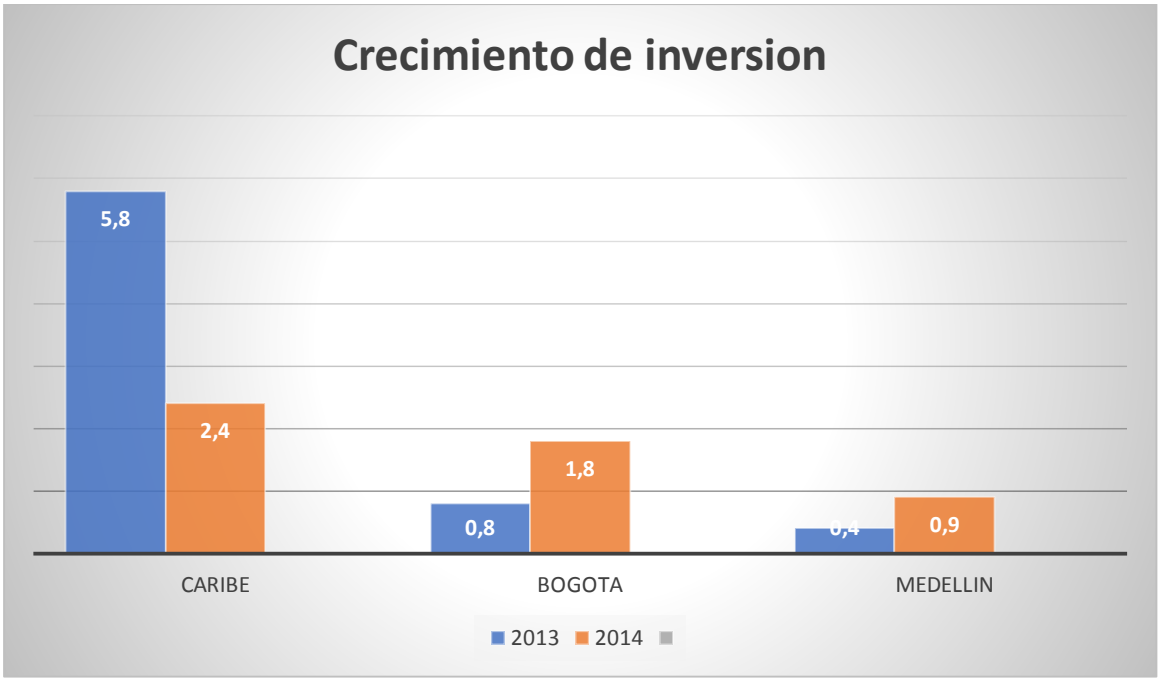
Si bien los TLC representan una estrategia esencial para el posicionamiento del Estado en el marco del comercio mundial, debido a las ventajas fácticas de la exportación de productos bajo la dinámica de aranceles especiales entre los Estados, su eficaz aplicación exige procesos de armonización entre la legislación interna de los Estados y la normativa que configura dicho tratado, a fin de que el cumplimiento de sus normas contentivas sea óptimo y adecuado a las necesidades de las partes.

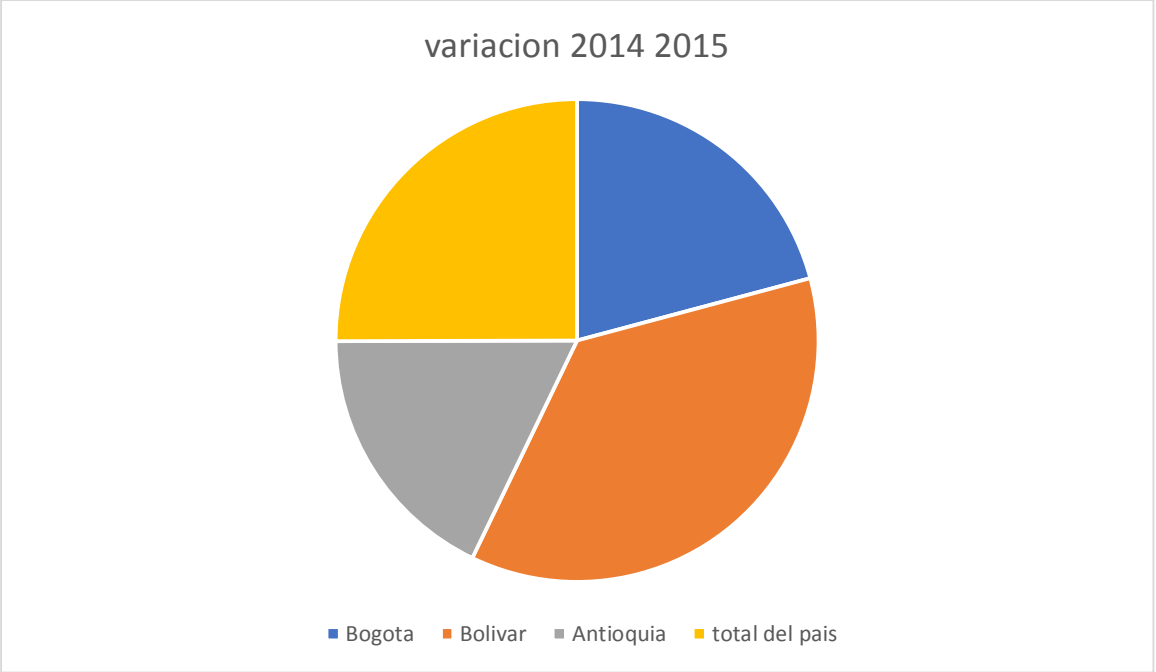
En lo que respecta al caso colombiano, la firma del TLC con Estados Unidos ha generado un enorme impacto tanto económico como jurídico, impacto que por sí mismo justifica cualquier estudio serio en torno a las temáticas jurídico-económicas que se desprenden de la aplicación del tratado.

En relación con el impacto económico en el ámbito nacional, se establece que la firma del TLC introdujo a los productores nacionales al mercado más grande del mundo en cuanto a bienes y servicios, con una población de 308 millones de habitantes con un ingreso per cápita anual de US$47.400 dólares (Portafolio, 2011), además de asegurar una desgravación total y permanente de todas las mercancías colombianas que se exporten a ese país.

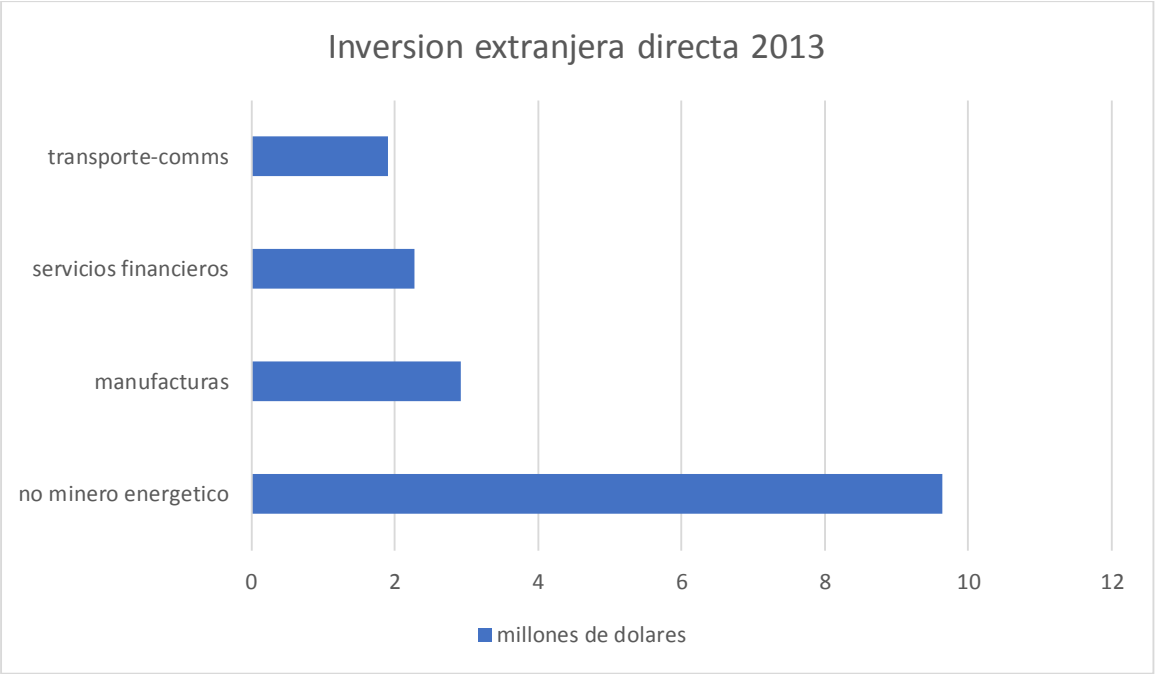
En lo que respecta al ámbito regional, la firma del TLC ha masificado la actividad portuaria en la Región Caribe. Al respecto, destacan las cifras suministradas por el Banco Nacional en el 2013, según las cuales la producción del sector creció 5,8%

en el norte del país, mientras que en Bogotá fue 0,8%. Medellín, por su parte, tuvo una variación de -6,4%. Las ventas del sector ascendieron a 2,5% en el Caribe, 1,8% en la capital y -0,9% en la capital de Antioquia. (La Republica, 2014) Grafica





Un aspecto importante fue el aumento de la IED en sectores no minero energéticos, los cuales sumaron US$9.634 millones (60% del total), con un crecimiento de 18,8%, respecto al 2013. En el sector manufacturero alcanzó los US$2.928 millones (18,2% del total), para un crecimiento de 13%. También fue destacada la IED en el sector de servicios financieros y empresariales con US$ 2.278 millones (15,4% del total) y un aumento de 55,4%; en transporte-comunicaciones con US$1.921 millones (12% del total), con un incremento de 38,6%. Por el contrario, se redujo en 26,1% la IED en el sector de comercio, restaurantes, hoteles, ubicándose en US$840 millones (5,2% del total). Ejemplificado en la grafica:



Así mismo, la firma del TLC ha potenciado una serie de servicios que impactarán en el desarrollo de la región norte colombiana. En un informe de Bancoldex (2012), se establece la salud como uno de esos servicios: “Los estados más propicios para la exportación de servicios de salud son California, Texas y Florida. Las regiones colombianas con mayor potencial son Atlántico, Bolívar, Bogotá, Caldas, Magdalena, Risaralda, Santander, Valle del Cauca, Antioquia”. Así mismo, este

informe aclara que departamentos como Atlántico, Bolívar y Magdalena, presentan una fuerte tendencia a ensanchar el radio de acción de los sectores de construcción de infraestructuras y desarrollo de las tecnologías de la información.

En general, este impacto no es abordado de manera completa ni profunda por parte de los medios de comunicación, lo que genera un sesgado y poco profundo conocimiento del desarrollo económico en el marco del Tratado de Libre Comercio:

> Los medios de comunicación tampoco cubren con suficiente rigor el verdadero impacto en la economía y en la sociedad de la firma de los acuerdos de libre comercio, ni los resultados derivados de las cumbres regionales y multilaterales de liberalización comercial, de tal forma que no tenemos mayor problema en ponernos a favor o en contra de la suscripción de estos acuerdos sin reflexionar suficientemente. (Olmos, 2006)

El impacto generado por la firma del TLC no solo se puede limitar a la comprensión del fenómeno económico como actividad, sino como el resultado de un conjunto de disposiciones normativas que regulan y sostienen dicha actividad. El impacto de esas regulaciones en el marco de la aplicación del TLC constituye la materia investigativa del presente trabajo, específicamente lo atinente a la normativa que regula las sociedades extranjeras y su protección en el territorio nacional.

