

**INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL
DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO:**

**“ANALISIS DEL IMPACTO DEL TLC (COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS)
EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL”**

CERYS DEL CARMEN MONTES DÍAZ

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y AMINISTRATIVAS
PROGRAMA DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.**

2008

**INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL
DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO:**

**“ANALISIS DEL IMPACTO DEL TLC (COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS)
EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL”**

MONTES D, CERY S DEL C.

**Trabajo de Grado, presentado para optar al Título de Profesional en Finanzas
y Negocios Internacionales.**

Director

HENRY VALLE BENEDETTY

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y AMINISTRATIVAS
PROGRAMA DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.**

2008

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del jurado

Firma del Jurado

**A Dios, a mis padres, mi familia, mis maestros y
a todas las personas que influyeron en mi vida
y que cada día me ayudan a ser mejor.**

AGRADECIMIENTOS

Gracias Dios, por ser la luz que guía mi camino. Gracias por llenarme con tu espíritu de sabiduría, inteligencia, tenacidad y paciencia. Gracias por darme la oportunidad de realizar este trabajo y aun más por darme la satisfacción de haberlo concluido a pesar de los inconvenientes y las dificultades.

A mi mamá por estar siempre conmigo, educándome para ser cada día mejor y para darme fuerzas para no desfallecer en el camino, gracias por los valores que me enseñas, los cuales hacen de mi una mejor persona.

A mi papá, hermanos y demás familiares que han deseado lo mejor para mí y han contribuido a mi crecimiento personal.

A mi asesor y director del proyecto, Henry Valle Benedetti, que creyó en mi capacidad para desarrollar este tema y que con su motivación, orientaciones y valiosos aportes fue una clave fundamental para culminar con éxito este trabajo.

A mi novio, amigos y compañeros gracias por el apoyo, la confianza y el cariño que me han brindado. Gracias por creer en mí.

Cartagena de Indias, D.T.Y C., Abril 15 de 2008

Señores:

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
PROGRAMAS DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
COMITÉ EVALUADOR TRABAJOS DE GRADO

La ciudad.

Apreciados Señores:

Por medio de la presente, me permito someter a su consideración la propuesta formal de trabajo de grado titulado “**INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO: ANALISIS DEL IMPACTO DEL TLC (COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS) EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL**”, de la señorita CERYS MONTES DIAZ, para optar el título de Profesional en Finanzas y Negocios Internacionales, en el que me desempeñe cumpliendo la función de asesor.

Atentamente,

Henry Valle Benedetti

Asesor

Cartagena de Indias, D.T. Y C., Abril 15 de 2008

Señores:

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
PROGRAMA FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
COMITÉ EVALUADOR TRABAJOS DE GRADO

La ciudad.

Apreciados Señores:

Por medio de la presente, me permito someter a su consideración la propuesta formal de trabajo de grado titulado **“INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO: ANALISIS DEL IMPACTO DEL TLC (COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS) EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL”**, para optar el título de Profesional en Finanzas y Negocios Internacionales.

Atentamente,

Cerys Montes Diaz

Cartagena de Indias, D.T. Y C., Abril 15 de 2008

Señores:

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
PROGRAMAS DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
COMITÉ EVALUADOR TRABAJOS DE GRADO.

La ciudad.

Apreciados Señores:

Por medio de la presente, yo, CERYS DEL CARMEN MONTES DÍAZ identificado con cedula de ciudadanía numero 45.748.243 expedida en Turbaco-Bolívar, autorizo que el trabajo de grado titulado **“INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO: ANALISIS DEL IMPACTO DEL TLC (COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS) EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.”**, de mi autoría, sea utilizado por la Universidad Tecnológica de Bolívar e igualmente sea publicada en el catalogo online.

Atentamente,

Cerys Del Carmen Montes Diaz

C.C.45.748.243 de Turbaco-Bolívar

CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCION

0	ANTEPROYECTO.....	6
0.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
0.1.1	Descripción del problema.....	6
0.1.2	Formulación del problema.....	8
0.2	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
0.2.1	Objetivo general.....	8
0.2.2	Objetivos específicos.....	9
0.3	JUSTIFICACIÓN.....	9
0.4	ESTADO DEL ARTE.....	10
0.4.1	Marco conceptual.....	10
0.4.2	Marco teórico.....	16
0.5	DISEÑO METODOLÓGICO.....	17
0.5.1	Tipo de investigación.....	17
0.5.2	Fuentes de Información.....	18
1	EL DERECHO DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL.....	19
1.1	CONTRATO DE JOINT VENTURE.....	24
1.2	CONTRATO DE FRANQUICIA.....	26
1.3	CONTRATO DE CONCESIÓN.....	29
2	LA AGENCIA COMERCIAL.....	32
2.1	LEGISLACION COLOMBIANA.....	35
2.2	LEGISLACION ESTADOS UNIDOS.....	42

3	CONSTITUCION DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.....	47
	3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.....	47
	3.1.1 Internacionalización e integración.....	48
	3.1.2 Fines del Estado y fines de los TLC.....	50
	3.1.3 Principios que regulan las relaciones exteriores aplicables a los TLC.....	52
4	EVOLUCION DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO COLOMBIA- ESTADOS UNIDOS.....	54
	4.1 EL CASO DE LA AGENCIA EN EL TRATADO.....	59
5	SECTORES EMPRESARIALES DEL PAÍS QUE UTILIZAN LA AGENCIA COMERCIAL COMO MECANISMO DE DISTRIBUCION Y LA INCIDENCIA DEL TLC EN ELLOS.....	64
	CONCLUSIONES.....	66
	RECOMENDACIONES.....	69
	BIBLIOGRAFÍA.....	71
	ANEXOS.....	75

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A. MODELO DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.....76

**ANEXO B. CUADRO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE AGENCIA
COMERCIAL Y CONTRATOS DE INTERMEDIACION.....79**

ANEXO C. CASO AGENCIA COMERCIAL EN COLOMBIA.....80

ANEXO D. SENTENCIAS C-750 Y C-751 DEL 24 DE JULIO DE 2008.....85

RESUMEN

En este trabajo de grado se observará el desarrollo de la investigación acerca de una figura muy usada de Distribución Comercial, la cual se encuentra entre los contratos de colaboración más usados, y que recientemente ha dado mucho de qué hablar en cuanto a las modificaciones que se pretende que se den al firmar un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

La Agencia Comercial se ubica conceptualmente en uno de los anexos del capítulo de inversión del TLC de Colombia con Estados Unidos, y además esta figura denota una gran importancia entre el comercio de servicios transfronterizos, por lo tanto se convierte en una pieza clave de investigación ya que se supone deben darse cambios sustanciales en la legislación que rige este tipo de contratos en el país.

Lo cual se hará con el fin de armonizar las leyes, ya que, al realizar un análisis comparado de las figuras en los dos países tratantes se presentan una serie de diferencias, las cuales, en caso de persistir, podrían traer complicaciones al empezar el uso de estos contratos entre los Estados, ya que no se sabría cuál ley aplicar y cómo fallar en caso de algún conflicto.

Palabras claves: agencia comercial, contratos de distribución o colaboración, armonía, jurisprudencia, legislación, Agency, partnership, uniformidad.

INTRODUCCION

Como bien sabemos, así como el hombre no puede sobrevivir solo en el mundo, de la misma forma los países deben aliarse estratégicamente y crear entre ellos relaciones comerciales que faciliten la cooperación y que mejoren la calidad de vida de todos sus habitantes.

Con base en lo anterior se dio la globalización, un proceso de apertura económica y de fronteras, por medio del cual se estrecharon las relaciones comerciales, económicas, políticas, financieras y otras, entre países. Esto logra mejorar la distribución de bienes y servicios sin muchas barreras que impidan el aislamiento de las naciones.

Y, tal como lo establece el premio Nobel de la economía del 2001 Joseph E. Stiglitz, *“la globalización, fundamentalmente, es la integración más estrecha de los países y de los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) de personas a través de las fronteras”*¹

¹ STIGLITZ, Joseph E. “El malestar de la globalización”. Ed. Novos S.A., Bogotá D.C., Colombia, julio de 2002. Pág. 34

En los países en vías de desarrollo, este proceso ha llegado a transformar la manera de realizar negocios entre Estados. Y se han creado varios sistemas de agilizar este intercambio sin llegar a causar grandes traumatismos, como ejemplo acuerdos arancelarios, tratados de libre comercio, entre otros.

“Los tratados de libre comercio (TLC) son acuerdos comerciales que permiten reglamentar el intercambio entre los países, con el fin de incrementar los flujos de comercio e inversión y, por esa vía, impulsar su desarrollo económico y social.”...²

Así mismo observamos que este comercio transfronterizo no solo se da en productos o bienes tangibles, también se reviste de mucha importancia el comercio de servicios, entre los cuales se observa un alto crecimiento en esta última década y además en los países en vía de desarrollo, y dentro del cual se encuentra ubicada la distribución comercial, como mecanismo para posicionar en mercados internacionales los bienes producidos en un país y de esta manera facilitar su llegada al consumidor final.

Los contratos de distribución comercial, han ganado mucho mercado por la función tan importante que representan para la cadena comercial, entendiendo

² Tomado de <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=4067&IDCompany=37&Profile>

la distribución como la forma de hacer llegar al público y/o consumidor en general un bien producido, la mayoría de estos contratos se van a ver afectados en una u otra forma por el Tratado de libre Comercio que está negociando Colombia con E.U. Uno de los puntos más sensibles al respecto es el contrato de agencia comercial, la cual es un instrumento para hacer efectiva la distribución y para que la comercialización se lleve a cabo de manera armoniosa, equilibrada organizada.³

En Colombia en este momento se respira un clima de cierta incertidumbre por el TLC con Estados Unidos, a raíz de los desacuerdos que todavía existen y la falta de concertación del mismo. La mayoría de las empresas que funcionan como intermediarias en el mercado para que sus productos lleguen al consumidor final, son empresas pequeñas y medianas, que contribuyen con la economía del país, que generan empleos que pagan impuestos, y que, obviamente, necesitan que se hagan unas buenas negociaciones en las cuales las ganancias sean de igual a igual, y que en la medida que se modifiquen las leyes colombianas, esto no perjudique el crecimiento del país y el bienestar de todos en él.

En consecuencia, los cambios propuestos para la legislación colombiana en las rondas de negociación a cerca de esta figura han generado toda serie de

³ ARRUBLA, Jaime Alberto. El TLC y el Derecho de la Distribución Comercial. 1º Ed, 2006. Págs. 263,264

controversias en el ámbito empresarial y comercial del país, argumentándose, tal como está descrito anteriormente, que en el caso de que esos cambios entren en vigencia los mayores damnificados serán, sin duda alguna, los empresarios Colombianos, tal como expresa la Senadora MORENO PIRAQUIVE “Aceptar este tipo de propuestas es poner a nuestras empresas en un estado de vulnerabilidad, no se puede mostrar el tema de las agencias comerciales como el gran desastre de la ley colombiana”⁴.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el TLC se firme con esas variaciones, la situación se torna aun más delicada, debido a que el organismo que regiría el acuerdo bilateral sería la OMC, el cual es de carácter supranacional, tal como se enmarca en las siguientes líneas “Al llegar a firmar el TLC con una concesión de este tipo, el Congreso estaría obligado a aprobar la modificación al Código del Comercio, pues, un incumplimiento de este Tratado llevaría a demandas en organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio”⁵

Sin embargo, no todo está dicho y aunque las mesas de negociación ya concluyeron, el paso a seguir era la aprobación por parte de los Congresos de cada Estado, en Estados Unidos no se le dio vía libre al presente acuerdo. Sin

⁴ MORENO PIRAQUIVE, Alexandra. Propuesta para acabar con la figura de Agenciamiento Comercial, perjudicaría a las empresas Colombianas de servicios. Senado de la República de Colombia. http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20051011/pags/20051011200133.html. 2005

⁵ *Ibidem*.

embargo este resultado ha generado todo tipo de especulaciones las cuales han concluido en afirmar que “Todavía nada está dicho”

Esta es la razón de ser del presente documento, el cual busca indagar sobre las consecuencias económicas y jurídicas de dicha negociación en este tema, resaltar la importancia de los contratos de distribución en el comercio mundial e intentar explicar la importancia de este acuerdo para el país y a la vez la incidencia que tiene el TLC en la Agencia Comercial como un sistema de crear nuevas sociedades.

0.0 ANTEPROYECTO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

0.1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En todos los países del mundo tener acuerdos comerciales que faciliten la relación comercial entre unos otros se hace cada vez mas imperativo, por todo lo que ello significa y por los beneficios que se obtienen de ellos.

En Colombia es de vital importancia la puesta en marcha del TLC con E.U., el cual significa mayor productividad, mayor comercialización de los productos y servicios producidos en el país, y por ende mayor ganancia y crecimiento económico para el mismo.