Las sociedades extranjeras en el territorio nacional produjeron, según el Ministerio de Comercio, alrededor de 2.111.000 millones de dólares en el 2016 y alrededor de 923.000 millones de dólares para el primer semestre del 2017, por lo que el impacto de esta inversión canalizada en las sociedades extranjeras es amplio en el panorama económico del país. Por lo anterior, es indispensable el estudio del impacto económico de la firma del TLC, en cuanto a la normativa que regula dichas

operaciones mercantiles de naturaleza extranjera en Colombia, su inversión e impacto en cuanto a las sociedades extranjeras en el territorio.

Para entender el concepto de inversión extrajera directa o IED, es preciso traer a colación la definición propuesta por la Organización Mundial de Comercio:

> Se habla de inversión extranjera directa —IED— cuando un inversor radicado en un país —el país de origen— adquiere un activo en otro país —el país receptor— con la intención de administrar ese activo. El elemento de administración es lo que diferencia la IED de una inversión de cartera en acciones, obligaciones y demás instrumentos financieros extranjeros. En la mayor parte de los casos el inversor y el activo que este administra en el extranjero son sociedades mercantiles. En este caso, el inversor suele conocerse con el nombre de "sociedad matriz" y el activo con el de "filial" o "empresa afiliada".

1.5 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Delimitación Teórica

El trabajo está enfocado en trazar un análisis comparativo sobre la regulación de sociedades extranjeras en Colombia, a fin de poder identificar cómo se normalizan las actividades comerciales de estas últimas, a través del acuerdo del TLC entre Colombia y los Estados Unidos.

Delimitación Geográfica

Este trabajo se desarrollará en la ciudad de Cartagena, en la cual se visitarán bibliotecas y consultarán repositorios de las instituciones universitarias de la ciudad, en torno al tema del trabajo.

2. MARCO REFERENCIAL

2.1 ESTADO DEL ARTE

El Tratado de Libre Comercio representa uno de los puntos de inflexión y cambios económicos más importantes a nivel local. En efecto, la apertura del mercado colombiano al mercado norteamericano representó una oportunidad de desarrollo amplio en las actividades relacionadas con la producción de bienes y servicios, así como de aquellas relacionadas con el consumo, por lo que el estudio de este fenómeno jurídico-económico reviste especial importancia en el ámbito académico.

La integración de las normas internacionales a la normativa interna nacional es uno de los fenómenos característicos del derecho del siglo XX, el cual se ha desarrollado en torno a la crisis de la concepción territorial de las jurisdicciones nacionales. Este fenómeno es tratado por Carlos Clerc (2013) en su artículo titulado *El Derecho Internacional Privado y Los Procesos Globalizadores*, en el cual se abordan de manera específica los problemas derivados de la integralidad de normas en torno a los procesos de armonización con el entorno económico internacional. En este sentido, Clerc advierte:

> Hemos visto que la demora en la necesaria y perentoria revisión de nuestros ordenamientos jurídicos, particularmente en el ámbito del derecho societario y comercial, genera vacíos regulatorios propicios para una expansión irrestricta y no regulada de intereses privados que prevalecen por sobre los intereses del conjunto social.

Por lo que concluye el autor, que a pesar de la tendencia del derecho a la armonización de los sistemas nacionales en torno a la normativa internacional, se debe analizar a la luz de los intereses colectivos dichos cambios normativos, para no entrar en una contradicción, en cuanto a la naturaleza misma del Estado Social de Derecho como garante y protector de los derechos fundamentales.

En relación con el TLC entre Colombia y Estados Unidos, este ha sido objeto de multiplicidad de trabajos de investigación desde el ámbito del derecho internacional

y mercantil, y constituye uno de los temas más abordados por la actividad académica en los últimos años, dado el impacto tanto jurídico como comercial de este tratado.

Uno de estos acercamientos al impacto tanto jurídico como económico del TLC entre Colombia y Estados Unidos, es el abordado por Londoño Fernanda (2013), en su trabajo de grado titulado *El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Estados Unidos y los Beneficios para los Exportadores Colombianos*, en el cual se abordan los beneficios en el ámbito mercantil, en lo que respecta a las exportaciones nacionales hacia el mercado norteamericano, así como a los obstáculos normativos derivados de esta apertura comercial y jurídica:

> En materia de comercio exterior falta mucho por hacer en Colombia, sin embargo vale la pena resaltar el esfuerzo cada vez mayor que hace el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo junto a sus entidades adscritas, como lo son Proexport y Bancoldex, para acompañar y orientar a las micro, pequeñas y medianas empresas, para que abran sus productos a mercados internacionales como lo es el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.

Se concluye de este trabajo que la apertura económica ha reportado beneficios en torno a la exportación de productos, pero se han evidenciado conflictos y vacíos normativos en cuanto a la aplicación del tratado, lo que se traduce en la generación de particulares inseguridades de tipo jurídico al momento de aplicar las normas a casos específicos.

Sobre las inversiones extranjeras en el territorio nacional, en lo relativo a la conformación de sociedades de esa misma naturaleza, los autores del trabajo de investigación *El impacto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TlC) en la Balanza de Pagos hasta 2010* (Toro et al., 2010) realizan un análisis de la normativa del tratado en cuanto a la inversión extranjera y su protección, definiendo algunos puntos esenciales que el Gobierno colombiano debe modificar para la aplicación total del tratado:

> En cuanto a la inversión extranjera, los acuerdos han buscado establecer un marco legal seguro y estable para los inversionistas. Todas las formas de inversión quedan protegidas por virtud de estos convenios, de tal manera que no puedan ser expropiadas directa o indirectamente. Entre el concepto de inversión se incluye la que se dirige a empresas, la deuda, las concesiones, los contratos y la propiedad intelectual. Los países se comprometen a no hacer cambios en su legislación que puedan afectar los intereses de los inversionistas, incluso en materia tributaria. También se comprometen a garantizar los pagos por concepto de la deuda externa.

2.2 MARCO TEÓRICO

Todos los procesos económicos en la actualidad se desarrollan bajo el marco de la globalización como fenómeno mixto, esencial para comprender las dinámicas de las sociedades del siglo XX y XXI. El termino globalización encierra en su interior una multiplicidad de abordajes disciplinarios e interdisciplinarios, en cuanto es un fenómeno que permea todas las actividades de índole social, desde la cotidianidad individual hasta los procesos comunicativos, comerciales y tecnológicos de todo un cumulo social (Estado). Las definiciones de este fenómeno apuntan a recoger sus características intrínsecas, entre las que destaca la superación de las lógicas jurisdiccionales de carácter territorial:

> Globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil (Beck, 1998, p.42)

Así mismo, este término está esencialmente relacionado con la interacción comunicativa y la interdependencia de grupos, individuos y también de Estados:

> La globalización está integrada por un conjunto de procesos mediante los cuales, los acontecimientos, decisiones y actividades en un lugar y un tiempo

> determinado del planeta, repercuten a nivel mundial. […] La globalización va a reposar sobre una serie de interconexiones, interacciones e interdependencias entre actores remotos que la hacen posible. (Rupérez, 2001, p. 15-16)

Siguiendo la idea anterior, se puede traer a colación la definición de Monclus (2001), la cual también basa la esencia del fenómeno de la globalización en los conceptos antes aludidos de interconexión e interdependencia:

> Un conjunto de procesos que engloba a gran parte del planeta, se desarrolla a escala mundial y se asienta en la intensificación de los niveles de interacción, interconexión e interdependencia entre estados, sociedades y resto de agentes que operan a escala mundial. (p.39)

Paralelamente al fenómeno de la globalización, el derecho evoluciona intentando regular y mantener una coherencia jurídico-legal dentro del mismo; para esto, los Estados han creado instrumentos que permiten una interacción ordenada en cuanto a las actividades tecnológicas, comerciales, culturales y sociales, en el marco de la obviedad de las jurisdicciones territoriales de estos elementos en la contemporaneidad misma.

En este contexto, surgen los llamados Tratados de Libre Comercio, los cuales se configuran como acuerdos de naturaleza comercial que pueden ser de carácter regional o bilateral, los cuales buscan una mayor integridad económica entre los Estados contratantes (firmantes), tal como lo reafirma en su definición el tratadista Humberto Botero (citado en Rendón, 2004):

> Es un acuerdo internacional en el cual se vinculan distintas economías entre sí, para abrir recíprocamente sus mercados y para generar condiciones propicias a la inversión extranjera. En este se ven cronogramas de desgravación arancelaria y reglas para facilitar la inversión. (Rendón, 2004)

Así mismo, se puede entender el Tratado de Libre Comercio como:

> Un tratado de libre comercio (TLC) es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. A fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, un TLC incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias. Los TLC tienen un plazo indefinido, es decir, permanecen vigentes a lo largo del tiempo por lo que tienen carácter de perpetuidad. (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú, 2012)

Por lo que se entiende que los TLC son una herramienta de carácter internacional que tiene como fin integrar y homogenizar las prácticas económicas entre bloques regionales o Estados individualizados, generando una armonía normativa legal entre sus firmantes.

En este contexto, se deben entender fenómenos propiamente regulados primeramente por la legislación interna, y ahora asumidos o al menos desarrollados de una manera determinada en el tratado. Estos fenómenos son las sociedades extranjeras y las inversiones extranjeras. Respecto a las sociedades extranjeras, el artículo 496 del Código de Comercio las define como aquellas "(…) sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior", de lo cual se infiere que dentro del territorio se puede efectuar una actividad económica pero estructurarla a la luz de una legislación foránea, postura que fue tradicional en el desarrollo de las políticas liberales del siglo XX. Las inversiones extranjeras, por su parte, suelen definirse técnicamente de la siguiente forma:

> Inversiones que realizan personas naturales o jurídicas no residentes en el país donde se efectúa la inversión, la cual puede hacerse mediante la compra de acciones o participaciones de una empresa establecida o constituida en el país con ánimo de permanencia. (Portafolio, 2010)

Una breve introducción a los tipos de sociedades en Estados Unidos:

- Sole Propietoriship (único propietario) son sociedades similares a las Sociedad de Acciones Simplificadas, donde solo se necesita una persona para crearla y es el único responsable.

- Parternship (Asosiacion) son de dos o mas personas naturales o jurídicas, donde responden solidariamente o en aportes, tiene la libertad de creación e interpretación por las partes. Existe en tres modalidades: General Partnership (solidario e igualitario), Limited Partnership (basado en aportes o funcion en la sociedad) y Joint Venture (Limite temporal, esta es creada para llevar a cabo un proyecto o una extensión de tiempo)

- Limited Liability Company (Responsabilidad limitada) como lo explica su nombre, son de responsabilidad basada en aportes o funciones de las personas naturasles o jurídicas que conforman la sociedad, pero también esta a libre interpretacion y creación de las partes suscribientes. Algunos Estados exigen un fecha limite, donde se disolverá la sociedad.

- Business Corporation creadas para el comercio mercantil bajo la jurisdicción estatal. Existen dos tipos de estas: Business corporation y non profit corporation. Las non profit corporation, como los dice su nombre, son hechas para promover y apoyar organizaciones benevolentes de caridad y educación.

Estos conceptos ayudarán a tener una mayor precisión en cuanto al abordaje de la temática tratada en la presente investigación, por lo que es de esencial importancia usarlos como base epistémica de la misma, a fin de poder facilitar la comprensión del fenómeno estudiado..

2.3 MARCO LEGAL

Para el desarrollo de esta investigación, se tomarán como fundamento legal las siguientes normatividades:

De carácter Internacional:

- Tratado de Libre Comercio

De carácter Legal:

- Decreto 410 de 1971
- Ley 9 de 1991, art. 15
- Decreto 1735 de 1993
- Decreto 2080 de 2000 y sus modificaciones (Estatuto de Inversiones Internacionales)
- Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones (R.E.8/00 J.D.)
- Circular Reglamentaria Externa DCIN – 83 y sus modificaciones, numerales 7.1. y 7.2.1.

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de naturaleza jurídico-teórica, la cual se fundamenta en el análisis del problema jurídico a la luz de fuentes formales del derecho como son la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Se aplicará un modelo metodológico de carácter analítico-descriptivo, en el cual se hará una descripción teórica del objeto abordado, para posteriormente analizar cada una de sus partes esenciales a la luz del problema abordado.

3.2 FUENTES DE OBTENCIÓN DE DATOS

3.2.1 Primarias

Se consultaron fuentes primarias bibliográficas y cibergráficas, consistentes en libros y artículos de investigación, y aquellas concernientes a legislación, jurisprudencia y doctrina.

3.2.2 Secundarias

Se utilizaron datos provenientes de fuentes secundarias, como contenidos de artículos de análisis e interpretación de los casos aludidos en el trabajo.

3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Como técnica se utilizó el análisis documental de las fuentes consultadas, y como instrumento se utilizó una ficha de registro de datos extractados del análisis.

4. CONTENIDO

4.1 INTRODUCCIÓN

Todos los procesos económicos actuales se desarrollan en el marco de los fenómenos de carácter mixtos que configuran la globalización, los cuales representan en sí mismos la esencia de las sociedades del siglo XX y XXI. El término “globalización”, encierra en su interior una multiplicidad de abordajes disciplinarios e interdisciplinarios, en cuanto es un fenómeno que permea todas las actividades de índole social, desde la cotidianidad individual hasta los procesos comunicativos, comerciales y tecnológicos de todo un cumulo social (Estado), algunas definiciones que apuntan a características muy propias del fenómeno de la globalización, como lo es la superación de las lógicas jurisdiccionales de carácter territoriales:

> Globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil (Beck, 1998, p.42)

La pérdida de las barreras jurisdiccionales de naturaleza física (fronteras), ha generado una marcada interdependencia entre los Estados, como fenómeno propio de las relaciones económicas en el marco de la globalización:

> La globalización está integrada por un conjunto de procesos mediante los cuales, los acontecimientos, decisiones y actividades en un lugar y un tiempo determinado del planeta, repercuten a nivel mundial. […] La globalización va a reposar sobre una serie de interconexiones, interacciones e interdependencias entre actores remotos que la hacen posible. (Rupérez, 2001, p. 15-16)

Sobre la naturaleza del derecho mercantil, Galgano (1980) manifiesta lo siguiente:

> Suele atribuirse al derecho mercantil la característica de la especialidad y al mismo tiempo la de la universalidad. La primera característica se le atribuye en el ámbito estatal con respecto a la restante normativa del Estado, y en el más específico ámbito del derecho privado con respecto al derecho civil. La siguiente característica le viene conferida a nivel supraestatal, a causa de su reconocida fuerza expansiva, como derecho uniforme más allá de las fronteras nacionales. (p.23)

Sobre este tema se expresa González (2013), en cuanto a la naturaleza de las prácticas mercantiles actuales:

> Las prácticas comerciales internacionales, bien sea de grandes agentes económicos o de organismos internacionales (que de todas formas actúan influenciados por los primeros), son, en esta materia, quienes determinan las directrices del comercio internacional, que, al parecer, debido a la necesidad

> de liberalización, producto de la globalización económica, son acogidas por los Estados directamente, sin necesidad de control alguno. (p.54).

Dentro de este contexto surgen los Tratados de Libre Comercio (TLC), los cuales se configuran como acuerdos de naturaleza comercial que pueden ser de carácter regional o bilateral, los cuales buscan una mayor integridad económica entre los Estados contratantes (firmantes), en palabras de Humberto Botero citado en Rendón (2004) este se define como:

> Es un acuerdo internacional en el cual se vinculan distintas economías entre sí, para abrir recíprocamente sus mercados y para generar condiciones propicias a la inversión extranjera. En este se ven cronogramas de desgravación arancelaria y reglas para facilitar la inversión. (Rendón, 2004)

Así mismo, se puede entender el Tratado de Libre Comercio como:

> Un tratado de libre comercio (TLC) es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. A fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, un TLC incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias. Los TLC tienen un plazo indefinido, es decir, permanecen vigentes a lo largo del tiempo por lo que tienen carácter de perpetuidad. (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú [MINCETURB], 2012)

Entendemos los TLC como herramientas de carácter internacional que tiene como objetivo homogenizar las normas jurídicas del derecho interno de las partes, relativas en su gran mayoría al ámbito económico (bienes-servicios-inmigración-inversión), suponiendo la creación de un bloque común jurídico entre las partes

firmantes, el cual será el marco de acción de las actividades explicitadas en el tratado.

El Tratado de Libre Comercio, entre Estados Unidos y Colombia, entro en vigencia en el año 2012, siendo este último país el socio comercial más importante de Colombia, razón por la cual este tratado constituye un punto de inflexión de suma importancia para la economía colombiana.

En relación con el impacto económico en el ámbito nacional, se establece que la firma del TLC introdujo a los productores nacionales al mercado más grande del mundo en cuanto a bienes y servicios, con una población de 308 millones de habitantes con un ingreso per cápita anual de US$47.400 dólares (Portafolio, 2011), además de asegurar una desgravación total y permanente de todas las mercancías colombianas que se exporten a ese país.

> En lo que respecta al ámbito regional, la firma del TLC ha masificado la actividad portuaria en la Región Caribe. Al respecto, destacan las cifras suministradas por el Banco Nacional en el 2013, según las cuales la producción del sector creció 5,8% en el norte del país, mientras que en Bogotá fue 0,8%. Medellín, por su parte, tuvo una variación de -6,4%. Las ventas del sector ascendieron a 2,5% en el Caribe, 1,8% en la capital y -0,9% en la capital de Antioquia. (La Republica, 2014)

El impacto generado por la firma del TLC no solo se puede limitar a la comprensión del fenómeno económico como actividad, sino como el resultado de un conjunto de disposiciones normativas que regulan y sostienen dicha actividad. El impacto de esas regulaciones en el marco de la aplicación del TLC constituye la materia investigativa del presente trabajo, en lo atinente a procesos dirigidos a la homogenización de normas entre las partes firmantes propios de estos tratados, fenómeno entendido desde la perspectiva Rodríguez afirma que:

> Por la armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear una afinidad esencial

> entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal. (p.23)

En relación con la aplicabilidad total del TLC firmado por Colombia y Estado Unidos, el Estado Colombiano se ha comprometido a realizar una serie de modificaciones de carácter normativas, para la total armonización de los procesos regulados por el tratado, entre esas modificaciones se encuentran las referentes a las sociedades extranjeras en el territorio y la inversión extranjera en el mismo, compromisos que hasta el momento el gobierno colombiano no ha realizado a cabalidad.

En relación con esta temática Clerc (2013) en su artículo titulado *El Derecho Internacional Privado y Los Procesos Globalizadores*, en el cual se abordan de manera específica los problemas derivados de la integralidad de normas en torno a los procesos de armonización con el entorno económico internacional:

> Hemos visto que la demora en la necesaria y perentoria revisión de nuestros ordenamientos jurídicos, particularmente en el ámbito del derecho societario y comercial, genera vacíos regulatorios propicios para una expansión irrestricta y no regulada de intereses privados que prevalecen por sobre los intereses del conjunto social. (p.13)

El presente trabajo de investigación, abordará cómo esos procesos de armonización se han venido dando en el marco del TLC, aunque de manera indirecta, en cuanto a que no se ha dado una modificación directa de esa normativa, sino bajo la adopción de ciertos principios protectivos de la inversión extranjera, la cual puede desarrollarse a través de las sociedades extranjeras en el territorio nacional.

> El equipo negociador por parte de los Estados Unidos solicitó, a partir de la tercera ronda de negociaciones, la elaboración de ciertas modificaciones al régimen vigente orientadas a (i) eliminar la cesantía comercial; (ii) revisar el cálculo de la indemnización para tener en cuenta dentro de ella la remuneración percibida por el agente; (iii) eliminar la presunción de exclusividad que existe a favor del agente, y (iv) señalar expresamente que la fecha de terminación del contrato es una justa causa para su terminación.

> Aun cuando en rondas posteriores se han incluido variantes y modificaciones a estas propuestas, en esencia lo que busca el equipo negociador de los Estados Unidos es que no haya injerencia legislativa en los aspectos remuneratorios del contrato y que haya un poco más de flexibilidad en cuanto a la indemnización que podría causarse por una indebida terminación del mismo (Cuberos, 2005, pp. 16-17)

Sobre esta temática, se puede traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional que declara la exequibilidad de la Ley 406 de 1997:

> […] un pronunciamiento de la Corte sobre la constitucionalidad o no de las leyes aprobatorias de tratados perfeccionados en manera alguna afecta las relaciones internacionales del país sino que, por el contrario, les confiere mayor seguridad jurídica, en el entendido de que si la Corte declara su inexequibilidad, es deber del Gobierno proponer la reforma de la Carta, o renegociar o denunciar los correspondientes tratados, según el caso. De esa manera, y conforme a la tesis de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno, quedan solucionados los eventuales problemas que puedan surgir por contradicciones entre la Constitución y los tratados, o por conflictos que deriven de sentencias de la Corte Constitucional que puedan entrar en contradicción con los compromisos internacionales del Estado colombiano. Por esa razón, también en otros países se admite que el tribunal constitucional pueda controlar la constitucionalidad de tratados que ya se encuentran perfeccionados. (Corte Constitucional, 1997)

En relación con esto, se debe realizar una serie de modificaciones en la normativa interna, para que esta pueda integrarse de manera óptima a la normativa expuesta en el tratado: “en el marco del TLC para la unificación de los sistemas normativos armonizados, que se supone debe crear dicho acuerdo internacional con fundamento en el conocido principio del derecho internacional pacta sunt servanda” (Valle, 2011, p.93).

Tomando como base investigativa el actual TLC, este trabajo monográfico desarrollará este tema en tres apartados: el primero, tratará la regulación anterior de las sociedades comerciales extranjeras en Colombia antes de la firma del TLC; el segundo, la armonización u homogenización explicitada en el TLC, en cuanto a la normativa de las sociedades comerciales extranjeras en Colombia y su impacto; en el tercer apartado se identificaran los métodos de solución de conflictos de las sociedades mercantiles expuestos en el TLC entre Colombia y Estados Unidos. Por medio del desarrollo de estos apartados, se logrará un amplio entendimiento, tanto económico como jurídico, de la armonización del derecho como un fenómeno propio de las actividades comerciales enmarcadas en la globalización.

4.2 REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO ANTES DEL TLC CON EEUU

Históricamente, el principal mercado al que se dirigen las exportaciones colombianas ha sido el mercado de los Estados Unidos de América. Por ello se hace imperioso realizar un itinerario descriptivo de la evolución normativa de Colombia, antes de la puesta en marcha del TLC con los EEUU, a fin de poder trazar un paralelo de los cambios que ha traído consigo la implementación de este acuerdo comercial.