En cualquier ámbito de comercialización internacional se observa que los servicios transfronterizos adquieren una parte importante del comercio entre los países, “el sector de servicios representa aproximadamente el 70% del empleo y el 65% del producto a nivel mundial, además Servicios fue el segmento comercial que tuvo mayor crecimiento entre 1985 y 1999 con una media superior al 9% anual y los países en desarrollo incrementaron sus

exportaciones mundiales en esta sección, pasando del 14% al 18% en el periodo comprendido entre (1985/89-1995/98)”⁶.

Uno de los temas más críticos en las negociaciones del TLC con Estado Unidos se trata, precisamente, de un sector de Servicios, la distribución comercial, la cual se hace presente en la figura de Agencia Comercial. Esta herramienta de comercialización tiene una vital importancia en los procesos de globalización, porque permite posicionar productos en mercados desconocidos y facilitar la llegada de las mercancías a su consumidor final. Sin embargo, aunque se denota su importancia en el gran uso que se da de los agentes comercial, hemos notado una gran diferencia en las legislaciones de los dos países que realizan el tratado, en las cuales se observan diferencias en las formas de manejar este tipo de contratos de distribución, lo cual genera la necesidad de tomar decisiones de fondo en alguno de los dos países, modificando la reglamentación legal de la misma, de una manera no tan drástica, para no generar traumas, pero que a su vez logre un acuerdo entre las partes de tal manera que resulte beneficioso para ambos y que se cumpla el principio de uniformidad.

Lo anterior visionando el futuro a corto plazo, en el cual es necesario llegar a un acuerdo, pero de la manera más justa posible. Además tener en cuenta que

⁶ TUISABA, Jairo. Tratado de Libre Comercio (TLC)- Servicios Transfronterizos. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. República de Colombia. 2006. www.mincomergov.co
Consultado el 10 de Marzo de 2008

al entrar en vigor el TLC, éste será la ley uniforme que regirá los contratos de agencia entre individuos de ambos países tratantes.

0.1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuál es la importancia de la Agencia Comercial como contrato de distribución en el TLC con E.U, estableciendo las repercusiones que tendría la modificación de la ley Colombiana que reglamenta dicha figura comercial en el contexto empresarial del país y cómo será el manejo de dicho acuerdo, establecido como ley uniforme para ambos Estados, en el momento de entrada en vigencia del mismo?

0.2 OBJETIVOS

0.2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar las características de la Agencia Comercial como contrato de distribución comercial y la incidencia del TLC en dicho contrato.

0.2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ✓ Realizar una investigación que permita establecer el impacto en el cambio de la legislación colombiana con respecto a esta figura, como efecto de la armonización de la ley interna con el TLC.
- ✓ Establecer las características de la Agencia Comercial, como contrato de distribución.
- ✓ Plantear ventajas y desventajas a cerca de las modificaciones que se ha estipulado en el contrato de Agencia Comercial entre Colombia y en Estados Unidos.
- ✓ Analizar la diferencia que existiría al plantearse la regulación uniforme de la Agencia Comercial mediante el TLC.
- ✓ Describir las posibles ventajas y desventajas que tendrían los sectores empresariales que utilicen dicha figura jurídica en el país con la firmada del TLC (Col-USA).

0.3 JUSTIFICACION

El presente trabajo investigativo se lleva a cabo con el fin de explicar la forma en la que variará el contrato de Agencia Comercial, una vez entrado en vigencia el Tratado de Libre Comercio, teniendo en cuenta la importancia del presente contrato, y la disparidad que existe en la visión del mismo en los dos

países contratantes, lo cual le dará al lector una visión clara de la forma como se manejará esta herramienta una vez firmado el acuerdo, sabiendo que el mismo se registrará mediante un organismo supranacional y será armonizado para los dos beneficiarios de este acuerdo.

Además, en el aspecto teórico podemos plantear que también contribuye a desarrollar una figura de derecho comparado con el fin de indagar en la armonización de las normas que regulan la figura y de la presentación de las potenciales soluciones que se le podrán dar a los conflictos de leyes que existan en el momento de realizarse contratos entre individuos de USA y Colombia en vigencia del TLC.

0.4 ESTADO DEL ARTE

0.4.1 Marco Conceptual

- **Armonización:** En el ámbito jurídico, la armonización trata de crear una unificación de las legislaciones de dos o más países, de tal manera que a la hora de cualquier problema o controversia la ley que rija sea la uniforme y no la de cada país.
- **GATT:** Por sus siglas *General Agreement on Tariffs and Trade*, lo cual traduce Acuerdo General sobre Comercio y aranceles. Y, como su nombre lo indica, precisa unos lineamientos sobre algunas normas comerciales y concesiones arancelarias.

- **Internacionalización:** Es el proceso que inician las empresas elaborando sus productos de tal manera que puedan ser comercializados y aceptados en cualquier lugar del mundo por igual. La internacionalización requiere que la empresa se prepare en temas como la competitividad y la productividad, para que se encuentre en condiciones de competencia internacional y para poder posicionar sus productos y servicios a nivel global.
- **Integración Económica:** La integración económica está dada por los acuerdos que se llevan a cabo internacionalmente para aumentar el flujo de factores económicos de tal manera que se alcance a observar una eficiencia en el tráfico de los mismos, con respecto a la disminución de barreras arancelarias y no arancelarias en el comercio entre países. En este fenómeno se pueden distinguir los niveles o grados de integración que se van presentando a medida que se van alcanzando mayores acuerdos y se llega a armonizar las políticas de los países. Estos grados son: a) “**Área de Libre Comercio**, la cual está formada por varios países que deciden eliminar las barreras al comercio interno pero manteniendo cada uno sus propios aranceles diferentes frente a terceros... b) La **Unión Aduanera** se produce cuando un Área de Libre Comercio establece un arancel exterior común. La unión aduanera requiere de mayores esfuerzos de negociación y acuerdo interno ya que cada país perteneciente a la unión verá modificada su estructura productiva en mayor o menor grado como consecuencia de decisiones comunes... c) El **Mercado Común**: supone la eliminación de barreras

a la circulación de los factores productivos, es decir, de los trabajadores y del capital. La libre circulación de trabajadores consiste en permitir en igualdad de condiciones la contratación de la mano de obra que proceda de los países integrantes y en que además, se reconozcan mutuamente las titulaciones profesionales y haya una cierta armonización de criterios educativos...d) **Unión Económica**, la cual supone un grado más en la armonización de las políticas fiscales y monetarias. Se produce aquí una mayor cesión de soberanía ya que, al dotarse de un sistema monetario único, cada país se somete a una disciplina monetaria para mantener los tipos de cambio dentro de los márgenes autorizados, e) Por último, La **Integración Económica**, que , implica la aparición de una autoridad supranacional que adoptará las decisiones de política fiscal y monetaria. Cualquier decisión particular dirigida al fomento de una rama productiva o a la corrección de un desequilibrio regional deberá ser autorizada por dicha autoridad.”⁷

- **Legitimar:** La acción de legitimar, hace referencia a volver algo legal o legítimo.
- **OMC:** La OMC es la Organización Mundial del Comercio, la cual es el órgano supranacional que regula el comercio mundial de los países. Sin embargo, esta puede definirse de varias formas, por ejemplo “Es una Organización para liberalizar el comercio. Es un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales. Es un lugar para que resuelvan sus diferencias comerciales. Aplica un sistema de normas comerciales... **Es un foro de**

⁷ MARTINEZ COLL, Juan Carlos. “La integración de la Unión Europea”. La economía de mercado, virtudes e inconvenientes. <http://www.eumed.net/cursecon/17>. 2001

negociación...La OMC es esencialmente un lugar al que acuden los gobiernos Miembros para tratar de arreglar los problemas comerciales que tienen entre sí...**Es un conjunto de normas**... Su núcleo está constituido por los Acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Estos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos”.⁸

- **Pacta Sunt Servanda:** Es un principio establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de Mayo de 1969, el cual advierte que los tratados internacionales deben estar negociados bajo los principios de libre consentimiento y de buena fe, y debe estar universalmente conocido.

“Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”

- **Soberanía:** “La soberanía debe debe analizarse en una doble dimensión: la interna y la externa... La primera de ellas permitía afirmar que el Estado es el único capaz de determinar la existencia y las funciones de las distintas instituciones necesarias

⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC. 3ª Ed. Publicado anteriormente con el título de “Con el Comercio hacia el futuro”. Escrito y publicado por la OMC. División de información y Relaciones con los medios de Comunicación. Pág. 9. www.wto.org. Septiembre de 2003, revisado en Febrero de 2007. Consultado el 1 de Marzo de 2008

para el correcto funcionamiento del Estado, y la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la colectividad. De tal modo que, sólo el Estado es el legítimamente facultado para legislar, administrar justicia y crear organismos de control, regulación, protección y fomento de los derechos consagrados por el poder constituyente primario, excluyendo así la posibilidad al particular de crear tales instituciones... La doctrina internacional concuerda en que este concepto se desarrolla a partir de dos elementos: la libre determinación y la facultad de contraer obligaciones por sí mismo. Aquella hace referencia a que ningún Estado puede estar sujeto a otro, es decir, que no depende de la existencia de otro, ni puede ser subyugado, es así como la Carta de las Naciones Unidas hace un reconocimiento expreso de la existencia de naciones independientes e iguales las cuales, no pueden ser subordinadas por razones de extensión del territorio o de progreso, colocando a todos los Estados, en un mismo escenario de interacción. En consecuencia de lo anterior, surge el segundo elemento de la soberanía estatal en su dimensión internacional, consistente en la capacidad de contraer obligaciones, elemento que fue especificado por la Convención de Montevideo de 1932, el cual parte del principio de que, al tener los Estados la capacidad de autodeterminación, aquellos poseen la capacidad de obligarse, mediante la celebración de tratados internacionales –concepto entendido en su sentido amplio-. Ahora

bien, es a partir de esta libre autodeterminación donde encontramos uno de los limitantes de la soberanía, consistente en el cumplimiento de lo pactado, pues el Estado, contraer una obligación fruto de la celebración de un tratado, condiciona sus actuaciones referente a materias determinadas”.⁹

- **Sociedades:** Entendemos por Sociedad cualquier grupo de personas que se agrupen para llevar a cabo cualquier actividad comercial. El Código de Comercio en el artículo 410 Libro segundo, Título I Capítulo I, dispone:

“Art.98. Por el 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 entre sí, las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

- **Supranacionalidad:** Podemos describir la supranacionalidad como la superioridad del derecho común sobre el derecho individual de los Estados y es definido como “un fenómeno jurídico en el que prevalecen dos características: de un lado la transferencia de parte de la soberanía con delegación de competencias, y de otro, la presencia de órganos comunitarios

⁹ PALOMARES, Jorge Ricardo. El concepto de Soberanía en el proceso de Integración Europeo. La nueva dimensión de concepto de soberanía. Red Grupos y Centro de Investigación jurídica y Socio Jurídica. www.redsociojuridica.org/ponencias_2006 Consultado el 1 de Abril de 2008

autónomos en los que la toma de decisiones o la expedición de sus fallos sean aceptados por todos los países”¹⁰

- **TLC:** Es por sus siglas, tratado de libre comercio. Se refiere a acuerdos comerciales llevados a cabo entre dos o más países en los que se negocia la desgravación arancelaria de productos, con el fin de eliminar las barreras al comercio y que se incrementen los flujos de comercialización, obteniendo beneficios para la economía de cada país.

0.4.2 Marco Teórico

Tal como se enmarca en las líneas previas de este documento el contrato de Agencia comercial es una herramienta importante para la distribución comercial, y es hoy por hoy, un punto crítico en cuanto a la negociación del TLC con Estados Unidos. Debido a la diferencia cómo se maneja dicha figura en el contexto empresarial de cada uno de los dos países y a la uniformidad que le dará dicho tratado al uso de este tipo de herramienta en negociaciones entre ambos Estados.

Es de vital importancia entender todas sus características como contrato de distribución, y la manera como se ha llevado a cabo el tratado, además cómo

¹⁰ SCUELTEZER, Michael. Derecho Europeo. Buenos Aires: Ed. De Palma. 1987. Pags.150-152. Citado por Salazar Manrique, Roberto. “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Memorias del Seminario Internacional “La integración, derecho de los Tribunales comunitarios. Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo. Julio-Agosto 1996.

afectará este en los sectores empresariales Colombianos que utilicen dicha figura, por este motivo en las líneas subsiguientes de este trabajo se intentará explicar y ampliar el tema, sin hacerlo demasiado extenso, debido a que éste tiene mucha literatura y aun mucha tela por cortar, pero abarcaremos los aspectos más importantes y significativos de este caso.

Por lo tanto procederemos a desarrollar el plano teórico, la literatura nacional e internacional acerca del tema y cómo se han abordado, y por último establecer una relación entre ellos.

0.4 DISEÑO METODOLOGICO

0.5.1 TIPO DE INVESTIGACION

El tipo de investigación a realizar es de carácter descriptivo y correlacional.

Es descriptivo porque intenta describir, analizar e interpretar una realidad actual. Podemos denominar “realidad actual”, al proceso de integración comercial que se está llevando a cabo en el país con E.U., y de hecho son objetivos del presente documento tener el mayor acercamiento posible a dicha problemática, de tal manera que al concluir el documento, podamos contar con la descripción, lo más real posible, del objeto de estudio y sus implicaciones en el contexto estudiado.