4.2.1 Evolución Normativa

Dentro de las principales normas (leyes y decretos) que rigieron las relaciones comerciales entre Colombia y Estados Unidos, se pueden mencionar las siguientes:

- Decreto 444 de 1967: Medida que se expidió durante el gobierno del presidente Carlos Lleras Restrepo, la cual busco desarrollar una política económica en actividades de exportación de productos de naturaleza no convencionales, además de fijar una tasa de cambios (política cambiaria) a la inversión extranjera para un mayor control de la misma. En esta ley, se le

otorgan facultades de control y vigilancia jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades y a la Oficina de Control y Cambios del Banco Central de la Republica.

- Decreto 410 de 1971: Por la cual se expide el Código de Comercio de la legislación colombiana.
- Decreto 1299 de 1971: Este decreto es configurado y expedido por la Comisión de Acuerdo de Cartagena por medio de la decisión No. 24, en este se define el concepto de inversión extranjera además de los elementos que configuran dicho acto de inversión.
- Decreto 170 de 1977: Por medio de este decreto se reforma de manera parcial el Decreto 1299 de 1971, en lo que tiene que ver con la inversión extranjera de personas de carácter jurídicas y naturales dentro del territorio colombiano.
- Ley 9 de 1991: Este acto legislativo derogo de manera expresa el Decreto 444 de 1967 y posteriores, configura la legislación extranjera aplicando una nueva política cambiaria y define al CONPES como órgano encargado de la aplicación y graduación de esta política cambiaria.
- Ley 33 de 1992: Esta ley aprueba los Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, firmados por el gobierno Colombiano en el año 1989 en Montevideo, Uruguay.
- Resolución 51 de 1991 del CONPES: Como se había establecido en normativa anterior, el CONPES era el órgano establecido para el estudio, configuración y aplicación de la política cambiaria dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por medio de estas facultades otorgadas, y a la luz del artículo 100 de la Constitución Política este decreto modifico algunos elementos esenciales de la anterior política cambiaria relacionada con la inversión extranjera.
- Ley 222 de 1995: Esta ley modifico el libro segundo del Código de Comercio, en donde se regulaban lo referente a las sociedades extranjeras en el territorio colombiano, además regulando los procesos concursales relacionados con las sociedades extranjeras dentro del territorio.

4.2.2 Normatividad Interna

Dentro del Código de Comercio, en el artículo 469, se define explícitamente el concepto de sociedades extranjeras: “son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior”. Esta definición se erige como una figura jurídica que se desarrolla en el territorio colombiano, pero a la luz de un marco jurídico de naturaleza externo, obviando la generalidad de la actividad comercial, la cual en la mayoría de los casos corresponde a la legislación del país en donde estos realizan dicha actividad.

Según lo determinado en la normativa interna, de manera particular en el Código de Comercio, abordando la naturaleza de las sociedades extranjeras, estas se deben entender según el artículo 96, el cual define el concepto de contrato de sociedad:

> Por contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La cual derivará en una institución totalmente distinta de aquellos que la conformaron, sin importar si esas personas eran naturales o jurídicas, por lo que esta creación deriva en lo que se denomina como una persona moral, como indica el concepto 220-1218 de la Súper Intendencia de Sociedades:

> Igualmente se observa que la ley las faculta para ser representadas judicial y extrajudicialmente, lo que significa que para realizar actos en el mundo jurídico, se requiere que los constituyentes o fundadores de la persona moral o ficticia designen una persona, que bien puede ser natural o persona moral, evento en el cual la misma actuará a través de su representante, que será quien lleve la representación de la persona jurídica.

El concepto de sociedad extranjera tiene, como elemento esencial, la presencia de esta en un domicilio distinto a aquel en donde se configuró dicha sociedad. A la luz

de la normativa interna, se puede rastrear el concepto de domicilio en los artículos 77 y 86 del Código Civil; en relación con el domicilio civil, este es relativo a un lugar del territorio, pero ya en lo relativo a establecimientos y corporaciones y asociaciones que han tenido el aval de la ley de funcionamiento, este domicilio está situado donde está la administración del mismo, el cual puede estar fuera del país, si así lo disponen estatutos especiales.

Sobre lo anterior, lo cual es esencial en cuanto a la normativa que pueda aplicársele a dichas sociedades, existen dos formas de aplicación o teorías que pueden definir el domicilio de las mismas y con esto las normativas aplicables:

- La teoría de la Sede Estatutaria: Entendiendo que se aplicará la normativa nacional a la sociedad, dependiendo del domicilio que los socios fijen para efectos civiles de la sociedad.
- La Teoría de la Incorporación: Esta teoría es un desarrollo de la jurisprudencia Americana, la cual señala que para determinar el domicilio de la sociedad y con esto la normatividad aplicable, se tendrá en cuenta el lugar en donde esta cumplió las formalidades de su constitución.
- La Teoría de la Sede de Dirección: Donde está situada la sede de la administración principal de la sociedad, se le aplicara la normativa local.

Sobre la existencia de estas teorías en la normativa interna del Estado colombiano, se pueden rastrear su uso de manera incoherente en cuanto a la naturaleza de las sociedades extranjeras y el concepto de sociedades en general.

En lo que respecta al concepto de sociedades y la aplicación de la normativa, están explicitados en el artículo 100 del Código de Comercio, el cual establece:

> ARTICULO 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

> Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil.

En este artículo se percibe la aplicación de la primera teoría, en cuanto se define que la normativa aplicable sería siempre la normativa nacional, cualquiera que sea la naturaleza de esta sociedad.

En lo que respecta al artículo 110 del Código de Comercio, se puede inferir que se aplica la de la Teoría de la Incorporación en cuanto a algunos numerales específicos que dejan ver que existe una aplicación normativa de carácter extra-jurisdiccional o extra-territorial:

> 7º La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia
>
> 9º Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara de comercio principal.

De igual forma, esta teoría está implícita en el articulado 471 del Código de Comercio, el cual define los requisitos para ejercer actividades en el territorio nacional:

> Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos: 1o) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y 2o) Obtener de la

> Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país.

Dentro de este articulado se observa una ambigüedad en cuanto a las figuras de sucursal y establecimiento de comercio, porque la noción de sucursal no contiene en si misma personería jurídica y depende para su existencia de otro establecimiento el cual puede ser una sociedad (extranjera).

Es este articulado también se define o se menciona al representante de la sociedad extranjera, el cual funge como un mandatario, definición que está establecida en el Código Civil primeramente:

> ARTICULO 2142. <DEFINICION DE MANDATO**>**. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.
>
> La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario

Así mismo, existe la definición propia del Código de Comercio:

> El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.
>
> El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.
>
> Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro.

Sobre este elemento, como lo es el representante de la sociedad, se describe un elemento especial de su constitución, el cual se determina como “exterioridad”, ya que la figura jurídica o natural que se configura como mandante no está en el país del representante.

El artículo 472 del Código de Comercio regula el contenido del acto en el que se establecen negocios permanentes en el país por parte de una sociedad extranjera; dentro de este articulado se pueden señalar algunos puntos esenciales en cuanto a

la naturaleza extra-jurisdiccional de la figura, así como también algunos vacíos de la norma misma:

> La resolución o acto en que la sociedad acuerda conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia, expresará: 1o) Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social.
>
> 2o) El monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere.
>
> 3o) El lugar escogido como domicilio.
>
> 4o) El plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos.
>
> 5o) 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.
>
> 6o) La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia.

Sobre este articulado, se entiende que el legislador colombiano extiende elementos meramente jurisdiccionales de orden interno, para la regulación de una figura que en teoría se basa en una jurisdicción extra-sistémica. Por tanto, no es completamente necesario que a la luz de la implementación de una sucursal la sociedad aplique la normativa propia de su domicilio, simplemente pueda aplicar una normativa diferente extranjera que configure mejor la actividad a realizar.

Igualmente, la exigencia de la configuración de la sociedad en Colombia, la cual debe ajustarse a la normativa interna, le otorgará más relación con la normativa interna que con la externa, por lo que primeramente antes de establecer una

sucursal debe aceptar unos elementos esenciales del ordenamiento jurídico colombiano.

Por otro lado, y siguiendo la lógica anterior, el artículo 476 del Código de Comercio estipula que: “Las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia constituirán las reservas y provisiones que la ley exige a las anónimas nacionales y cumplirán con los demás requisitos establecidos para su control y vigilancia”, lo que plantea a las claras un choque normativo entre disposiciones de carácter nacional y disposiciones de carácter internacional, al tiempo que conduce a presuponer que no hay una verdadera homogenización o recepción de la normativa internacional.

En un análisis al contenido normativo del Código de Comercio, en lo referente a la regulación de las sociedades extranjeras, se pueden identificar una serie de directrices que no definen o no establecen la naturaleza de las sociedades extranjeras como figuras extra-sistémicas reguladas ya desde un ámbito internacional. Este vacío normativo conlleva a inferir que existe una desconexión entre las decisiones del legislador colombiano y los avances internacionales en la materia, y que se torna perentorio que éste establezca directrices claras paralelas.

4.3 HOMOGENIZACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y EL TLC

4.3.1 Tratados internacionales mercantiles como fuente del derecho comercial

Actualmente, se entiende el sistema normativo como un sistema de carácter abierto, el cual se puede complementar con normas de carácter internacional que aborden temas propios de las normas internas, lo que se conoce como una teoría o iusteoría antiformalista del sistema jurídico:

> Esta idea conlleva la necesidad de entender que el derecho no puede ser creado de manera exclusiva por el legislador tradicional, puesto que es una utopía pensar que este tiene una categoría especial que lo hace sabio,

> inmutable y superior; “el derecho en general, y la adjudicación en particular, son pro- ductos de la dinámica política y social que, lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, las reproducen. (Rodríguez, 1999, pág. 27)

Esta teoría, la cual es aplicada al ordenamiento jurídico colombiano, tiene su génesis aplicativo con la constitución de 1991, la cual por medio del bloque de constitucionalidad, coloca en esencial relación a los operadores jurídicos con las normas de carácter internacional. Se entiende, entonces, que las normas que regulan las actividades de carácter mercantil no provienen siempre de la mano creadora de un legislador, sino que estas pueden venir de una fuente de carácter internacional.

En relación con las jurisdicciones propias del derecho interno colombiano, el derecho comercial refleja en amplitud la iusteoría del antiformalismo, el cual es definido por Perilla (2015) en relación con el derecho comercial de la siguiente forma:

> El régimen de fuentes del derecho comercial responde de manera directa a las características de la iusteoría antiformalista, lo cual se evidencia al analizar la forma de aplicación de las normas jurídicas comerciales a situaciones mercantiles. (p.20)

En relación con la idea anterior, se entiende el derecho comercial como un conjunto normativo de carácter abierto, el cual puede ser ajustado y configurado por medio de normativas de carácter internacional.

4.3.2 Homogenización de la normativa interna de las sociedades extranjeras y el TLC

Dentro de las dinámicas propias de la economía actual, se configuran los TLC como instrumentos de carácter internacional que tiene como objeto ampliar la interacción entre mercados de naturaleza estatales, regionales o intercontinentales. Los TLC basan estas prácticas de integración económica en la aplicación de medidas preferenciales en materia arancelaria en relación con la importación de bienes.

Si bien el marco de aplicación del TLC son las mencionadas preferencias arancelarias, estos tratados pueden regular distintas áreas de interacción económicas, los TLC ayudan a construir un marco jurídico homogéneo y por ende estable brindado seguridad jurídica a los distintos participes de las actividades reguladas por el mismo, de igual forma puede regular comercio de servicios y lo referente a inversiones, punto esencial en la presente investigación.

El Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos entro en vigencia el 15 de mayo de 2012, para establecer el texto final del tratado se necesitaron más de 21 meses en los cuales se desarrollaron 15 rondas de negociaciones y más de 100 reuniones, dentro de este proceso, las parte involucradas se comprometen en una serie de modificaciones de su normativa interna para la implementación del TLC de manera completa, sin causar ningún choque normativo entre la legislación interna y la internacional.

Dentro de estos compromisos, Colombia se comprometió a modificar algunos puntos dentro de su normativa referente a las sociedades extranjeras, como por ejemplo la agencia mercantil, para asegurar así la aplicación de la actividad económica de naturaleza abierta y participativa, esto con el fin de proteger según lo estipulado en el TLC la inversión extranjera, la cual se puede materializar en cada una de las formas de sociedades extranjeras que existen.

La inversión extranjera directa, el objeto de nuestro estudio en el presente trabajo (la cual se puede desarrollar en la concreción de sociedades extranjeras), es definida así por la Organización Mundial de Comercio, en comunicado de prensa 57, del 9 de octubre de 1996:

> Se habla de inversión extranjera directa IED cuando un inversor radicado en un país el país de origen adquiere un activo en otro país el país receptor con la intención de administrar ese activo. El elemento de administración es lo que diferencia la IED de una inversión de cartera en acciones, obligaciones y demás instrumentos financieros extranjeros. En la mayor parte de los casos el inversor y el activo que este administra en el extranjero son sociedades

> mercantiles. En este caso, el inversor suele conocerse con el nombre de "sociedad matriz" y el activo con el de "filial".

Con esta definición, se puede establecer que la IED es una inversión realizada por una persona natural o jurídica que se encuentra fuera del territorio con el objetivo principal de hacer presencia dentro de las actividades económicas del Estado.

Dentro del TLC también se explicita una definición de Inversión Extranjera Directa, la cual es un poco más amplia que la de la Organización Mundial de Comercio, y en la que se incluye:

> La participación en una empresa que le permita al propietario participar de los ingresos o utilidades de la misma o en la liquidación de la misma; bienes raíces u otra propiedad tangible o intangible, así como la participación del capital y recursos destinados al desarrollo de la actividad económica

Colombia, como antes se señaló, no ha regulado o modificado su normativa interna; en cambio, ha establecido un conjunto de políticas propias de la firma del TLC para adaptar esas normativas y su aplicación a los estándares internacionales, por medio de las prácticas o reformas a la protección de la inversión extranjera.

4.3.3 Inversión Extranjera Principios Básicos a Nivel Interno

Igualdad en el Trato: Dentro de la Constitución Política de Colombia se establece explícitamente que tanto nacionales como extranjeros, gozaran de los mismos derechos y garantías propios del Estado Social de Derecho. Los extranjeros pueden invertir en la mayoría de los sectores económicos dentro del ámbito nacional, exceptuando algunos dada su importancia estratégica, por lo tanto, la inversión extranjera recibe el mismo trato que la inversión nacional.

Universalidad: La inversión extranjera es aceptada en todos los sectores de la economía, señalando algunas excepciones dada la importancia estratégica de esos sectores:

- Actividades de defensa y seguridad nacional

- Procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas, no producidas en el país.

Se presentan una serie de restricciones especiales en sectores como:

- Transmisión de televisión.
- Industria pesquera.

Se prohíbe por razones de seguridad nacional la inversión extranjera en sectores como:

- Tenencia de tierras en la frontera.
- Manufactura, posesión y uso de armas nucleares
- Biológicas y químicas
- Comercio de estos productos, y presencia extranjera en servicios de vigilancia y seguridad privada.

Automaticidad: Este principio se refiere a que la inversión extranjera no requiere ninguna autorización previa excepto en dos sectores de la economía:

- Sector asegurador.
- Financiero, minero e hidrocarburos.

El Registro de Inversión Extranjera Directa (IED), ante el banco de la república, genera una serie de beneficios al inversor en cuanto a modelos cambiarios, posibilidad de reinvertir y compras.

Estabilidad: Esta se refiere a la devolución de la inversión y a la remisiones de ganancias producidas por estas, que hasta la fecha estuviera registrada registro de la inversión extranjera, no podrán ser modificada de manera que afecten al inversor. Sin embargo esta puede ser modificada, solo en el caso que: las reservas internacionales sean inferiores a tres meses de importaciones. (Artículo 11 del Decreto 2080 de 2000)

4.3.4 Principios de los Acuerdos Internacionales de Inversión (ALL) presentes en el TLC con Estados Unidos

Los ALL representan compromisos asumidos por parte de los Estados contratantes, de asumir con gran respeto y preocupación las inversiones de carácter extranjeras, bajo normativas internacionales con el fin de evitar abusos por parte de un u otro contratante.

Estas cláusulas de protección se encuentran discriminadas así:

Cobertura del Tratado: Se establecen las condiciones que determinan las condiciones para que una inversión extranjera sea protegida bajo la normatividad del tratado, este determina que se puede considerar inversionista y que se puede considerar inversión, así como de los elementos esenciales de la actividad (inversión-riesgos-ganancia-no exclusión de la actividad comercial dentro del tratado).

Protección de la Inversión Extranjera: Definen los principios o puntos asumidos por los Estados para la concreción de dicha protección:

- Trato Nacional: Este punto determina que un Estado que hace parte del tratado debe brindar el mismo trato comercial al otro estado y a sus inversores o al menos un trato no menos favorable que el que le concede a los inversores nacionales propios de ese Estado.
- Trato Nación Más Favorecida: Este punto determina que un Estado parte debe brindar un trato no menos favorable a los inversionistas de otro Estado miembro en relación con otro Estado no miembro.
- Nivel Mínimo de Trato: Este punto define que a la inversión extranjera se le debe tratar o al menos regular con mínimos de carácter internacionales que puedan asegurar su protección y trato justo, esto señala la no arbitrariedad del Estado en torno a estas inversiones y la protección física por parte de estas como aquellas inversiones de naturaleza nacional.
- Prohibición de Expropiación Sin Compensación: Esto determina que toda expropiación de actividades de carácter económicas, desarrolladas en el

marco de una inversión extranjera, no puede ser expropiada por ningún motivo por parte del Estado, salvo en situaciones de utilidad pública o interés social. Todo este proceso debe regirse de manera justa y sin discriminación, para lo cual las ALLs, determinaron dos formas de expropiación:

- Expropiación directa, en la cual existe un acto administrativo (Decreto, Resolución) por parte del Estado, en el que se declara la expropiación y se establece la compensación o indemnización.
- Expropiación indirecta, en la cual no existe un acto administrativo expropiatorio como tal, sino un acto, acción u omisión del Estado que sin ser necesariamente expropiatoria, produce un impacto económico tal sobre la inversión, que equivale a una expropiación directa.

- Libre Transferencia: Se establece que los Estados miembros no interferirán en el retiro o movimiento de capital dentro y fuera de los Estados extranjeros en donde se desarrolla la inversión, solo en casos en donde estos puedan causar un impacto en la economía del país.
- Solución de Controversias por la Violación de los Compromisos Asumidos por los ALLS: Establece los mecanismos jurídicos para la solución de controversias entre inversores extranjeros y los Estados miembros, este elemento le da la posibilidad de demandar al Estado ante tribunales internacionales al presentarse un caso de violación de los compromisos asumidos.

4.3.5 Inversión en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos

Lo referente a la inversión se encuentra explicitado en el punto 10 del TLC, en el cual se trata de construir un marco justo de acciones jurídicas, que proteja de manera integral al inversionista extranjero. Este capítulo se estructura con los temas:

1. Trato no discriminatorio para el inversionista.
2. Trato mínimo al inversionista.
3. Libre transferencia de capitales.

4. Ausencia de requisitos obligatorios en cuanto al desempeño de las inversiones.
5. Respeto del inversionista en relación con sus inversiones.

Estas disposiciones se encuentran en desarrollo paralelo con la Constitución Política, que permiten que desde la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional, se puedan aplicar a las actividades en relación con la inversión extranjera.

A este respecto, Hawkins y García (2014) analizan los pocos límites que se establecen al rango de acción de las inversiones extranjeras. Citando el índice Doing Bussines del Banco Mundial, revelan que para el 2013 Colombia era líder en América Latina en términos de protección a los inversionistas, ocupando el sexto puesto y mereciendo el calificativo "(…) de país más 'amigable y protector' de las inversiones del mundo" (p.22). Dentro de los mecanismos que favorecen los intereses de los inversionistas, se tratará más adelante el llamado Arbitraje supranacional.

4.3.6 Jerarquía Normativa entre las normas del TLC y el Código de Comercio

El Código de Comercio en su estructura no señala explícitamente su incorporación o la aplicación de los tratados internacionales referentes a la materia. Este se refiere explícitamente a los tratados internacionales que no han sido ratificados, a los cuales solo les da la categoría de costumbre mercantil.

Bajo el entendido de la teoría monista de las normas, se entiende que estas cuando son de carácter internacionales y se han introducido en el ordenamiento jurídico, pueden relacionarse con las normas propias del ordenamiento de dos maneras:

1. Como una norma de carácter superior a las normas propias del ordenamiento (carácter fundamental)

2. Como una norma de carácter inferior a las del ordenamiento jurídico en el cual estas se integran

En el caso del TLC, al ser un tratado aprobado mediante la expedición de una ley del Congreso de la Republica, esta se ubica en un nivel intermedio en cuanto a que está al mismo nivel de un contrato y de la costumbre mercantil:

Se evidencia de esta forma que los tratados internacionales sobre derecho comercial que son ratificados por Colombia, hacen parte íntegra de la ley y se ubican entre las leyes comerciales reguladoras y reglamentarias. La ubicación media implica que en algunas ocasiones el tratado ratificado puede tener la función de establecer un marco normativo (regulación) que exige una posterior reglamentación por las normas internas. También puede darse el caso en el cual los tratados comerciales de derecho internacional ratificados sean la reglamentación de una norma reguladora interna por lo cual se ubica en un punto medio que pueda facilitar cualquiera de las dos funciones. (Ureña, 2018)

Esta disposición de carácter jerárquica de las normas de carácter internacional, que derivan en un conjunto de cambios normativos, tienen la capacidad de derogar ya sea de manera parcial o total normas que estén en contraria disposición a las mismas del tratado internacional.

Se entiende entonces, que los tratados internacionales que tengan una naturaleza reguladora, pueden derogar parcial o totalmente normas de características reguladoras o reglamentarias; por otro lado, los tratados internacionales de naturaleza reglamentaria pueden derogar total o parcialmente normas de esta misma naturaleza en el ordenamiento interno.

En lo que se refiere al Tratado de Libre Comercio firmado entre Colombia y Estados Unidos, este tratado se configura como de naturaleza reguladora, por lo que en relación con las exigencias de carácter normativa referente a la modificación de normas del ordenamiento interno, específicamente en lo que este trabajo aborda, la agencia mercantil, se puede derivar que desde el monismo de carácter impuro este tratado puede derogar aquellas normas explicitas en el Código de Comercio.

4.3.7 Sociedad mercantil a la luz del TLC

La observancia de la integración de las normas como resultado de la firma del TLC entre Colombia y Estados Unidos, lleva a definir que desde el aspecto de la teoría normativa de la recepción, bajo la óptica del monismo impuro, las normas de carácter internacional, en relación con la temática comercial, se integran como si fueran propias del sistema la regulación de la actividad comercial.