Además, es correlacional, porque su fin es determinar el grado de incidencia y de relación que existe entre el TLC y la Agencia Comercial y sus implicaciones posteriores.

0.4.2 FUENTES DE INFORMACION

Para efectos de recopilar la información necesaria para llevar a cabo esta investigación se tomaron fuentes secundarias en donde primaron el análisis a libros de derecho, en sus ramas comercial y administrativa, visitas a bibliotecas, revistas, documentos escritos con anterioridad sobre los temas de interés, leyes, búsqueda en internet, entre otros.

Lo anterior se vio complementado con el estudio y la revisión bibliográfica hecha a artículos escritos con anterioridad sobre acuerdos comerciales muy parecidos a éste y que se compararon con las condiciones actuales de nuestro país y el contexto en el cual se desarrolla dicho tema de investigación.

Además se amplió la búsqueda de sectores empresariales en el país que utilizaran dicha figura, con el fin de analizar las variaciones que tendrían después de la entrada en vigencia del tratado.

1. EL DERECHO DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL

Con el transcurrir del tiempo se ha venido haciendo más necesario crear nuevas formas de inserción a nuevos mercados y de aumentar el grado de satisfacción de los consumidores en los ya existentes para las empresas, esta búsqueda de nuevos mercados requiere de grandes inversiones de recursos tecnológicos, monetarios y humanos. A este proceso de búsqueda de clientes para nuestros productos se le denomina distribución.

Debido a estas tendencias en el comercio mundial se han creado varias formas asociativas que contribuyen a que el proceso de distribución de los bienes producidos se haga de tal manera que permitan atenuar los esfuerzos realizados para tal fin y que se logre obtener una demanda competitiva que favorezca a todos.

Este eslabón que se crea entre el proceso de producción y el consumidor final de un producto, estamos acostumbrado a llamarlo comercialización, pero su término general es distribución, éste tiene un significado meramente económico.

“La teoría económica, formula la actividad económica, de una manera simplista, como la relación que se establece entre dos agentes económicos: productores

y consumidores. Estos no se relacionan en forma directa, salvo circunstancias excepcionales; su relación normal es a través de la distribución.”¹¹

Así pues, las empresas empiezan una búsqueda ardua de un canal de distribución que vaya en concordancia con sus necesidades y ayude a lograr sus objetivos. Sin embargo una empresa puede tener múltiples canales de distribución los cuales requieren que al final del proceso, el precio del bien y/o servicio, permanezca igual, y que con cada representante, agente, mayorista o detallista quede consagrado el contrato marco de dicha negociación.

La distribución es a su vez una de las variables más importantes del marketing, ya que “para que las ventas de una empresa se produzcan no basta con tener un buen producto, a un buen precio y que sea conocido por los consumidores, sino que además, es necesario que se encuentre en el lugar y momento adecuados para que ese producto sea accesible al consumidor”¹²

Sin embargo, debemos preguntarnos, Es necesaria la distribución? La respuesta es positiva, porque resultaría imposible que un mismo fabricante llegue a todos los mercados mundiales a poner sus productos, y si esto fuera

¹¹ SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo.” La distribución como fenómeno económico”. Derecho de la distribución Comercial. Autores Varios. Ed. Los Navegantes. Santa fe de Bogotá. 1995. Pág. 23

¹² CUESTA VALIÑO, Pedro.”Estrategias de crecimiento para las empresas de distribución comercial” Concepto y dimensiones de la Distribución Comercial. 2006.
<http://www.eumed.net/tesis/2006/pcv/1b.htm> Consultado el 21 de Febrero de 2008

posible, resultaría demasiado oneroso y el costo en que se incurriría sería tal, que ya dichos productos no serán atractivos y la competencia ganaría mercado.

Por lo anterior traemos a colación algunas ventajas de los sistemas de distribución tanto para compradores como para el comercio en general¹³:

- Hace más eficiente el comercio en cuanto a que es económicamente favorable compartir con terceros los costos y por ende los riesgos.
- Disminución de costos administrativos de aperturas de nuevas sucursales en distintos lugares como, administración, nóminas, servicios públicos, impuestos. Así como costos de almacenaje, preventa, publicidad, etc.. lo cual solo encarecerá los productos.
- Amplia el espectro geográfico del que hace parte el productor, lo cual permite al consumidor escoger entre varias marcas que hayan en el mercado.
- Permite que un producto de un mismo fabricante sea vendido por diferentes establecimientos, lo cual genera competencia no solo de marcas si no de oferentes, lo cual generará beneficios para el comprador porque los oferentes de una misma marca darán incentivos por la elección y fidelidad del consumidor.

¹³ JAECKEL KOVACS, Jorge. "Algunas ideas acerca de los sistemas de distribución y la forma como afectan la competencia en el mercado". El TLC y el derecho de la distribución comercial. Ed. Biblioteca Jurídica Diké. 1ª Edición. 2006. Págs.205, 206,207.

Debemos tener en cuenta que al hablar de distribución necesariamente debemos referirnos a la competencia, esto porque las regulaciones de las que habla el código de comercio en cuanto a la distribución se fija en el derecho de la competencia y los contratos de colaboración.¹⁴

El derecho de la competencia tiene dos divisiones importantes: las prácticas comerciales restrictivas y la competencia desleal. En las prácticas comerciales restrictivas se cuida mucho el mercado, ya que su objetivo primordial es que la oferta y la demanda en el país se encuentren en absoluta perfección, y esto es porque al Estado le interesa que el mercado funcione perfectamente, lo cual tiene una incidencia económica, ya que cuando el mercado funciona se estimula la inversión y hay mayor crecimiento económico. Por lo tanto si en esta parte hubiere algún daño se le ocasionaría a un interés público, no particular.¹⁵

Por otro lado miremos la competencia desleal. Cuando un fabricante escoge varios canales de distribución debe fijarle los precios a sus contratantes, llámense distribuidores, agentes, mayoristas, por lo cual en un mercado hay muchas opciones de escoger un mismo producto. La ley 155 del 59 dice que

¹⁴ Debido a que estamos tratando el tema de contratos de distribución haremos una breve reseña de la importancia del derecho de la competencia y su incidencia con los contratos de colaboración.

¹⁵ VELANDIA CASTRO, Mauricio. "Canales de distribución comercial y competencia". El TLC y el derecho de la distribución comercial. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª Edición. 2006. Págs.17, 18,19.

un fabricante puede fijarle precios a si distribuidor y si el distribuidor no sigue estos precios hay competencia desleal.

Por lo anterior, para que estos procesos de distribución comercial se lleven a cabo de la manera más armoniosa posible, y que genere menor número de conflictos se encuentra el Derecho Comercial, el cual pone a disposición del mercado y de los empresario los instrumentos necesarios para que los debidos procesos cumplan su objetivo primordial. Además la legislación del país debe propender porque exista en el mercado competencia ya que esa variedad de bienes ofrecidos obliga a los oferentes a realizar estrategia que logren conquistar a los compradores, lo cual permite ayudar a los consumidores a tomar mejores decisiones de compra y a obtener productos de excelente calidad y menor precio, lo cual redundo en un beneficio mayor para toda la sociedad.

Existen varias herramientas para llevar a cabo la distribución comercial, estas figuras poseen carácter económico y jurídico, y procederemos a citar algunas de ellas (las más usadas en la actualidad), haciendo una breve descripción de cada una, para tener un factor de diferenciación de cada uno de estos contratos de colaboración con la Agencia comercial, que para este caso, es la que nos interesa.

1.1 CONTRATO DE JOINT VENTURE

Dentro de los contratos más usados de colaboración comercial, podemos resaltar la figura conocida como joint-venture, la cual ha sido una gran herramienta para que las empresas nacionales amplíen sus fronteras y se expandan internacionalmente, realizando alianzas estratégicas con socios de otros países para llevar a cabo un negocio, que sea de beneficio común, pero también de compartir las responsabilidades, incurriendo en menores costos.

En los contratos de joint –venture se asocian un grupo de personas, naturales o jurídicas, las cuales no pierden su individualidad, para realizar un negocio común, en un tiempo determinado, por medio del cual obtengan beneficios económicos comunes.

Tal como lo define CUBEROS Felipe, “es un acuerdo de voluntades por el cual un numero plural de personas ponen a disposición de un proyecto particular y concreto, su dinero, propiedades, tecnologías, tiempo, experiencia, con la obligación de compartir riesgos, ganancias o pérdidas de manera proporcional al esfuerzo aportado y con la responsabilidad solidaria frente a terceros.”¹⁶

¹⁶ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. Aproximación al contenido del contrato de joint-venture. Revista Agora: Expresión de un pensamiento. U. Javeriana. Vol.14, N°28. Bogotá, Colombia. Pág. 22. 1992. Consultado el 1 de Abril de 2008
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis07.pdf> Consultado el 27 de Marzo de 2008.

Las empresas llegan a la conclusión de crear una figura de este tipo cuando se dan cuenta que de ésta forma se unen sinergias y se obtienen mejores resultados que cada empresa por su lado, teniendo en cuenta que cada una de ellas va a realizar un aporte de sus recursos, observándose así, una mayor productividad y resultados en función de alcanzar un objetivo común.

Cabe mencionar que entre los objetivos que desean alcanzar las empresas cuando realizan un joint-venture, se encuentran:

- Posicionar la empresa en un mercado nuevo, uniéndose con una local, de tal modo, que la fabricación de los productos se hagan en el mismo país, para de esta forma bajar los costos de flete, exportaciones y demás.
- Ejercer vigilancia y control en el desarrollo de las actividades comerciales, desechando la opción de contratar distribuidores a los cuales no se les pueda hacer supervisión constante.
- Consolidar los mercados ya conquistados por agentes o distribuidores, ejerciendo mayor número de actividades de marketing asociadas a una mayor satisfacción del cliente.

Cuando los contratos joint-venture, se realicen entre bloques económicos diferentes y se quiera ganar mercado en un país extranjero, éste se debe considerar como un contrato internacional, ya que posee una relevancia

económica de esta índole, por lo tanto se entra a la discusión jurídica de qué tipo de ley es aplicable a la asociación, para lo cual la ley dice que en este tipo de contratos el factor principal es la voluntad de las partes, por lo que , los asociados escogerán la ley que regirá esa relación contractual.

1.2 CONTRATO DE FRANQUICIA

Esta figura del derecho de distribución conocida mundialmente como “franchising”, es una de las formas más importantes de expandir las fronteras nacional e internacionalmente en las empresas.

La franquicia es un convenio por medio del cual el titular de un negocio le da el derecho a un comerciante de que haga una réplica de su negocio en un espacio geográfico específico y a cambio de una contraprestación económica.

Un concepto muy completo del mismo es el siguiente:

“Se denomina Franquicia Comercial o empresarial al sistema de reproducción del modelo de negocio apto para generar rentabilidad a través de la comercialización de productos y/o servicios, que combina la autorización de uso de un nombre comercial, marcas, y otros derechos de propiedad intelectual o industrial, incluyendo conocimiento

específicos, estén o no patentados, cuya titularidad, usufructo y/o derecho de utilización y transmisión a terceros asiste a cada una de las partes, denominada “franquiciante” o “franquiciador”, con la prestación por ésta de servicios de asistencia técnica y comercial a la otra parte, denominada “franquiciador” o “franquiciatario”, quién actuará por su propia cuenta y riesgo, obligándose a ejecutar acciones y/o prestaciones, por la que aquella obtiene un beneficio económico.”¹⁷

Podemos destacar la franquicia como un negocio que representa ganancias para todos, porque gana el Franquiciante al posicionar su negocio y consolida la marca de su empresa, gana el franquiciado al obtener una rentabilidad y un éxito garantizado al poner el negocio, y además gana el País debido a que aumenta el empleo, y por ende la calidad de vida de los habitantes.

La garantía de obtener una franquicia, es que la marca de la empresa es conocida lo que hace que aumenten las probabilidades de éxito en el negocio y además el Know-How de la empresa franquiciada debe pasar al franquiciado de tal manera que ese “saber hacer” responda a todos los estándares de calidad de la empresa y por lo tanto esto redunde en ganancias para el franquiciado.¹⁸

¹⁷ BLIMAN, Jorge Daniel. “El contrato de franquicia comercial”. El TLC y el derecho de la distribución comercial. Ed. Biblioteca jurídica Diké. 1era Ed. 2006. Pág. 172

¹⁸FRANQUICIAS COLOMBIANAS, <http://www.franquiciascolombianas.com/web/Informaci%C3%B3nGeneral/Caracter%C3%ADsticasdeunsistemadefranquicias/tabid/129/Default.aspx>. Consultado 28 de Junio

Normalmente, se suele ubicar a la franquicia como una rama de los contratos de colaboración empresarial, sin embargo al analizar sus características nos encontramos, que éste cuenta con todos los elementos necesarios para incluirse entre el grupo de los contratos de distribución.

Como ejemplos de franquicias podemos citar: “Coca-Cola, Mc Donald’s, Hertz, entre otros..., y según el Instituto para la Unificación del Derecho privado, en su proyecto de Guía legal de la franquicia internacional, los datos estadísticos... señalaban que en E.U. la franquicia representaba un 35% del total de ventas al por menor en el país....”¹⁹datos que en la actualidad son muy superiores, mostrándonos cómo el contrato de franquicia es muy usado no solo en E.U. y Europa, sino que también ha tenido gran expansión en todos los países Latinoamericanos.

1.3 CONTRATO DE CONCESION

Debido al aumento de las relaciones comerciales se dan los contratos de concesión, llamados también, distribución o venta exclusiva, los cuales toman gran protagonismo en el comercio mundial, debido a que resulta imposible que la misma persona, natural o jurídica, que produzca los bienes, sea la misma que los venda o comercialice.

¹⁹ GUARDIOLA SCARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Contrato de Franquicia. Casa Editorial Bosch. 1era Ed. 1998. Pág.235

Este tipo de contrato de distribución (también llamado de esta forma), carece de una normatividad que lo rijan, que se encuentre bien definida, como en el caso de los anteriores, ni nacional ni internacionalmente, en especial en el sector más usado que es el de los automóviles. Pese a esto, “no cabe duda de que el contrato de distribución es, junto con el contrato de agencia comercial, el mecanismo más utilizado para la introducción de productos en mercados extranjeros, mediante el cual el fabricante o suministrador de aquellos establece un vínculo de colaboración estable y duradero con otra empresa comercial por el que esta última se compromete, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir en firme dichos productos a objeto de llevar a cabo su venta posterior en una zona o área geográfica, bien en exclusiva, bien en concurrencia con otros distribuidores, asumiendo en todo el caso el riesgo y la ventura de dichas operaciones.”²⁰

Cabe destacar que una característica vital de este tipo de figura es, como se había mencionado antes, un contrato “huérfano de legislación específica, tanto a nivel supranacional como nacional, excepto, naturalmente, en aquellos que puedan afectar a la libre competencia...por lo que se puede considerar un contrato atípico...”²¹

²⁰ *Ibíd.* Contrato de distribución o concesión. Pág. 107

²¹ *Ibíd.* Pág. 109

En este tipo de asociación comercial, podemos vislumbrar ventajas para el concedente, tales como, no realiza ninguna inversión en capital económico, de personal, de tecnología, el concesionario asume todos los riesgos del negocio, no crea vínculos directos con terceros. Por lo tanto se puede decir que es otro negocio independiente de reventa de un producto o servicio, o bien sea de distribución del mismo, con solo una supervisión del concedente.²²

Este tipo de contratos podemos observar que tiene mayores incidencias en los sectores de la comercialización de vehículos automotores, o en las negociaciones de Servicios Públicos, celebrados por organismos estatales, en los cuales se les cede a un particular el uso, la explotación y, obviamente, los beneficios de un bien de uso público y la contraprestaciones las acuerdan las partes, que suelen ser, tasas cobradas a los mismos usuarios de los servicios, como es el caso de las concesiones viales.

Debido a la similitud de las características entre este contrato con el de Agencia, se exponen en forma clara algunas de las diferencias²³:

- La Agencia encierra un mandato.
- El agente vende por cuenta y orden del concedente; el concesionario vende a su nombre y por su cuenta.

²² LAGAZZI ARAVENA, Román. Ensayo derecho societario II. Concepción, Chile. 2006
Tomado de: <http://www.monografias.com/trabajos15/concesion-comercial/concesion-comercial.shtml>. consultado en 10 de Junio de 2008

²³ *Ibíd.*

- La agencia tiene exclusividad en una zona, los concesionarios no siempre son exclusivos y pueden haber competencias en la misma zona.
- En la agencia hay una clara subordinación; en la concesión, la regla es la **coordinación** entre entes independientes.

2. LA AGENCIA COMERCIAL

La Agencia Comercial es uno de los tantos instrumentos que existen para hacer efectiva la distribución y para que la comercialización tenga efectos económicos y jurídicos, los cuales puedan darse de manera armoniosa, equilibrada y organizada.

GUARDIOLA Enrique, lo define como el instrumento más utilizado por empresas de comercio internacional para lograr la introducción de sus productos en zonas no explotadas comercialmente, como alternativa a otros canales de distribución.²⁴

Este se perfila como un pilar fundamental en la conquista de los mercados que requieren las empresas productoras. Así pues como cada quien se dedica a hacer sus cosas, hay personas, naturales o jurídicas, que se profesionalizan en poner en un mercado los productos de uno o más fabricantes, con los cuales comparten los costos y los riesgos de ese negocio en nuevos mercados.

²⁴ Ibíd. Contrato de Agencia Comercial. Pág. 27

El artículo 1317 del Código de Comercio dice que: “por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional, o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

Las características de la Agencia comercial son:

- El agente forma una nueva empresa totalmente independiente, y la dirige como tal.
- El objetivo principal del agente es el de conquistar y ampliar mercados en un nuevo territorio en beneficio del principal.
- Dicha actividad requiere de una estabilidad en el territorio donde se vaya a desarrollar.²⁵

Uno de los contratos comerciales que más ha generado controversias en el ámbito contractual, pero que a su vez mas auge ha tenido en Colombia los últimos 15 años ha sido la figura de Agencia Comercial. Siendo ésta una de las principales géneros de contratos de Colaboración empresarial.²⁶

Sin embargo la legislación es muy clara, y las condiciones de los contratos están establecidas, como se habló anteriormente hay muchas formas de distribución, y se puede escoger cualquiera siempre y cuando esté de acuerdo

²⁵ PEREZ VIVES, Alvaro. “De la Agencia Comercial y del mandato”. Derecho Colombiano, N° 140. Pág. 126

²⁶ GOMEZ, Enrique. Tomado de: www.portafolio.com.co/hist_imp./porta_secc/emle/2005-04-14/ARTICULO.html. Consultado el 25 de Marzo de 2008.

a las necesidades del empresario. En Colombia se dejó de usar la agencia por la cláusula de prestación e indemnización, pero lo que se ha hecho realmente, según algunos autores, ha sido llamar a este contrato por otro nombre para no incurrir en este costo. Tal como dice ARRUBLA, Jaime Alberto “Si las partes dicen arrendar, pero lo que en verdad están haciendo es prestando, el negocio es de comodato y no de arriendo, independientemente del remoque que le hayan colocado al contrato. Lo propio sucede con la Agencia, si lo que el empresario quiere es que un tercero conquiste un mercado para sus productos, el negocio es de agencia, así lo hayan llamado, suministro, distribución o concesión.”²⁷

El Código de comercio²⁸, además, señala el campo de acción de la agencia mercantil, cuando dice que “el encargo debe ser siempre de mandato, es decir, para obrar por cuenta ajena, lo cual se considera la esencia de la agencia y no la conquista del mercado para unos productos. Además el mandato debe ser representativo, nunca el agente debe actuar en nombre propio.

Y tal como lo señala ARRUBLA, Jaime Alberto, “El propósito de la agencia es abrirle mercado a los productos en general, debidamente identificados, no la colocación de un número determinado de productos en un momento dado. La agencia mira mas allá de la simple operación concreta, se proyecta en un espectro intangible que redunde en provecho del empresario productor,

²⁷ ARRUBLA, Jaime Alberto. “La agencia mercantil y su evolución jurisprudencial”. El TLC y el derecho de distribución comercial. Ed. Biblioteca jurídica Diké. 1ª Ed. 2006. Pág. 265.

²⁸ Artículo 1317

independientemente de cual haya sido la modalidad para la tenencia o adquisición de los productos que en tránsito pasan por manos del agente”²⁹

2.1 **LEGISLACION COLOMBIANA**

En el código de Comercio de Colombia podemos encontrarnos con todas las leyes que reglamentan las operaciones que se lleven a cabo bajo la figura de contrato de Agencia Comercial. Las cuales son de vital importancia tener claro, debido a las variaciones de las que gozarán una vez entrada en vigencia el Tratado de Libre Comercio.

Las leyes colombianas son muy claras en cuanto a la definición y características de la Agencia comercial, este contrato, como todos los demás celebrados, debe contar con un registro mercantil de la nueva empresa que se va a crear, por lo tanto debe inscribirse en la Cámara de Comercio que corresponda según el domicilio que tendrá la empresa o donde se haya celebrado dicho contrato.

Otro aspecto que cabe resaltar, es que la legislación del país no obliga a que la empresa principal otorgue derechos de propiedad intelectual a la Agencia, por lo cual es bueno que al celebrar el contrato se incluya una cláusula que aclare

²⁹ ARRUBLA, Jaime Alberto. “La agencia mercantil y su evolución jurisprudencial”. El TLC y el derecho de distribución comercial. Ed. Biblioteca jurídica Diké. 1ª Ed. 2006. Pág. 276

este punto, para llenar el vacío que esto implica y para evitar que se presenten eventualidades con el cobro de indemnizaciones por violación de la propiedad intelectual. También es recomendable que la empresa principal patente su producto, para evitar estos posibles inconvenientes.

Por lo anterior se transcribirán a continuación los artículos del Código Mercantil del país para poder identificar dichas variaciones y poder darle un análisis significativo y comparativo con la legislación anglosajona.

ARTICULO 1317. AGENCIA COMERCIAL. *Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.*

ARTICULO 1318. EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENTE. *Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.*

ARTICULO 1319. EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENCIADO. *En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el*

agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

ARTICULO 1320. CONTENIDO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL. *El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos³⁰.*

ARTICULO 1321. CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO Y RENDICION DE INFORMES. *El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.*

ARTICULO 1322. REMUNERACION DEL AGENTE. *El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.*

³⁰ Artículo del Código de Comercio de 1971.

ARTICULO 1324. *El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*

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.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

ARTICULO 1325. JUSTAS CAUSAS PARA DAR POR TERMINADO

EL MANDATO. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:*

1) Por parte del empresario:

- a) *El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;*
- b) *Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;*
- c) *La quiebra o insolvencia del agente, y*
- d) *La liquidación o terminación de actividades;*

2) Por parte del agente:

- a) *El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;*
- b) *Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;*
- c) *La quiebra o insolvencia del empresario, y*
- d) *La terminación de actividades.*

ARTICULO 1326. DERECHO DE RETENCIÓN. *El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.*

ARTICULO 1327. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA PROVOCADA POR EL EMPRESARIO. *Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.*

ARTICULO 1328. SUJECION A LAS LEYES COLOMBIANAS. *Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita³¹.*

ARTICULO 1329. TERMINO DE PRESCRIPCION DE ACCIONES. *Las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años.*

ARTICULO 1330. NORMATIVIDAD APLICABLE. *Al agente se aplicarán, en lo pertinente, las normas de Título III y de los Capítulos I a IV de este Título.*

Los inconvenientes suscitados con la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1971, el cual somete al agente a un régimen de protección especial por parte del agenciado, en el cual se le otorga al agente una cesantía comercial al momento de terminar el contrato.

Debido a esta reglamentación los empresarios se ven en la obligación de buscar cualquier otra figura, tal como la venta, suministro, franquicia y otros, pero que de ninguna manera se encuentre cobijado bajo la figura de agencia, con el fin de no incurrir en las prestaciones a las que se refiere el Art. 1324 del

³¹ El presente artículo quedará modificado debido a que cuando empiece a regir el TLC, se regirá por el Acuerdo, las leyes que se aplicarán no serán por ninguna causa las colombianas, si no a las que se acuerde en el Tratado, ya que éste constituye una ley supranacional y uniforme para ambos países.

código de comercio. Por la incertidumbre que genera los costos de terminación de un contrato de este tipo.

Sin embargo la Corte Suprema, en estudios realizados por su consejo profesional, analiza y precisa el alcance de dicha cesantía y de la indemnización equitativa a que se refiere el artículo en mención. En dicho estudio se logra apreciar que debido a la característica de estabilidad que se le otorga a esta figura comercial, se pactan en los contratos términos de 3 años prorrogables, los cuales pueden darse por terminados unilateralmente, avisando con 90 días de antelación. En este momento se empieza a hacer efectiva la cancelación de la cesantía comercial al agente, lo cual puede empezar a cancelarse en cuotas anticipadas, siempre y cuando la voluntad de las partes sea respetada y no se viole en ningún momento las características de la Agencia; lo cual es una solución ventajosa para el agenciado, porque suaviza el impacto de la terminación del contrato.³²

Con respecto a la indemnización equitativa³³, la Corte precisa que para la liquidación de dicha indemnización se deben tener en cuenta elementos como: las utilidades netas obtenidas por el agente gracias al contrato de Agencia, las utilidades netas recibidas por el agenciado como consecuencia de las

³² DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL, Revista actualidad jurídica Abril de 2005. Tomado de: www.kpmg.com.co. Consultado el 20 de Mayo de 2008. Pág.1

³³ Inciso 2º del Artículo 1324 del código de comercio.

operaciones comerciales realizadas directamente o a través de terceros en el área geográfica comprendida en el contrato de agencia comercial, y las sumas de dinero que habría recibido el agente en el período comprendido entre la fecha de terminación injustificada del contrato y el término de duración previsto.³⁴

2.2 LEGISLACION DE ESTADOS UNIDOS

Al realizar un análisis comparado de las figuras jurídicas que se dan en diferentes países se observa una clara dificultad al encontrar traducciones que no son las correctas en términos legales, lo cual puede conllevar a graves errores al intentar introducir dichas figuras en un contexto de un país foráneo y en un sistema jurídico diferente al original de ellas.