> Reconoce que tanto el derecho nacional como el internacional deben interactuar de forma dinámica independiente de su fuente jurídica, ubicando las normas en el mismo nivel y generando complementos jurídicos inmediatos. Así, las normas nacionales e internacionales que traten sobre los mismos temas jurídicos deberán ser una sola, pues las teorías antiformalistas del derecho reconocen que los sistemas jurídicos son abiertos y han de ser complementados por múltiples fuentes a través de interpretaciones auténticas permanentes. El mismo impuro trasciende las jerarquías establecidas por las dos vertientes del monismo, pues no es dable acudir primero a una y otra norma, sino que ellas se deben interpretar sistemática y simultáneamente. Este rompimiento de los parámetros establecidos para el monismo desde las teorías tradicionales analizadas, se da como consecuencia de la consolidación de una Teoría Transnacional del Derecho (Perilla, 2016, pp. 405-406)

Colombia y Estados unidos en relación con los temas tratados en el marco de la aplicación del TLC en cuanto a la normativa de la agencia mercantil, el Estado colombiano se comprometió a realizar una serie de modificaciones con el fin de ajustar su normativa a la normas propias de la actividad comercial explicitada en el Tratado:

1. Se debe modificar o al menos derogar las cesantías comerciales las cuales están explicitadas en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

2. Se debe modificar o al menos derogar la indemnización a la finalización del contrato de la que habla el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.
3. Se debe modificar o derogar lo relativo a la exclusividad del agenciado a favor del agente.

Estas modificaciones debieron realizarse por el Estado colombiano en un plazo no mayor de 6 meses, luego de la vigencia del TLC, es decir, el 15 de mayo de 2012; el plazo para este conjunto de modificaciones normativas venció en noviembre 15 de 2012, y cabe señalar que el Congreso Colombiano no ha realizado ninguna modificación, y en el Código de Comercio están explicitadas aún las normas que se deben derogar.

Esta integración de normas, referentes a las explicitadas en el TLC, se han integrado al ordenamiento jurídico por medio de una ley expedida por el Congreso de Colombia; así mismo, el Código de Comercio también vio la luz por una ley expedida por el Congreso de la Republica, por lo que ambas mantienen una misma jerarquía normativa.

En este sentido, ambas normas de igual jerarquía contradicen una temática referente a una actividad económica, por lo que se debe comprender que a la luz del proceso de integración normativo, la normativa referente y expresada en el Tratado, deroga de manera implícita la anterior. Según concepto de la Corte Constitucional:

> Para que sea posible la derogación debe darse por otra de igual o superior jerarquía. Entonces, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una declaración genérica en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con ulterioridad (Sentencia C-901, 2011).

Las normas o los elementos del Código de Comercio que se explicitan como incompatibles en relación con el TLC, fueron modificados y algunos pasaron de ser elementos propios de la agencia mercantil a convertirse en elementos accidentales o eliminados de la figura.

Cuadro Comparativo:

	Antes del TLC	Después del TLC
Elementos Esenciales	Encargo de promover y explotar negocios	Encargo de promover y explotar negocios
	Independencia del agente	Independencia del agente
	Estabilidad	Estabilidad
	Actuación del agente por cuenta del agenciado	Actuación del agente por cuenta del agenciado
	Área de negocio específica	Área de negocio específica
	Zona geográfica delimitada	Zona geográfica delimitada

	Antes del TLC	Después del TLC
	Remuneración a favor del agente	

Elementos Naturales	Exclusividad a favor del agente	Remuneración a favor del agente
	Prestaciones a la terminación del contrato	

	Antes del TLC	Después del TLC
Elementos Accidentales	Término fijo o indefinido	Término fijo o indefinido
	Exclusividad a favor del agenciado	Exclusividad a favor del agenciado

Fuente: Elaboración propia

Con lo anterior, se puede evidenciar la modificación realizada a la luz de la integración normativa de los elementos naturales del contrato de sociedad mercantil. Se entiende que el contrato mantiene su carácter oneroso, pero en lo relativo a la exclusividad, esta se configura como un elemento accidental; esto indica que si no se expresa explícitamente en el contrato, no hay una exclusividad en cuanto a la actividad del agenciado con el agente.

En relación con los elementos antes descritos, como la cesantía comercial explicitada en el artículo 1324 del Código de Comercio y la indemnización por la terminación del contrato, por lógica de la teoría antes expuesta (derogatoria implícita), estas quedan derogadas o eliminadas del ordenamiento, y en su lugar, a la luz de lo expuesto en el TLC se aplicarán los principios del daño emergente y el lucro cesante.

4.3.8 De la cesantía mercantil (caso concreto)

La cesantía mercantil está explicitada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio:

> Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, **fijada por peritos**, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

En palabras de Cadenas (1984), la figura de la cesantía a la luz del legislador busca la protección de altos intereses constitucionales:

> Proteger a los comerciantes nacionales contra los abusos de otros empresarios generalmente extranjeros, con quienes habían celebrado contratos de representación o distribución para promover y vender productos en el territorio colombiano o en determinadas partes de este. Ocurría a menudo que una vez que el comerciante había logrado conquistar una clientela, establecer un mercado, acreditar un producto, el empresario revocaba el contrato, haciendo uso de una facultad consagrada o no en este, y en seguida le concedía a otro comerciante la representación, en condiciones más favorables para aquel, o lo asumía por sí mismo, con graves perjuicios para el comerciante nacional.

La cesantía comercial fue un tema esencial abordado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual expresó con relación a esta:

> La prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta

> evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación.

Posteriormente, la misma corporación acepto que se realice el pago anticipado y periódico de la misma sin generar con esto una violación normativa, siempre y cuando no se violen algunos elementos esenciales en el mismo:

> Se vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló —en la realidad— la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere

El excesivo proteccionismo de la normativa referente a la agencia mercantil dentro del ordenamiento jurídico, es una de las barreras que se señalaron en la configuración del TLC entre Colombia y Estados Unidos, por lo que se estableció que para la aplicación completa y optima del tratado se debía realizar una modificación sustancial al inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio colombiano, el cual corresponde a las cesantía mercantil.

Se estableció por parte de Estados Unidos, que dicha figura no correspondía a las actuales lógicas contractuales, y que la aplicación de la misma generaba incertidumbre frente al monto de dicha prestación y, a su vez, se constituía como un pago doble a favor del agente por sus servicios, los cuales ya eran pagados mediante la comisión. (Lopez, s.f)

En relación con la responsabilidad de los Estados firmantes, esta fue asumida por las dos partes:

> Se comprometieron a que si en sus niveles centrales de Gobierno se mantiene una medida que otorgue un derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una

suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato, esa parte deberá modificar tal medida haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial.

4.4 INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ESTABLECIDOS POR EL TLC EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

4.4.1 Acerca de la solución de controversias

El Gobierno de Colombia se ha referido a las dificultades que comúnmente se presentan en el desarrollo de los tratados internacionales, y la manera como estos mismos tratados establecen normas para los casos en que se presentan conflictos o diferencias entre las partes.

Al respecto, explica tratadista Pallares Bossa (2008) que en las controversias internacionales relacionadas con el intercambio económico internacional, juegan un papel relevante los tribunales arbitrales internacionales, de ahí que de manera particular en el TLC entre EEUU y Colombia se haga mención expresa de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1957 mejor conocido como la Convención de Nueva York y de la Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional de 1975 o Convención de Panamá. Esta práctica se prefiere por la permisividad de ambas partes de participar en la elección de árbitros, el diseño del procedimiento, el derecho aplicable, etc. Según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, respecto al comportamiento de EEUU en materia de tratados, afirma lo siguiente:

> Para los americanos la solución de controversias no tiene en principio gran importancia. Lo ven como algo remoto a lo que finalmente se puede llegar en caso de que las instancias intermedias no surtan efecto Para nosotros, al contrario, siempre que firmamos un contrato o adquirimos un compromiso, lo primero que pensamos es en la controversia que se pueda originar ya sea en su interpretación o en su aplicación y por eso temas como la jurisdicción, competencia, arbitramento, etc. son de especial interés. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2012)

El mismo Ministerio realiza un compendio de los tipos de controversias que se pueden suscitar dentro del desarrollo de los tratados en general. Así el ministerio en mención establece:

> En un tratado como el TLC caben diferentes tipos de controversias. En primer lugar las que se generen entre los Estados. En segundo lugar las controversias entre los particulares y los Estados y finalmente entre particulares. El principio general que soporta el sistema de solución promovido por los Estados Unidos es el de cooperación, a través del cual se busca que las partes lleguen mediante consultas a solucionar de manera satisfactoria los asuntos en disputa.

De igual manera, se refiere a las distintas fases que deben surtirse para llegar a la solución de los conflictos: consultiva; Intervención de la Comisión de Libre Comercio; e intervención del Panel Arbitral. Sin embargo, advierte el organismo sobre la dificultad de que esta estrategia de solución resulte eficaz dentro del contexto de los tratados internacionales. Al respecto, asegura:

> La característica predominante es la de que no se produce una solución con carácter vinculante u obligatorio para las partes. Ello le resta seguridad al proceso y lo puede hacer inútil y dispendioso, lo cual tiene que ver con el costo que conlleva para las partes, en especial para nuestros gobiernos y empresas. Expresamente se han exceptuado las controversias referentes a las prácticas desleales de comercio como el "dumping" remitiéndolas a las legislaciones nacionales. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2012)

Respecto al tema de la inversión, que es quizá uno de los más neurálgicos en los acuerdos comerciales entre países, se puede afirmar que el TLC entre Colombia y Estados Unidos es más un acuerdo de inversión que un acuerdo de comercio, debido a las particularidades que ha tenido la relación comercial entre ambos países, signada por la pretensión de los Estados Unidos de mantener sus filiales comerciales en diversos países del mundo. Sobre este tema, el ministerio ha dicho:

> Otro tema de gran trascendencia es el referente a la inversión. Con relación a esta existen pautas específicas que van desde la intervención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -Ciadi- y de las Naciones Unidas sobre derecho mercantil, hasta los tribunales nacionales del país anfitrión.
>
> Además del capítulo específico sobre inversión extranjera del temario de la negociación en este también se incluyen normas relacionadas con las disputas que se puedan originar por lo cual adquieren una especial connotación. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2012)

Para el Gobierno colombiano, en suma, se requiere mucha más certeza y estabilidad en los instrumentos acordados para la solución de controversias. Debe, asimismo, adecuarse la legislación interna, así como impartirse la debida preparación de los árbitros y miembros de las Comisiones designadas para el caso, a fin de adaptarse plenamente a las nuevas realidades jurídicas. Por último, se debe fortalecer todos aquellos aspectos tendientes a propiciar la inversión extranjera en Colombia.

Por otra parte, la supranacionalización de los litigios o arbitraje supranacional, tal como lo aseveran Hawkins y García (2014), "(…) otorga a los inversionistas extranjeros unas protecciones especiales para cuando se presente cualquier disputa o controversia" (p.23). Y terminan estos autores lanzando una advertencia con relación a esta figura jurídica, al afirmar que: "(…) ha generado grandes

controversias políticas con respecto a los fallos del arbitraje que, en la mayoría de los casos, adoptan una perspectiva puramente económica, atropellando los intereses de comunidades afectadas, y favoreciendo la búsqueda de generar ganancias materiales privadas" (p.23).

4.4.2 Instrumentos de solución de controversias establecidos en el TLC

Según el analista Gabriel Ibarra Pardo (2012), el éxito o el fracaso de un tratado internacional depende de los mecanismos encaminados a garantizar su funcionamiento, pues estos van a permitir el cumplimiento cabal de los compromisos pactados por las partes. Ibarra Pardo atribuye la frecuente falta de consistencia de estos mecanismos a la precariedad del carácter coercible de las normas que conforman este sistema.

Dentro de las disposiciones específicas establecidas en el TLC entre Colombia y Estados Unidos para tal efecto, es preciso mencionar el artículo 21.2 del tratado, que reza: "se aplicarán a la prevención o a la solución de las controversias entre las Partes, relativas a la interpretación o aplicación de este Acuerdo", las cuales pueden ser de tres tipos:

- Cuando una parte (Estado), desarrolla un proyecto incompatible con las actividades reguladas por el tratado.
- Cuando una parte incumple las obligaciones taxativas en el tratado.
- Beneficios esperados y no recibidos en consecuencia de una medida de la otra parte contratante:

  Un beneficio que la parte razonable pudiera haber esperado recibir bajo el capítulo Dos (Trato Nacional y Acceso a Mercados y Bienes), Tres, (Textiles y Vestidos), Cuatro (Reglas de Origen y Procedimiento de Origen), Nueve, (Contratación Pública), Once (Comercio Fronterizo de Servicios), o Dieciséis, (Propiedad Intelectual), este siendo anulado o menoscabado por una medida

> adoptada por otra Parte que no es incompatible con este Acuerdo. (Tratado de Libre Comercio, art 21.2)

Ibarra Pardo enumera las características del procedimiento que establece el TLC, las cuales se pasarán a desarrollar a continuación.

En primer lugar, la parte demandante puede definir el foro en el que se pretende buscar solucionar las controversias respectivas, tal como está establecido en el artículo 21.3 del Tratado, al igual que la naturaleza excluyente del foro seleccionado:

> En caso de cualquier controversia que surja bajo este Acuerdo y bajo otros Tratado de Libre Comercio en que las partes contendientes pertenezcan al acuerdo o al OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro para resolver la controversia.
>
> Una vez que la parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un panel al amparo del acuerdo al que se hace referencia al párrafo 1. El foro elegido es excluyente a los demás. (Tratado de Libre Comercio, art 21.3)

En el caso en que las partes no alcancen a solucionar sus conflictos, es procedente la conformación de una comisión integrada por representantes del nivel ministerial de las partes. Según el numeral 4° del artículo 21.5 del tratado:

> Salvo que decida otra cosa la Comisión se reunirá a los diez días siguientes a la entrega de la solicitud, y se avocara sin demora a la solución de la controversia. Con el fin de ayudar a las Partes a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la Controversia, la Comisión podrá:
>
> 1. Convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que consideren necesarios.
> 2. Recurrir a los buenos oficios, la conciliación y la mediación.
> 3. Formular recomendaciones.

Si agotada esta etapa, las partes no logran llegar a un acuerdo, se establecerá un panel con tres árbitros, la cual estará conformada por tres miembros de cada país en disputa y dos de diferente nacionalidad, al igual Tratado de Libre Comercio de

América del Norte (TLCAN), el panel debe dictaminar si hay incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de los miembros, así como impartir las recomendaciones del caso (Ibarra, 2012).

Sobre lo tratado en el artículo 21.15 del TLC explícitamente en su numeral 2º en referencia al cumplimiento de las disposiciones emanadas de la comisión:

> Al recibir el informe final de un panel, las Partes contendientes acordarán la solución de la controversia, la cual normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel, si las hay.
>
> Si en su informe final el panel determina que una Parte contendiente no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Acuerdo o que la medida de una Parte contendiente causa anulación o menoscabo en el sentido del artículo 21.2, la solución será, siempre que sea posible, eliminar la no conformidad o la anulación o menoscabo.

Por otra parte, ante el caso de que las partes no logren llegar a un consenso en relación con la solución al incumplimiento, podrán iniciar negociaciones para establecer una compensación que pueda favorecer los intereses de las partes en disputa. En el caso de que esto no funcione, el reclamante notificará a su contraparte la intención de suspender beneficios con igual efecto.

En todo caso, el numeral 6° del artículo 21.16 estipula que no se podrán suspender beneficios si la parte demandada comunica su intención de pagar una contribución pecuniaria anual:

> 7. Salvo que la Comisión decida algo distinto, la contribución monetaria se pagará a la Parte reclamante en dólares de Estados Unidos, o un monto equivalente en moneda de la Parte demandada, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los 60 días posteriores a la fecha en que la Parte demandada notifique su intención de pagar dicha contribución monetaria. Cuando lo ameriten las circunstancias, la Comisión podrá decidir que la contribución monetaria se pague a un fondo que ella misma establecerá y que se utilizará, bajo su dirección, en iniciativas apropiadas para facilitar el

comercio entre las Partes, incluyendo iniciativas orientadas a una mayor reducción de obstáculos injustificados al comercio o a ayudar a una Parte contendiente a cumplir sus obligaciones conforme a este Acuerdo.

8. Si la Parte demandada no paga la contribución monetaria, la Parte reclamante podrá suspender beneficios a la Parte demandada de acuerdo con el párrafo 4.

Por lo expuesto, en la hipótesis de un incumplimiento de las obligaciones del tratado, el fallo no se aplicaría de manera automática, sino que sería menester que las partes inicien un proceso de negociación en torno a una eventual solución.

Sin embargo, en el marco de las negociaciones de los TLC, el tiempo de suscripción puede ser amplio, como se evidenció en el caso de los Servicios de transporte transfronterizo entre EE UU y México, en donde las partes tardaron más de una década en concretar una solución a la controversia suscitada por parte de los Estados Unidos al no cumplir algunas obligaciones emanadas del TLCAN

En efecto, en el informe final del 5 de febrero del 2001 “El Panel recomienda que Estados Unidos lleve a cabo las acciones necesarias para que sus prácticas (…) cumplan con sus obligaciones”. No obstante lo anterior, solo fue hasta el 6 de julio del 2011 que las partes suscribieron un memorándum de entendimiento con el objetivo de finalizar esa larga diferencia.

Los procesos regulados por el TLC celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, no se ha perfeccionado en su totalidad, aún falta subsanar algunas inconsistencias dentro de los regímenes de transición, en algunos casos en la aplicación de tratados de libre comercio firmado por los Estados Unidos con otros Estados, sean presentado negociaciones subsiguientes en el marco del sistema implementado por el mismo tratado para la solución de esas controversias originadas por la transición de regímenes normativos.

La solución de controversias en torno al TLC no representa un punto importante para Estados Unidos, pues la lógica de sus relaciones económicas señala que

prefieren la solución directa de los problemas, y los procesos de resolución de conflictos son algo accidental al cual casi nunca se llegan a abordar.

El principal objetivo de la implantación de un conjunto de procedimientos establecidos destinados a la resolución de conflictos, radica en que existe un marco jurídico claro, en cuanto a los compromisos asumidos por las partes en el tratado.

Estos procedimientos se configuran como herramientas que buscan eliminar la arbitrariedad de las relaciones económicas entre los Estados, y garantiza que las medidas que estos adopten sean en derecho y bajo una coherente normativa conocida por las partes contratantes.

La automaticidad del sistema de resolución de conflictos es pieza clave, la división de instancias además de los plazos fijos en cada una, aseguran la celeridad de las mismas, además que los resultados de los procesos no se dilataran de manera excesiva brindando una protección a los derechos de la parte afectada.

Se debe enfatizar en las fórmulas de resolución de conflictos incluidas en el TLC, estas están diseñadas para que las partes tengan una participación activa, estas en todo momento pueden crear soluciones a las controversias, por lo que al ser una solución construida por las partes, esta puede ser mantenida por un periodo de tiempo indeterminado preferiblemente a las soluciones impuestas.

Cabe destacar en este punto, algunos apartados innovadores y novísimos en cuanto a la resolución de conflictos presentes en el TLC, los Estados partes pueden demandar proyectos de otros Estados, aunque estos aun no estén en una fase ejecutoria, además de una forma de compensación de carácter pecuniaria, la cual no se tiene hasta ahora información de su utilización.

4.4.3 Ley 1563 del 2012

En lo que respecta a la regulación del arbitraje de carácter internacional desde la normativa nacional, esta primeramente estaba regulada por el artículo 48 del

Decreto 2279 de 1989, el cual abría la posibilidad de un proceso de arbitraje de carácter internacional:

Este decreto posteriormente fue derogado por la Ley 23 de 1991; a su vez, esta ley fue derogada por la Ley 315 de 1996, la cual desarrolló el proceso del arbitraje internacional en no más de cinco artículos, por lo que dejaba muchos vacíos e inconsistencias en torno a la temática.

La presente Ley 1563 del 2012, deroga la anterior Ley 315 de 1996, y desarrolla los procesos relacionados con el arbitraje de carácter internacional de una forma más completa y estructurada, siguiendo los parámetros la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Los resultados de la modificación de las normas relacionadas con el arbitraje internacional, así como la creación de una normativa específica y directamente competente con esos asuntos, desembocan en dos grandes avances en cuanto a la aplicación del arbitraje internacional:

- La estructuración de una ley que esté más acorde con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Un modelo de naturaleza pragmática y adaptable a las necesidades propias que puedan abordar las dinámicas del comercio actual, esto con el objetivo de volver la actividad mercantil colombiano más competitiva y presente en el mercado mundial.

4.4.4 formas de arbitraje en la Ley 1563 de 2012

Existen dentro de la formulación de la Ley 1563, dos formas en el desarrollo del proceso arbitral de carácter internacional, denominados ad-hoc, si es establecido

por las partes, en cuanto a los árbitros que van a conducir el proceso, o institucional, cuando en el contrato de las partes, no se encuentra explicitada ninguna directriz en cuanto a los árbitros si se presenta una controversia legal.

Sobre las entidades públicas, respecto a la escogencia de los árbitros:

> Cuando el objeto de las controversias sea sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el trámite se adelantará teniendo en cuenta las reglas señaladas en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional para el arbitraje institucional

4.4.5 Arbitraje internacional en la Ley 1563 de 2012

La Ley 1563, en su artículo 62, establece que para que un proceso de arbitraje se considera de carácter internacional deben presentarse las siguientes características:

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.

c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Seguidamente, en el artículo 64, se establecen los criterios de aplicación e interpretación del arbitraje internacional: se debe tener como base la buena fe, la uniformidad y los tratados y acuerdos establecidos por las partes al momento de aplicar la ley.

La presente ley también define en su articulado el concepto de arbitraje internacional; así, el artículo 69 que explicita el concepto, está basado en el concepto explicitado en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo al acuerdo de arbitraje.

Expresa el artículo 69 el concepto de arbitraje internacional como:

> Por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.

Posteriormente, se define la naturaleza de los representantes de las partes, y de la conformación del tribunal arbitral; en efecto, el artículo 73 establece que los representantes de las partes que integran el proceso, no tienen que ser abogados, ni poseer la nacionalidad de sus representados. Define, también, la naturaleza de la elección de los árbitros:

> Artículo 73.*Nombramiento de los árbitros.* En el nombramiento de árbitros en el arbitraje internacional:
>
> 1. La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
>
> 2. Los árbitros podrán ser o no abogados, a elección de las partes.
>
> 3. Para representar a las partes ante el tribunal arbitral no es necesaria la habilitación como abogado en el lugar de la sede del arbitraje, ni tener dicha nacionalidad.

4. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación del árbitro o los árbitros.