Tal como expresa REYES, Francisco, “Un claro ejemplo de la complejidad de la traducción jurídica se observa en el vocablo anglosajón “agency”. Su traducción se enfrenta, en verdad, a múltiples dificultades... Ello obedece...a la amplitud jurídica del término, debido a que además de comprender relaciones de agencia, propiamente dichas, incorpora también las de mandato en sentido más general e incluso, otras relaciones de negociales de sustitución.

³⁴ DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL, Revista actualidad jurídica Abril de 2005. Tomado de: www.kpmg.com.co. Consultado el 20 de Mayo de 2008. Pág.2

En el derecho anglosajón encontramos una clara diferenciación entre las formas asociativas, en comparación con el resto de los países latinoamericanos, y para nuestro caso, con Colombia.

La principal ramificación en la estructura de la ley de Estados Unidos o como se denomina, la nación del "*Common law*"³⁵ se hace una tajante diferenciación entre las sociedades personalistas y las compañías de capital.

Cabe resalta que en Estados Unidos el Derecho Privado encierra, y no posee diferenciación entre, el derecho civil y el mercantil, de tal manera que "la gran mayoría de los negocios jurídicos son regulados uniformemente por una sola rama del Derecho, sin distinción... Lo cual representa indudables ventajas prácticas en el campo de las sociedades, en la medida que no es necesario indagar acerca de la naturaleza de la compañía para saber cuál es la ley aplicable"³⁶

Ahora bien, podemos hacer alusión a que, en Estados Unidos, el hecho de hablar de mandato, se refiere a una "relación fiduciaria que surge de la manifestación de la voluntad efectuada por una persona, a fin de que otra

³⁵ Es una base de precedentes judiciales creada en Estados Unidos de acuerdo a casos reales y que han sido objeto de discusiones y de resolución de casos en las Cortes de Apelación.

³⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. "Las relaciones de mandato en el derecho norteamericano: un análisis comparado". El TLC y el Derecho de distribución comercial. Ed. Biblioteca jurídica Diké. 1ª Ed. 2006. Págs.305, 306.

consienta en actuar bajo su nombre y su control³⁷. Sin embargo, esta figura está lejos de ser un contrato limitante con definiciones claras y establecidas como puede ser en nuestro país por el contrario adquiere una amplitud, por ser reconocido como una relación en la que una persona trabaje esperando una contraprestación de la otra.

Podemos, entonces fijar nuestro objetivo en el estudio de la sociedad de personas, denominada *partnership* o *general partnership*, alude a una estructura asociativa flexible en sus requisitos de constitución en la que el origen contractual y el régimen de responsabilidad aparecen como nota determinante. Por el otro lado, la sociedad capitalista o *corporation*, cuyo origen se identifica más bien con la teoría de la concesión estatal, se presenta como un esquema formal de realización de negocios, en el que solo el cumplimiento de formalidades legales, sumado al reconocimiento gubernamental, da lugar a la separación patrimonial que permite aislar el riesgo asumido por sus accionistas.

Para el caso que nos interesa, es el de *partnership*, en el cual el régimen jurídico es tributario de los principios jurisprudenciales relativos al contrato de mandato (agency). La conexión entre ambos regímenes se deriva de las relaciones jurídicas existentes entre los socios de estas formas asociativas. En una compañía de personas, los socios actúan bajo el esquema del apoderamiento recíproco (mutual agency), por cuya virtud, cada uno de ellos es

³⁷ *Ibíd.* Pág. 308

mandante y mandatario respecto de los demás asociados. “La Nueva Ley Uniforme de Sociedades de Personas (Revised Uniform Partnership Act) permite aplicar las reglas del contrato de mandato a las relaciones que surjan entre los asociados de compañías personalistas”³⁸.

Además, como afirma Jaramillo Santiago “Los contratos de agencia en el derecho anglosajón son entendidos en forma mucho más amplia, pues se ocupan de otorgar un encargo, en general, marcado por un ingrediente fundamental: la confianza. La agencia es ante todo una relación en la que priman los deberes fiduciarios de confianza, tales como el cuidado, la lealtad, y la diligencia. En ese orden de ideas, se entiende que le está prohibido al agente —al ser intermediario de negocios ajenos— recibir beneficios que pertenezcan al principal. Esta es la razón por la cual no existe la compensación en el derecho anglosajón.”³⁹

En general, al estudiar el sistema de leyes americano, que rigen a los contratos de asociación, en donde se encuentra una tipificación característica podemos observar, que al crearse el contrato de agencia, éste se convierte en la semilla para crear otra forma de sociedad, de ahí a que se denote la principal

³⁸ REYES VILLAMZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada* (2nd ed). Bogotá: Editorial Legis, 2005.

³⁹ JARAMILLO CARO, Santiago. Algunos efectos del TLC sobre el contrato de agencia mercantil en la legislación colombiana. www.legiscomex.com/ArticuloSubtema.asp. Consultado el 20 de Marzo de 2008

diferencia con las características que tipifican a la Agencia Comercial en nuestro país.

3. CONSTITUCION DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO⁴⁰

No es desconocido para nadie que la internacionalización y la integración de las relaciones económicas y comerciales entre los países se ha convertido en un proceso tan dinámico, que ha requerido de exhaustivas investigaciones y ha sido materia de estudio para muchos, lo que ha dado lugar a actualizaciones y cambios en las legislaciones de cada estado con el fin de estar en armonía con los demás, sin embargo estas variaciones y modificaciones de las leyes deben estar en concordancia a lineamientos establecidos y que redunden en beneficios para los países tratantes.

Es por esto que he traído a colación 3 elementos fundamentales del TLC, que se denominan fundamentos constitucionales y que son de vital importancia para el manejo adecuado de los tratados, ellos son, la internacionalización e integración, los fines del estado y los fines de los TLC y los principios que regulan las relaciones exteriores aplicables a la negociación del TLC.

3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

⁴⁰ Resumen elaborado en base al capítulo del libro escrito por Tangarife Torres, Marcel. El TLC y el derecho de la distribución Comercial. Constitución, Tratado de Libre Comercio Andino- Estados Unidos, comunidad Andina. 2006

Todo acuerdo de libre comercio posee fundamentos constitucionales que sirven de base para la creación de dichos tratados en concordancia con tratar de crear la mayor armonía posible al firmar los acuerdos, los cuales deben ir encaminados a lograr el mayor bienestar en la población y un aumento en la economía de los países que se someten al mismo.

3.1.1 Internacionalización e integración. Podemos entender la internacionalización, también denominado globalización, como el proceso mediante el cual un país abre sus fronteras iniciando relaciones económicas y comerciales con otros estados, a través de los acuerdos o tratados internacionales.

En la constitución Política de Colombia, se encuentra consignada esta definición, y aclara que estas relaciones con otros estados están regidas por el artículo 226. El cual expresamente dice:

Artículo 226 de la Constitución Política de 1991: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”

Son muchas las opiniones que existen respecto a este tema, pero todas apuntan a que, la globalización es un proceso muy beneficioso, y que por ningún motivo debe haber proteccionismo al comercio, debido a que la apertura económica genera mayor crecimiento de las economías y por ende mejor calidad de vida para la población

A raíz de la internacionalización se creó la Organización Mundial del Comercio⁴¹, la cual es un organismo de carácter supranacional y máxima autoridad en las relaciones comerciales entre estados, además actúa como veedor de los acuerdos y tratados comerciales realizados entre dos o más países, con el fin de que se logre un máximo beneficio en las negociaciones.

Por otro lado, se puede entender la integración, como el proceso de asociación entre países que tengan unas características similares en cuanto a geopolítica cultura, territorio, los cuales se unen para lograr un área económica mayor, más sólida y fuerte, que pueda afrontar los procesos de globalización.

Por ejemplo, “El sistema de integración Andino, busca promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países miembros, en condiciones de equidad, mediante la cooperación económica y social, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”⁴²

Lo cual no hace entender que para la manera de llegar a la internacionalización es por medio de la integración económica, lo cual se logra con la celebración de tratados internacionales. Esto lo afirma el artículo 3.2 del acuerdo de

⁴¹ La cual fue establecida en 1995, y es un foro de negociación en el cual los países intentan llegar a acuerdos comerciales multilaterales y resolución de conflictos entre países.

⁴² TANGARIFE Torres, Marcel. El TLC y el derecho de la distribución Comercial. Constitución, Tratado de Libre Comercio Andino- Estados Unidos, comunidad Andina. 2006. Pág 34.

Marrakech⁴³, el cual establece que “La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales....”

3.1.2 Fines del Estado y fines de los TLC.⁴⁴ Podemos encontrar los fines del Estado descritos de forma clara y expresa en la constitución Política de Colombia, en el artículo 2, el cual menciona:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender al dependencia nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo...”

En relación al tema de “promover la prosperidad general”, se puede decir que este debe ser uno de los objetivos más importantes en la celebración de los tratados internacionales, como se dijo anteriormente, la integración entre los países se da con el fin de lograr un mayor crecimiento económico en el país,

⁴³ Acuerdo hecho en la Ronda de Uruguay, por medio del cual se establece la Organización Mundial de Comercio, y se fijan todas sus características, sus objetivos, funciones, estructura, secretaría, presupuesto, condición jurídica, entre otras.

⁴⁴ Este aparte se trae a colación en aras de entender que los tratados internacionales deben estar regidos por la constitución política del país, deben garantizar el bienestar de los habitantes y nunca, deben violar la supremacía de la Nación

con el fin de que los habitantes del Estado mejoren su calidad de vida, lo cual va en concordancia a lograr la prosperidad del país.

Cuando se habla de “facilitar la participación de todos en la vida económica de la Nación”, se hace referencia a que estamos en un país democrático, donde todos podemos participar para lograr el beneficio común del Estado, es por esto, que las puertas de las negociaciones están abiertas a todas las personas particulares participen en los procesos de negociación de los tratados, dando sus opiniones y expresando claramente sus críticas constructivas a los equipos negociadores de los tratados. Aunque algunas veces las personas pongan sus intereses particulares primero, se debe unir el pueblo primero, con sus intereses comunes, para poder mostrar fortalezas y alcanzar el máximo de beneficio el país.

Por último, debe estar claro, que aunque los países hagan acuerdos y se lleguen a procesos de globalización más avanzados, se debe entender que la soberanía del país nunca debe ser violada y que aunque existan organismos supranacionales debe primar la soberanía como estado y se deben crear acciones para defender la independencia Nacional.

3.1.3 Principios que regulan las relaciones exteriores aplicables a la negociación del TLC. Los siguientes son los principios que, tomados de la

Constitución Política y de la Corte Constitucional, aplican a las negociaciones de los tratados de libre comercio.

- Soberanía relativa del Estado al suscribir tratados de libre comercio: Este principio hace alusión a que la soberanía del Estado debe contribuir a incentivar las relaciones exteriores con otros Estados. Con respecto a lo anterior, el Art. 9 de la constitución política se refiere a que la política exterior de Colombia debe encaminarse a lograr la integración latinoamericana y del Caribe.
- Principio *Pacta sunt servanda*: Este principio está establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969, y advierte que en todo tratado establecido entre Estados, éstos se obligan a darle cumplimiento de buena fe.
- Principio de equidad: Este principio establece que, a pesar de las diferencias entre las economías de sus tratantes, los Acuerdos se deben llevar a cabo bajo condiciones de equilibrio e igualdad.
- Principio de reciprocidad: Según éste, los tratados comerciales se deben fundamentar en condiciones de beneficio mutuo entre los países, de tal forma, que lo que cada país pida le sea concedido, y no que se otorguen muchos beneficios a unos y nada a otros.
- Principio de Conveniencia Nacional: Éste principio se fundamenta en que la nación al establecer un tratado, deben primar en él los intereses

comunes de todo el país, tratando de que sea lo mejor para lograr la prosperidad en el país y el beneficio de todos sus habitantes.

- Principio de igualdad en el trato: El Art. 13 de la Constitución Política establece este principio y lo describe en los términos siguientes:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismo derechos y oportunidades sin ninguna discriminación por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”

En cuanto a los tratados, se puede decir que aplica porque el Estado debe tratar con igualdad a todos los sectores económicos, a las minorías étnicas, entre otros, de tal forma que todos resulten beneficiados en el acuerdo.

4. EVOLUCION DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO COLOMBIA- ESTADOS UNIDOS

Repasando lo que son los Tratados de Libre Comercio, podemos concluir que son acuerdos comerciales que se llevan a cabo para ampliar los mercados de bienes y servicios entre los países participantes, en el cual se acuerdan rebajar o eliminar las barreras arancelarias. Estos acuerdos son regidos por la Organización Mundial del Comercio.