5. A falta de acuerdo:

a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes;

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero dentro de los treinta (30) días contados desde la comunicación de su nombramiento, la designación será hecha por la autoridad judicial, a petición de cualquiera de ellas.

6. Cuando en un trámite de nombramiento convenido por las partes:

a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho trámite; o

b) Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado trámite; o

c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla la función correspondiente, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

7. Al nombrar un árbitro, la autoridad judicial tendrá en cuenta las condiciones de este requeridas por las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de persona independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, apreciará la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

8. Ninguna decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 5, 6 o 7 del presente artículo a la autoridad judicial tendrá recurso alguno**.**

El artículo 79 de la presente ley, define el principio de “kompetenz-kompetenz”, o la capacidad del tribunal de arbitramiento para pronunciarse y definir su competencia en relación con la cuestión tratada. Cabe destacar que este principio también se encuentra explicitado en el artículo 30 de la misma ley, en la parte referida al arbitraje de carácter nacional.

En lo que respecta a las medidas cautelares, estas se encuentran explicitadas en los artículos del 80 al 90, dentro de los cuales es esencial resaltar, la posibilidad de la parte en pedir a la autoridad judicial, que mantenga el estado de cosas y que incluso invite a la otra parte a no realizar ninguna acción que pueda afectar las medidas cautelares solicitadas por la parte contraria. Posteriormente, el artículo 100, en torno a los procesos de obtención de pruebas, permite a las partes por medio de previa autorización de los árbitros, pedir ayuda a otros órganos judiciales para procesos frente a la obtención de pruebas.

Referente al recurso de anulación del laudo arbitral, este se encuentra explicitado en los artículos del articulo 107 al 110, estos artículos disponen que el recurso de anulación es el único recurso que existe en el marco del arbitraje de carácter internacional, se establece de la misma manera el lapso de tiempo para interponerlo el cual debe ser dentro del mes siguiente a la notificación del laudo, el cual debe ser sustentado debe explicar de manera explícita las causales de anulación invocadas:

Artículo 108.*Causales de anulación.* La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o

b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

c) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,

b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

Se establece en los artículos antes citados, el tiempo de traslado de este a la contraparte, el cual no será mayor de un mes. Al día siguiente del vencimiento del término, se le pasará el expediente al tribunal arbitral y estos en no más de dos meses deben resolver dicho recurso. Se define que no importa el país de origen del laudo, y que este será válido en cualquier lugar donde se encuentre la parte; igualmente, si este es expedido en Colombia no se necesita el proceso de revisión, solo en el caso de que en el proceso se renuncie al recurso de anulación.

En relación con las normas antes analizadas, es menester definir cuál es el contenido que debe aparecer en una cláusula compromisoria que pretenda definir dentro de este proceso una controversia internacional:

1. Se debe primeramente identificar las partes que harán parte del proceso de conciliación internacional.
2. Debe determinar cuáles son los conflictos que se desean resolver mediante el tribunal de arbitraje internacional, sin olvidar que en el punto pueden adoptar un criterio amplio que someta al conocimiento de los árbitros todos los conflictos que surjan en su relación, o solamente algunos de estos, en cuyo caso establecerán con precisión cuales son.
3. Se establecerá dentro de la cláusula, la institución o la persona que servirán de árbitro en cuanto al desarrollo de la controversia.
4. Se establecerá el número de árbitros.
5. El lugar donde se desarrollara el tribunal.
6. El idioma oficial del proceso de arbitraje.
7. Procedimiento al cual los árbitros deberán acogerse, ejemplo de esto puede ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la ley 1563 o el reglamento interno de algún centro de arbitraje.

Estos elementos configuran el marco de acción del proceso arbitral de los partícipes internacionales de la controversia abordada, los cuales dan un poco de espacio para la configuración de los procesos propios del arbitramento, lo que permite en ciertos aspectos a los participantes de las controversias dos puntos:

- Ser ellos mismos los que configuren en gran medida los elementos propios del proceso de arbitraje.
- Participar activamente en los procesos que están destinados en los procesos propios del arbitraje.

5. CONCLUSIONES

A continuación se expondrá una síntesis de los fenómenos que forman parte del tema abordado en este trabajo:

1. La globalización es un fenómeno propio del siglo XX y XXI, la cual se caracteriza por la interacción económica de naturaleza extra-jurisdiccional, lo que quiere decir ya no sigue la lógica interna de los Estados.

2. La homogenización de las normas de las jurisdicciones internas a herramientas de jurisdicción internacional, es un paso obligado del derecho en el marco del desarrollo de los procesos globalizantes.

3. El TLC se configura como una herramienta de carácter internacional con el fin de integrar y homogenizar normas de jurídico-económicas en torno a Estados contratantes, esto con el fin de brindar seguridad jurídica en cuanto a las actividades económicas.

4. En el marco de los compromisos adquiridos en cuanto a la aplicación del TLC el gobierno colombiano, debió realizar modificaciones a la normativa referente a las sociedades extranjeras, las cuales no ha realizado.

5. Colombia homogeniza la regulación en torno a las sociedades extranjeras de manera indirecta, no realiza ningún cambio normativo de las mismas, sino que adopta una serie de principios de protección de la inversión extranjera y los aplica a dichas figuras para aplicar una estructura configurativa de carácter internacional diferenciada.

6. Los TLC incorporan principios propios en la protección de la inversión extranjera, y al mismo tiempo un conjunto de herramientas diversas para la resolución de conflictos.

Estos seis puntos configuran a grandes rasgos el panorama de los alcances que ha tenido la implementación del TLC entre Colombia y Estados Unidos.

Cabe anotar que el balance de esta experiencia, de acuerdo con la mayoría de analistas, ha dejado más sinsabores que ganancias para Colombia. En efecto, cumplidos ya seis años de la entrada en vigencia de este tratado, las cifras oficiales son desesperanzadoras: desde 2014 la balanza comercial se ha vuelto deficitaria, en comparación con el superávit experimentado entre 1999 y 2013, y las exportaciones han permanecido con un crecimiento inestable, con excepción del periodo 2016-2017 (Portafolio, 2018).

Desde el punto de vista de la adecuación de la normatividad interna en relación con la legislación internacional, aún el país se mantiene a la espera de una transformación radical que pueda crear anticuerpos contra el alto grado de vulnerabilidad que se tiene frente a los inversionistas extranjeros, y la enorme ventaja en todos los niveles que estos tienen en lo relativo a los beneficios obtenidos gracias al acuerdo.

6. REFERENCIAS

Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia [TLC]. (2012). Recuperado de: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/723/resumen_del_tratado_de_libre_comercio_entre_colombia_y_estados_unidos

Alonso, J. (2017) La globalización de la Economía. *Diario 16.* Recuperado de: http://diario16.com/la-globalizacion-la-economia/

Amestoy Alonso, J. (2005). Aproximación al estudio del subdesarrollo, globalización, pobreza y hambre en el mundo. Recuperado de: http://www.ingeba.org/lurralde/lurranet/lur28/28amez/amez28.htm

Banco de Comercio Exterior de Colombia. (2012). ABC del TLC. Recuperado de: http://www.bancoldex.com/documentos/3763_TLC_LR_04.pdf

Beck, U. (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona, Paidós.

Clerc, C. (2013). El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores.

Decreto 1299 (1971). Por el cual se pone en vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías del Acuerdo de Cartagena. Diario oficial año cviii. N. 33377. 4, agosto, 1971.

Decreto 410. (1971) Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Decreto 444. (1967) Sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior. Diario oficial. Año cii. n. 32189. 6, abril, 1967.

González, M. (2013). La lex mercatoria como fuente del derecho internacional. Revista CES DERECHO, Volumen 4 No.2 Julio-Diciembre / 2013.

Hawkins, D. y García, N. (2014). La apertura económica y los tratados de libre comercio en Colombia 2014. Recuperado de: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/ens/20150216051823/Documento_N__97_TLC_IED.pdf

Ibarra Pardo, G. (2012). Sistema de solución de controversias en el TLC Colombia-EEUU. Recuperado de: https://www.ambitojuridico.com/noticias/relaciones-exteriores-e-internacional/sistema-de-solucion-de-controversias-en-el-tlc

La República. (2014). Tratados comerciales y turismo hacen que la región Caribe sea la más valorizada. Revista Virtual. Recuperado de: https://www.larepublica.co/economia/tratados-comerciales-y-turismo-hacen-que-la-region-caribe-sea-la-mas-valorizada-2099976

Ley 222 (1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.

Ley 33. (1992) Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional", firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1989. Diario oficial. Año cxxvii. N. 39634. 17, enero, 1991.

Ley 84. (1873) Código civil de los estados unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

Ley 9. (1991) Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias.

Londoño, F. (2013) El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Estados Unidos y los Beneficios para los Exportadores Colombiano. Recuperado de: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11398/1/UNA%20VISION%20DEL%20TLC%20ENTRE%20COLOMBIA%20Y%20EE.UU%20.pdf

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2012). Recuperado de: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/12764/la_solucion_de_controversias

Ministerio Exterior y de Turismo Perú. Lo que debemos saber de los Acuerdos Comerciales (Algunos también llamados "TLC"). Recuperado de: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=48:lo-que-debemos-saber-de-los-tlc&catid=44:lo-que-debemos-saber-de-los-tlc

MONCLÚS, A. (Coord.) (2001). Educación para el desarrollo y cooperación internacional. Complutense: Madrid.

Olmos, R. (2006) La política comercial y el tratado de libre comercio con los Estados Unidos. Recuperado de: http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/viewFile/762/1297

Organización Mundial del Comercio. (1996) Comunicado de prensa 57.

Perilla, J. S. A. (2015a). Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial. Revista de Derecho Privado, 53. doi: 10.15425/ REDEpRIv.53.2015.03. Recuperado de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri481.pdf

Portafolio. (2011). Beneficios del TLC entre Colombia y Estados Unidos.

Portafolio. (2011) ¿Qué es la Inversión Extranjera Directa? Recuperado de: https://www.portafolio.co/economia/finanzas/inversion-extranjera-directa-278536

Portafolio (2018). Balance agridulce en seis años del TLC con Estados Unidos. Recuperado de: https://www.portafolio.co/economia/balance-agridulce-en-seis-anos-del-tlc-con-estados-unidos-516796

Resolución 51 (1991). Por la cual se hacen ajustes al Estatuto de Inversiones Internacionales. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.

Rupérez, F. (2001). Preparar el futuro: la educación ante los desafíos de la globalización. Muralla: Madrid.

Súper Intendencia de Sociedades. (2003) Resolución: 220-1218. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/7655.pdf

Toro J., Alonso G., Esguerra P., Garrido D., Iregui A., Montes E., Ramírez J. (2010). El Impacto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC) en la Balanza de Pagos hasta 2010. Recuperado de: http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra362.pdf

Ureña, R. (2015). Derecho Internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.

Valle, H. (2011). LA ADAPTACIÓN LEGAL DE LAS AGENCIAS MERCANTILES INTERNACIONALES COMO NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA "características, elementos y efectos jurídicos de la ratificación DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS como sistema normativo uniforme válido". REVISTA JURÍDICA MARIO ALARIO D´FILIPPO. Vol 3 (2).

Salgado Figueroa, E. (2015) El control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial. (Y.Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo,* VII (13), pág. 64-78

Pallares Bossa, J., Carrillo de la Rosa, Y., Quintero Lyons, J. Hernandez Tous, A. (2008) SOLUCION DE CONFLICTOS NACIONALES E INTERNACIONALES TOMO I