En Colombia se le dio paso a la negociación del TLC por considerarlo vital para el desarrollo económico de la región, teniendo en cuenta que entre más inversión extranjera haya en el país, mayor será la confianza para la creación de nuevas empresas y la generación de empleo, y el aumento de las exportaciones de bienes y servicios en el país hará que el PIB crezca y con un mayor crecimiento económico se logrará una incidencia directa en el bienestar de los colombianos.

El TLC es una gran oportunidad para mostrar nuestros productos y dar a conocer nuestros servicios en el exterior, lo cual hace que ingresemos en un mercado internacional con un carácter competitivo y que ampliemos los mercados en cada uno de los sectores de la economía del país.

Sin embargo esto requiere de que las grandes, medianas y pequeñas empresas combinen todos los recursos, tecnológicos, económicos y humanos, a fin de que los productos y servicios ofrecidos sean de una excelente calidad, a precios muy competitivos. Y aunque nuestro país ofrece un sinnúmero de ventajas naturales debemos ser conscientes de que la infraestructura del país tiene que adaptarse para que vaya en concordancia con el reto que significa la firma del TLC.

Quien recomendó adelantar este proceso de negociación fue el Consejo Superior de Comercio Exterior del país, el cual bajo el mandato del ministro, vio en este acuerdo la posibilidad de ampliar las fronteras del comercio multilateral y de hecho, se ha convertido en el proceso más importante de la economía colombiana de los últimos años.

“Desde Noviembre de 2003 Colombia anunció el inicio de sus negociaciones con Estados Unidos para llegar a firmar el TLC, desde ese momento se han realizado 14 rondas de negociación y una reunión de avance. Se unieron Ecuador, Perú y Colombia y negociaron como un solo bloque comercial. Al llegar a un acuerdo favorable entre estos países se debe aprobar el documento por el Congreso de los cuatro países negociantes para que de esta forma se pueda implementar el Tratado”⁴⁵.

⁴⁵“Tratado de Libre Comercio” <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=4067&IDCompany=37&Profile=> Consultado el 12 de Febrero de 2008

Después de esto, Colombia entró a negociar y exponer sus intereses como nación ante la comisión de Estados Unidos, en este proceso duró casi dos años y medio, finalmente, en Noviembre de 2006 se firmó el tratado. Sin embargo, este no es el fin del proceso, se envió para aprobación al congreso de los dos países que son los que tienen la última palabra para a entrada en vigencia del acuerdo.

El actual Presidente de la República, Álvaro Uribe, ha sido la persona que mas incansablemente ha trabajado por el TLC, como una búsqueda de integrar a Colombia en los mercados internacionales. Desde el proceso de apertura económica, el país ha firmado acuerdos comerciales con países latinoamericanos, como es el caso de, el acuerdo de complementación económica con la Mercosur⁴⁶ y el Acuerdo de Libre Comercio con Chile⁴⁷, entonces, por qué no realizar el acuerdo con uno de nuestros principales socios comerciales y que además, es un país que posee un flujo comercial bastante representativo en el conjunto del comercio del mundo.

Sin embargo, hasta ahora no hemos hablado si no de los beneficios que representa el Tratado de Libre Comercio a nuestro país, hay que mirar entonces, la otra cara de la moneda, en la cual hay sectores en el país que se

⁴⁶ Firmado el 18 de Octubre de 2004

⁴⁷ Firmado el 27 de Noviembre de 2006, en Santiago de Chile

verán seriamente afectados por no contar con la competitividad necesaria para hacerle frente a unos monstruos del comercio, a empresas industrializadas.

Durante el proceso de negociación hubo algunos reveses que sufrieron los negociadores en cuanto a algunos temas que pusieron en vilo el acuerdo, esto debido a la enorme brecha que existe entre Colombia y Estados Unidos, y a la inconformidad de varios sectores económicos que se daban cuenta que el país no se iba a ver tan favorecido dándole tantas concesiones a Estados Unidos y a sabiendas de que en nuestro país tiene un peso significativo el flujo de exportaciones a ese Estado y por el contrario, para ellos nuestras importaciones no tienen un carácter tan significativo.

Los sectores que se vieron más afectados con la negociación, fueron la agricultura, la propiedad intelectual, la modificación de las cuotas de exportación, los patentes, entre otros temas de delicada importancia para nuestro país, lo cual los empresarios lo visionan como un desmejoramiento de estos sectores productivos y que no obtienen una solución que sea justa para ambos países de parte del equipo negociador.

El proceso por medio del cual se llevó a cabo las negociaciones fue por medio de reuniones, denominadas rondas de negociación, las cuales contaban con negociadores de varios países, tratando de conseguir beneficios mutuos y

acuerdos que no afectaran directamente a cada país. El itinerario fue: “Se realizaron 14 rondas de negociación y 1 reunión de avance: la primera ronda de negociación se celebró en la ciudad de Cartagena (Colombia); la segunda en Atlanta (Estados Unidos); la tercera en Lima (Perú); la cuarta en San Juan (Puerto Rico); la quinta en Guayaquil (Ecuador); la sexta en Tucson (Estados Unidos); la séptima nuevamente en Cartagena (Colombia); la octava en Washington (Estados Unidos); la novena en Lima (Perú); la décima en Guayaquil (Ecuador), la undécima en Miami (Estados Unidos), la duodécima en Cartagena (Colombia), la reunión de avance se celebró en Washington (Estados Unidos) al igual que la Decimotercera y la Decimocuarta ronda.

Las negociaciones se hicieron en bloque; así Colombia, Ecuador y Perú negocian como un solo territorio económico con los Estados Unidos. Para llegar totalmente coordinados a la mesa de negociaciones Colombia, Ecuador y Perú realizaron sesiones conjuntas antes de las rondas de negociación con Estados Unidos.

Después de negociado entre los países, el TLC debe ser aprobado por el Congreso de la República y posteriormente convertirse en Ley. Así mismo los Congresos de Ecuador, Perú y los Estados Unidos deben aprobarlo, para que pueda implementarse”⁴⁸.

La última información que tenemos sobre el tratado es que el 24 de Julio del presente año, la Corte Constitucional sacó un comunicado de prensa en el cual

⁴⁸ Tratado de Libre Comercio. Tomado de <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=4067&IDCompany=37&Profile>

está la sentencia sobre la exequibilidad de la ley que aprueba la legalidad del TLC de Colombia con Estados Unidos y sus anexos. Por medio del cual se tomó las presentes decisiones⁴⁹:

- **EXPEDIENTE LAT-311 - SENTENCIA C-750/08⁵⁰**

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1143 de 4 de julio de 2007 "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

- **EXPEDIENTE LAT-319 - SENTENCIA C-751/08⁵¹**

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007 "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Modificatorio al Promoción Comercial Colombia- Estados Unidos", firmado en Washington, Distrito de Columbia el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha.

⁴⁹ SIERRA PORTO, Humberto. Comunicado de Sentencias C-750 y C-751 de 24-07-2008. Tomado de <http://actualicese.com/normatividad/2008/07/24/comunicado-de-sentencias-c-750-y-c-751-de-24-07-2008/>. Consultado el 10 de Agosto de 2008

⁵⁰ Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

⁵¹ Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el Protocolo Modificatorio al Promoción Comercial Colombia- Estados Unidos, firmado en Washington, Distrito de Columbia el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha.

4.1 EL CASO DE LA AGENCIA EN EL TRATADO

Después de mucho debates, de ponencias jurídicas y de establecer diferencias entre las legislaciones de Estados Unidos y Colombia, quedó establecido que, con la entrada en vigor del TLC, se variará en Colombia el artículo que establece el pago de la cesantía comercial, la indemnización equitativa y la no exclusividad del agente salvo en pacto contrario.

Este cambio en la legislación colombiana debe darse, por compromiso expreso del Estado, seis meses después de entrado en vigencia el tratado y va encaminado a que Colombia se integre a los lineamientos especificados por la GATT, en cuanto al comercio mundial de servicios, y estipula unas características para los contratos de distribución más flexibles.

La redacción del Capítulo 11-E del TLC deja estipulado ese cambio de la siguiente manera *“el Gobierno colombiano será el que principalmente asuma la tarea de ajustar su legislación interna a lo acordado por las partes en el tratado, pues el “agency” en EE UU es un contrato cuyas características esenciales, si bien son igualmente la de la intermediación de bienes y servicios*

*y la de un encargo para el desarrollo de una determinada gestión, no implica el pago o reconocimiento de prestaciones adicionales al agente a la terminación de la relación contractual*⁵².

Debido a esta decisión de la comisión negociadora y del acuerdo alcanzado en las rondas de negociación han sido muchos los argumentos expuestos acerca de los pros, y contras de esta nueva ley, por ejemplo, la ex ministra de Comercio Exterior, Ángela María Orozco, aseguró durante un debate en el Congreso que “eliminar la cesantía comercial terminaría convirtiéndose en un contrato de intermediación como cualquier otro. Reconoció que el origen de la figura ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia. Prueba de ello se evidencia en una última sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se reconoce que la naturaleza de la cesantía comercial es el elemento distintivo del contrato de agencia y será lo que marque la diferencia respecto a cualquier otro tipo de contrato que se firme.”⁵³

Por otro lado, Claudia Velásquez, asistente de la presidencia de la Asociación de Transportadores Aéreos de Colombia, dijo que “el interés de la asociación frente a la propuesta de los EE.UU. no es el de proteger a una multinacional como tampoco el de acabar a los agentes comerciales. Según ella, la figura de cesantía comercial es anacrónica, una norma recesiva y que genera una carga

⁵² ALIANZA HOGAN & HARTSON, Zuleta Acosta Suarez Ibarra Araque & Jaramillo Abogados. Ed. Legiscomex. Washington. 13 de Septiembre de 2006. Consultado el 20 de Julio de 2008

⁵³ CUBILLOS F. Rosalba. Advierten Pérdidas por Agenciamiento comercial. Tomado de: <http://www.larepublica.com.co/tlc/noticia2.html>. Consultado el 25 de Julio de 2008.

y una protección específica en un contrato. Decir que la cesantía comercial tiene como origen la acreditación de una marca es completamente falso, reiteró. Según la directiva, en caso de que llegara a desaparecer la figura de cesantía comercial, es claro que el agente no se quedará sin una indemnización por la acreditación de una marca, pues los principios generales de indemnización en la ley colombiana son claros”⁵⁴.

En general, los que están a favor de la eliminación de la cesantía comercial, argumentan que esta cláusula impone una carga pesada para los empresarios que quieren realizar este tipo de contratos, los cuales se ven cohibidos de hacerlo por el impacto económico que le genera la terminación de éste. Y por otra parte los que están en contra de la eliminación de la indemnización y la cesantía, reconocen que el pago de este dinero se hace como un reconocimiento a los agentes por la creación de un nuevo mercado y por el número de clientes que le quedarán al agenciado, además tampoco ven con buenos ojos, que después de que un agente haya gastado e invertido en reconocimiento de la marca, en posicionamiento y el mercadeo, no se le reconozca al agente todo el esfuerzo hecho y el beneficio obtenido a favor de él mismo, pero también del agenciado.

Sin embargo esta modificación, se encuentra a la cabeza del Estado, sin embargo debe ser llevada a cabo, realmente, por el Congreso de la República,

⁵⁴ *Ibíd.*

quien tendrá esa obligación y a quién se verán limitadas sus competencias, por el hecho de que ésta nueva ley estará regida por la OMC y será de carácter supranacional.

5. SECTORES EMPRESARIALES DEL PAÍS QUE UTILIZAN LA AGENCIA COMERCIAL COMO MECANISMO DE DISTRIBUCION Y LA INCIDENCIA DEL TLC EN ELLOS.

La noticia de que el Gobierno Colombiano había aceptado la propuesta de Estados Unidos para modificar el artículo concerniente a la cesantía y la indemnización con respecto a la figura de Agencia Comercial, puso en vilo a todos los sectores empresariales del país que hacen uso de esta figura.

Cabe anotar que en la actualidad los principales sectores que participan en el mercado nacional haciendo uso de esta figura son los de turismo, los intermediarios aduaneros y de tecnología.

Según la Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo, ANATO, en palabras de su representante Oscar Rueda, “en total las empresas de servicios que hacen agenciamiento comercial suman aproximadamente 1.300, con ventas anuales del orden de 2 billones de pesos, generando 8 mil empleos directos que sumados a los indirectos, significan 100 mil colombianos involucrados en el turismo”⁵⁵. Asimismo señaló que “este tema afecta a todos los distribuidores en Colombia. El 70% del comercio mundial está en manos de las multinacionales y casi todas son de Estados Unidos. Esas empresas

⁵⁵ MORENO PIRAQUIVE, Alexandra. Propuesta para acabar con la figura de Agenciamiento Comercial, perjudicaría a las empresas Colombianas de servicios. Senado de la República de Colombia.
http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20051011/pags/20051011200133.html. 2005

buscan que frente a un empresario pequeño que es el distribuidor no existan normas que los protejan, por eso se busca esa derogatoria⁵⁶.

Ante cifras como estas, el presidente de Anato, Oscar Rueda; de Federal Express (Fedex), Alfredo Castellanos y la ex ministra de Comercio Exterior, Ángela María Orozco, alertaron de nuevo por las implicaciones que podría tener en el mercado colombiano la eliminación de la referida figura⁵⁷.

Entre las asociaciones de Agencias comerciales más representativas de nuestro país encontramos:

- Asociación colombiana de Agencias de Viajes y turismo, la cual mencionamos anteriormente.
- Federación Colombiana de Transitarios, Intermediarios Aduaneros y Almacenadoras "FITAC".
- Asociación del transporte Aéreo en Colombia. ATAC.
- Federal Express. Fedex.
- Schneider Electric
- Llantas Michelin

⁵⁶ CUBILLOS F. Rosalba. Advierten Pérdidas por Agenciamiento comercial. Tomado de: <http://www.larepublica.com.co/tlc/noticia2.html>. Consultado el 25 de Julio de 2008.

⁵⁷ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

Mediante este trabajo se logró estudiar a fondo las características representativas de una figura del derecho comercial y de un mecanismo de distribución muy usado en la actualidad, La Agencia Comercial, la cual ha sido protagonista de múltiples controversias debido a que se requiere cambiar su parte legislativa al llegarse a firmar un acuerdo de libre comercio con nuestro principal socio comercial, Estados Unidos.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que la Agencia es una herramienta muy útil a la hora de conquistar nuevos mercados, la cual logra ser un intermediario de vital importancia en la cadena comercial, llevando productos de un fabricante a un consumidor final, disminuyendo para el productor costos de marketing, posicionamiento de marca y de generación de nuevos clientes. La cual se diferencia con las otras formas de distribución y comercialización, debido a la descripción tan detallada y las características que la definen en la legislación colombiana, las cuales las hacen única.

En contraposición a lo anterior encontramos que el país sufrió una serie de procesos que iban encaminados a conseguir un Tratado de Libre Comercio con nuestro principal socio comercial, Estados Unidos, lo cual incidió en que se

dieran cambios sustanciales a la ley Colombiana respecto a la figura de Agencia. Dichos cambios estructurales crearon toda serie de reacciones,

algunas a favor otras en contra, debido a que las empresas Colombianas que usan dicha figura y están amparadas bajo esas leyes se van a ver seriamente afectadas con la decisión tomada por los negociadores del acuerdo multilateral; así pues, se eliminaría la cesantía comercial, y ésta es la única diferencia entre este tipo de contrato y otros de distribución.

Sin embargo, la idea de esa eliminación es armonizar las leyes de tal manera que cualquier conflicto que se produzca entre empresas de este tipo entre los países negociantes tenga una ley uniforme para solución de conflictos y arbitraje. Lo cual hace que Colombia ceda un poco su soberanía al dejar que las leyes que se apliquen para este tipo de conflictos sea una uniforme y el organismo que los atienda sea la Organización Mundial de Comercio OMC, la cual goza de virtud supranacional.

Por otra parte se pueden observar a lo largo del trabajo las ventajas que tiene la puesta en marcha del TLC para nuestro país, el cual se hace con el objetivo primordial de tener una economía más estable, generar empleos, incentivar la inversión y lograr que todos y cada uno de los colombianos tengamos una mejor calidad de vida. Para lo cual, obviamente, el país debe empezar a prepararse y ampliar sus fronteras con respecto a los recursos que utiliza para la producción de sus bienes o la generación de sus servicios, de tal manera que nuestras empresas sean muy competitivas y la estructura de producción

sea mayor, así se ofrecerán los bienes y servicios a un mejor precio y con una excelente calidad.

Por último, vale la pena aclarar que aunque se ha venido tratando este tema, aun falta mucha tela por cortar, porque el sector empresarial que utiliza las agencias comerciales se ha visto muy reacio frente al tema, ya que exponen, que si el TLC se llegará a firmar les perjudicaría mucho. Lo cual, hay que decir, que es incierto, debido al proceso político por el que está atravesando Estados Unidos, además se ha especulado mucho sobre ese tema. Lo único que si se debe tener claro es que las empresas colombianas, y en general, el país, debe estar preparado para que sea cual sea la decisión que se tome, se afronte de la mejor manera posible y vaya en pro del bienestar social y económico de la nación.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a las Agencias Comerciales en el país, que vean y analicen la posibilidad de aceptar una ley uniforme, que beneficie a todos, y traten de adaptarse a un nivel jurisprudencial superior al que se lleva en el país, de tal manera, que no solo se piense en el beneficio propio, sino en el común, que analicen que la unificación de la legislación hará que sea más fácil el arbitraje entre empresas de diferentes países. También que se fortalezcan y se unan para afrontar el reto que implica llevar a cabo un acuerdo comercial con un país tan importante en la economía del mundo. Que se vuelvan muy competitivas para hacerle frente a otras empresas que entraran a competir en nuestro país.

Se propone, que se continúen haciendo investigaciones en cuanto a un análisis jurisprudencial comparado entre las legislaciones de los dos países, lo cual amplía el conocimiento internacional y da una visión más clara de cómo y bajo qué parámetros se desarrollan las mismas actividades comerciales en países diferentes al nuestro. Además esta investigación da campo para abrir otra en donde se analice el comportamiento de las Agencias después de la entrada en vigencia del tratado, ya que en este momento, no se pueden sacar conclusiones a priori, si fue ventajoso o no unificar la legislación.

Por último, también es recomendable, que se analice la forma de crear una nueva figura legislativa que supla la Agencia Comercial, de tal manera, que conleyes de Colombia y la parte de la legislación de Estados Unidos, en el cual se observa que la “Agency”, es la base para las sociedades, podría llegarse a crear una figura nueva, que de beneficios mutuos y que no se perjudique ninguna de las dos legislaciones al suprimir o modificar las leyes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALIANZA HOGAN & HARTSON, Zuleta Acosta Suarez Ibarra Araque & Jaramillo Abogados. Ed. Legiscomex. Washignton. 13 de Septiembre de 2006.
- ARRUBLA, Jaime Alberto. El TLC y el Derecho de la Distribución Comercial. 1º Ed, 2006. Págs. 263,264.
- BLIMAN, Jorge Daniel. El TLC y el Derecho de la Distribución Comercial. El contrato de franquicia comercial. 1era. Ed. Biblioteca Jurídica Díké. 2006
- CUESTA VALIÑO, Pedro."Estrategias de crecimiento para las empresas de distribución comercial" Concepto y dimensiones de la Distribución Comercial. 2006. <http://www.eumed.net/tesis/2006/pcv/1b.htm>.
- CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. Aproximación al contenido del contrato de joint-venture. Revista Agora: Expresión de un pensamiento. U. Javeriana. Vol.14, N°28. Bogotá, Colombia. Pág. 22. 1992. Consultado el 1 de Abril de 2008. En www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis7.pdf.
- CUBILLOS F. Rosalba. Advierten Pérdidas por Agenciamiento comercial. Tomado de: <http://www.larepublica.com.co/tlc/noticia2.html>. Consultado el 25 de Julio de 2008.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL, Revista actualidad jurídica Abril de 2005. Tomado de: www.kpmg.com.co. Consultado el 20 de Mayo de 2008. Pág.1

- <http://www.franquiciascolombianas.com/web/Informaci%C3%B3nGeneral/Caracter%C3%ADsticasdeunsistemadefranquicias/tabid/129/Default.aspx>. Consultado 28 de Junio.
- GOMEZ, Enrique. Tomado de www.portafolio.com.co. Consultado el 8 Junio de 2008
- GUARDIOLA SCARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Contrato de Franquicia. Casa Editorial Bosch. 1era Ed. 1998.
- JAECKEL KOVACS, Jorge. “Algunas ideas acerca de los sistemas de distribución y la forma como afectan la competencia en el mercado”. El TLC y el derecho de la distribución comercial. Ed. Biblioteca Jurídica Diké. 1ª Edición. 2006.
- JARAMILLO CARO, Santiago. Algunos efectos del TLC sobre el contrato de agencia mercantil en la legislación colombiana. Tomado de: www.legiscomex.com/ArticuloSubtema.asp. Bogotá. Diciembre 9-2006. Consultado el 20 de Marzo de 2008.
- LAGAZZI ARAVENA, Román. Ensayo derecho societario II. Concepción, Chile. Tomado de: www.monografias.com/trabajos15/concesion-comercial. Consultado el 10 de Junio de 2008.
- MARTINEZ COLL, Juan Carlos. “La integración de la Unión Europea”. La economía de mercado, virtudes e inconvenientes. Tomado de: <http://www.eumed.net/cursecon/17>. 2001. Consultado el 4 Abril de 2008.

- MORENO PIRAQUIVE, Alexandra. La letra menuda del TLC. Capitulo cuatro, TLC Colombia- Estados Unidos. Ed. GEW Ltda. Agosto de 2007
- MORENO PIRAQUIVE, Alexandra. Propuesta para acabar con la figura de Agenciamiento Comercial, perjudicaría a las empresas Colombianas de servicios. Senado de la República de Colombia. http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20051011/pags/20051011200133.html. 2005.
- PALOMARES, Jorge Ricardo. El concepto de Soberanía en el proceso de Integración Europeo. La nueva dimensión de concepto de soberanía. Red Grupos y Centro de Investigación jurídica y Socio Jurídica. www.redsociojuridica.org/ponencias_2006.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*. 2da. Ed. Bogotá: Ed. Legis. 2005.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Las relaciones de mandato en el derecho norteamericano: un análisis comparado”. El TLC y el Derecho de distribución comercial. Ed. Biblioteca jurídica Diké. 1ª Ed. 2006. Págs.305, 306.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC. 3ª Ed. Publicado anteriormente con el título de “Con el Comercio hacia el futuro”. Escrito y publicado por la OMC. División de información y Relaciones con los medios de Comunicación. Pág. 9. www.wto.org. Septiembre de 2003, revisado en Febrero de 2007.
- SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo.” La distribución como fenómeno económico”. Derecho de la distribución Comercial. Autores Varios. Ed. Los Navegantes. Santa fe de Bogotá. 1995. Pág. 23.

- SCUELTEZER, Michael. Derecho Europeo. Buenos Aires: Ed. De Palma. 1987. Pags.150-152. Citado por Salazar Manrique, Roberto. “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Memorias del Seminario Internacional “La integración, derecho de los Tribunales comunitarios. Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo. Julio-Agosto 1996.
- SIERRA PORTO, Humberto. Comunicado de Sentencias C-750 y C-751 de 24-07-2008. Tomado de <http://actualicese.com/normatividad/2008/07/24/comunicado-de-sentencias-c-750-y-c-751-de-24-07-2008/>. Consultado el 3 Agosto de 2008.
- STIGLITZ, Joseph E. “El malestar de la globalización”. Ed. Novos S.A., Bogotá D.C., Colombia, julio de 2002. Pág. 34.
- TANGARIFE TORRES, Marcel. El TLC y el derecho de distribución comercial. Constitución, Tratado de Libre comercio Andino-Estados Unidos, Comunidad Andina. 1era. Ed. Biblioteca Jurídica Diké. 2006.
- TUISABA, Jairo. Tratado de Libre Comercio (TLC)- Servicios Transfronterizos. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. República de Colombia. 2006 www.mincomergov.co.
- VELANDIA CASTRO, Mauricio. “Canales de distribución comercial y competencia”. El TLC y el derecho de la distribución comercial. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª Edición. 2006
- www.tlc.gov.co/eContent/news. Consultado el 8 de Julio de 2008

ANEXOS

ANEXO A. MODELO DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Entre los suscritos a saber: El Señor.....mayor de edad, con sociedad conyugal vigente (si es casado), colombiano, domiciliado en....., quien obra en su carácter de gerente de.....por una parte, quien en este contrato se denominará EL AGENTE, y el señor....., mayor de edad, casado, colombiano, domiciliado en, quien obra en su carácter de apoderado de.....según consta en la Escritura Pública N°..... del.....de.....de....., Notaría.....del Círculo de.....por otra parte, quien en lo sucesivo se denominará EL EMPRESARIO, han convenido en celebrar el contrato regulado en las cláusulas que siguen: **PRIMERA: Objeto.** EL EMPRESARIO encarga al AGENTE, quien asume en forma independiente y de manera estable la promoción y venta a nombre de él, de.....**SEGUNDA: Zona.** EL AGENTE ejecutará el encargo en el territorio de....., República de Colombia. **TERCERA: Facultades del Agente:** a) Establecer dentro de la zona acordada las dependencias que considere convenientes para el mejor desarrollo del objeto de este contrato; b) Ofrecer y vender al público.....; c) Anunciar en forma apropiada en la zona que le corresponde su carácter de AGENTE y adelantar de común acuerdo con EL EMPRESARIO las campañas de publicidad que se consideren oportunas; d) Descontar directamente de cada consignación o remesa de fondos las comisiones que le correspondan y los gastos que EL EMPRESARIO le haya autorizado previamente por escrito a menos que EL AGENTE reciba instrucción en sentido distinto; e)**CUARTA: Duración.** El término de duración de este contrato es de.....contado a partir del.....**QUINTA: Prórroga.** Se entenderá prorrogado por un término igual al pactado a menos que una de las partes manifieste a la otra por escrito, con anticipación no menor de treinta (30) días calendario a la fecha de terminación su intención de no continuarlo. **SEXTA: Obligaciones del AGENTE:** a) Proporcionar al EMPRESARIO cuando éste lo solicite, informes completos sobre las actividades realizadas y los resultados obtenidos en ejecución del objeto de este contrato. En todo caso se presentarán informes cada mes en los.....primeros días del mes siguiente a aquél sobre el cual verse dicho informe; b) Las oficinas o locales que EL AGENTE utilice para la promoción y venta de.....estarán ubicadas en lugares comercialmente céntricos de la zona, dispuestos adecuadamente y el personal que los atienda será competente y suficiente. El personal mencionado no tendrá vinculación laboral alguna con EL EMPRESARIO; c) Cumplir oportuna y fielmente las instrucciones del empresario; d) Los sistemas de ventas de.....mediante créditos, sólo podrán establecerse previa aprobación escrita y convenio especial que firmen las partes del contrato presente; e) EL AGENTE no hará descuentos por concepto de la venta de.....en relación con los

precios fijados por EL EMPRESARIO; f) Mantener buenas relaciones comerciales con.....y el público en general para las promociones y ventas de que trata este contrato; g) Comunicar inmediatamente al EMPRESARIO cualquier reclamo relativo a la calidad de las mercancías (o los servicios) junto con la información que sea pertinente allegar; h) Dentro de los.....días calendario siguientes al de la terminación de....., EL AGENTE rendirá cuentas de las ventas realizadas durante.....y simultáneamente entregará el valor de las ventas efectuadas durante tal período, junto con....., menos las deducciones que adelante se autorizan. EL EMPRESARIO indicará la forma de rendir las cuentas y podrá modificar los períodos establecidos comunicándolo por escrito y oportunamente al AGENTE. Las modificaciones serán parte de este contrato; i) Las sumas de dinero que EL AGENTE reciba de las ventas que realicen de acuerdo con el contrato que aquí se determina, así como las mercancías que reciba del EMPRESARIO, los tendrá y conservará a título de depósito; j) Colaborar y facilitar las visitas de inspección que en cualquier tiempo, tendrá derecho a efectuar EL EMPRESARIO, o sus comisionados, para constatar el cumplimiento del contrato; k) Tomar en una compañía de seguros aceptable a juicio del EMPRESARIO, una póliza que garantice el pago total de los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás del personal que tenga a su servicio por causas del presente contrato; l)

SEPTIMA: Remuneración. EL EMPRESARIO reconocerá al AGENTE como contra prestación y a título de remuneración por los servicios de que trata este contrato el.....%.....

OCTAVA: Obligaciones del EMPRESARIO: a) EL EMPRESARIO suministrará oportunamente al AGENTE las instrucciones, reglamentos y tarifas que sean pertinentes a la oferta y venta de.....; b) Reconocerá al AGENTE los gastos solicitados y aprobados por aquellos para casos especiales; c).....

NOVENA: Exclusividad. EL EMPRESARIO se compromete a servirse únicamente de.....como AGENTE en la zona y para el ramo de productos.....

DECIMA: No competencia. EL AGENTE no podrá promover, ni vender en la zona que se determina en este contrato las mercancías de empresarios que sean competidores de.....

UNDECIMA: Garantías. EL AGENTE pagará al EMPRESARIO el valor correspondiente a un año de la prima de seguro de manejo y cumplimiento que EL EMPRESARIO tiene contratado para este efecto. Se procederá de la misma manera en caso de prórroga del contrato.

DUODECIMA: Responsabilidad y representación. EL EMPRESARIO no responderá de los errores y culpas en que incurra EL AGENTE o sus dependientes con causa de actos relacionados con el cumplimiento del contrato, que serán de su exclusiva responsabilidad.

DECIMATERCERA: Terminación del contrato. El contrato terminará por: a) Mutuo acuerdo; b) Expiración del termino de duración; c) Sentencia que así lo ordenare; d) Los casos consagrados en la ley. Terminado el contrato finalizará el depósito y EL AGENTE dispondrá de.....días (hábiles o calendario) para

entregar el último informe de ventas y la rendición de cuentas respectivas.

DECIMACUARTA. Justas causas para terminar el contrato. 1. Por parte del EMPRESARIO; a) El incumplimiento grave del AGENTE en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley; b) Cualquier acción u omisión que afecte gravemente los intereses del EMPRESARIO; c) La iniciación del trámite de liquidación obligatoria o insolvencia del AGENTE, y d) La liquidación o terminación de actividades. 2. Por parte del AGENTE: a) El incumplimiento del EMPRESARIO en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del EMPRESARIO que afecte gravemente los intereses del AGENTE; c) La iniciación del trámite de liquidación obligatoria o insolvencia del EMPRESARIO y d) La terminación de actividades.

DECIMAQUINTA: Prestación. A la terminación del contrato, EL AGENTE tendrá derecho a que EL EMPRESARIO le pague la prestación de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

DECIMASEXTA: Cláusula compromisoria. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de....., mediante sorteo efectuado entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara. El Tribunal se sujetará a lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 o estatuto orgánico de los sistemas alternos de solución de conflictos y demás normas concordantes, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por.....árbitros, b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles, c) El Tribunal decidirá en (derecho, en conciencia o en principios técnicos), d) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles.

DECIMASEPTIMA: Derechos, impuestos y registro. El presente contrato será inscrito en la Cámara de Comercio de.....por cuenta de.....los derechos notariales por autenticación de documento privado y el valor del impuesto de timbre serán a cargo de.....

En constancia se firma este documento en.....y en.....a los.....días del mes de.....de.....

Firma del Agente:.....

Firma del Empresario:.....

**ANEXO B. CUADRO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE AGENCIA
COMERCIAL Y CONTRATOS DE INTERMEDIACION**

(Elementos coincidentes y diferenciadores)

Elementos	Contratos						
	Agencia	Corretaje	Distribución	Concesión	Suministro para distribuir	Comisión	Mandato Puntual
Independencia y autonomía del agente	Tiene	Tiene Especial conocimiento de los mercados	Tiene	Tiene	Tiene	Tiene	Tiene
Estabilidad	Tiene	No tiene, la labor es esporádica y ocasional	Tiene	Tiene	Tiene	No tiene, realiza encargos ocasionales	No tiene
Encargo para explotar y promocionar negocios	Tiene	No tiene	Tiene obligación de promoción, pero no hay verdadera intermediación	Tiene obligación sólo de promoción	Tiene obligación sólo de promoción	No tiene, es un mandato no representativo para cualquier negocio	No tiene
Por cuenta y beneficio del agenciado	Tiene	No tiene	No tiene, se compra para revender en su propio beneficio	No tiene, obra por cuenta y riesgo propio	No tiene	No tiene, obra siempre en nombre propio	No tiene
Explotación de un determinado ramo en una zona del territorio	Tiene	Tiene	Puede tener	Tiene	No Tiene	No tiene	No tiene

ANEXO C. CASO AGENCIA COMERCIAL EN COLOMBIA

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

28 de Febrero de 2005

Expediente No. 7504

Industrias Jomar Ltda. vs. Curtiembres Bufalo S.A.

Resumen sobre consideraciones de la Corte

1. Sobre el Contrato de Agencia Comercial en general y sobre la labor de promoción con estabilidad del agente en particular.

“Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante –el agente- asume “en forma independiente y estable” el encargo de promover o explotar negocios de un empresario –el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia –sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda el agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce – en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada.”

Del texto transcrito se puede sintetizar que la Corte sostiene:

- Uno de los elementos más relevantes del contrato de agencia comercial es la estabilidad en la labor desempeñada por el agente comercial a favor del agenciado pues no se limita a perfeccionar o concluir negocios, sino que hace una labor de promoción con varias etapas que incluye desde la información al cliente, hasta la conquista, mantenimiento, preservación e incremento del mismo.
- El hecho que el contrato de agencia comercial sea un contrato de duración no implica que sea término indefinido.

Más adelante la Corte considera:

“(…), lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado.”

Señala la Corte que lo determinante en el Contrato de Agencia Comercial no son los contratos en sí mismos que el Agente logra concluir a favor del agenciado, sino la labor de promoción que el agente realiza para conseguir la clientela para el empresario y una vez consolidada, ésta se mantenga o se aumente.

La estabilidad de la relación es un elemento que opera tanto en beneficio del agente como del agenciado.

Adicionalmente la Corte pone de presente:

“(…) al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación [la del contrato de Agencia Comercial], aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos”

De esta manera la Corte nuevamente reafirma las características especiales que tiene el contrato de agencia comercial y como el agente es la parte del contrato, que por su independencia y autonomía, debe hacer la inversión y organizar la empresa para cumplir con su labor. Dicha inversión no pretende limitarse a ser un detallista, en el sentido comercial del término, sino promover los negocios del agenciado actuando de manera estable ante la clientela.

Posteriormente, la Corte señala:

“Tan cara es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, que no obstante ser una especie de mandato, no es posible finiquitarlo por causa de la revocación que haga el agenciado (arts. 1279 y 1330 C. de Co.), toda vez que se trata de un negocio jurídico que interesa a ambos contratantes. De allí que el legislador, de una parte, se hubiere ocupado de establecer las “justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato” (artículo. 1325 C. de Co.), y de la otra, que haya establecido el derecho a una “indemnización equitativa” a favor de aquella parte –agente o agenciado- a quien se “revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada” (inc. 2, artículo. 1324 ib.), previsiones estas que no sólo develan que la estabilidad no es un mero enunciado teórico, sino que, de paso, evidencian también que no se trata de una característica absoluta y, por ende, infranqueable, pues habrá casos en que, pese al plazo de duración que inicialmente haya sido acordado para el agenciamiento, podrán los contratantes ponerle fin a la relación comercial, si se presenta una de las especiales y excepcionalísimas circunstancias que –ex lege- habilitan la terminación.”

Es de destacar en el pronunciamiento de la Corte que pese a que el contrato de agencia comercial es una especie del género del contrato de mandato, no es esencialmente revocable, pues el negocio a cargo del agente es una operación que interesa a ambas partes. Esta connotación justifica el señalamiento de

unas causales de terminación y la consecuencia que tiene la misma sobre el reconocimiento del inciso 1º y 2º del artículo 1324 del Código de Comercio y la indemnización equitativa sobre “cesantía comercial” e indemnización equitativa.

2. Sobre la Cesantía Comercial

Sobre este aspecto la Corte determina:

“Cumple señalar que, al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co. –tópico que ha sido abordado desde diversos ángulos como el de la seguridad social; los bienes mercantiles y, específicamente, la clientela; el derecho societario; los contratos de colaboración, entre otros-, parece claro que, en línea de principio, ella debe ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de “la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años”, que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquel.

(...)

Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, ex ante, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados.”

Con la interpretación de la Corte se ratifica que la cesantía comercial o prestación del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio se encuentra vinculado con la generación y preservación de la clientela y su pago se justifica y causa una vez se termina el contrato, pues es el momento en que se puede liquidar el esfuerzo realizado por el agente.

A manera de conclusión

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, bajo análisis y resumen, legitima, ratifica y confirma muchos de los argumentos expuestos por ANATO sobre la conveniencia del régimen vigente del Código de Comercio sobre el Contrato de Agencia Comercial, en particular, los siguientes:

- La agencia comercial es un contrato sui generis dentro del género del mandato y por lo tanto no se puede asimilar o equiparar con los demás contratos de intermediación. Por esta razón, la remuneración y las prestaciones no pueden ser las mismas que se tienen para los demás contratos de intermediación.
- La prestación comercial del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio se justifica en la labor del agente para conquistar, mantener y aumentar una clientela para el empresario y no exclusivamente por la labor de hacer negocios específicos en nombre y cuenta del empresario.
- La cesantía comercial se justifica por la estabilidad que caracteriza a la agencia comercial.
- El agente comercial es el que hace las inversiones para ejecutar la labor para el empresario.

ANEXO D. SENTENCIAS C-750 Y C-751 DEL 24 DE JULIO DE 2008

Corte Constitucional

Comunicado de Prensa No. 35

La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 24 de julio de 2008, profirió las sentencias por medio de las cuales se efectuó la revisión oficiosa de constitucionalidad del "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006 y de la Ley 1143 de 2007, aprobatoria del mismo, así como del "Protocolo Modificador" del mismo Acuerdo formado en Washington el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha. Las decisiones adoptadas fueron las siguientes.

1. EXPEDIENTE LAT-311 - SENTENCIA C-750/08

Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

2. Decisión

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1143 de 4 de julio de 2007 "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

1. EXPEDIENTE LAT-319 - SENTENCIA C-751/08

Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

4. Decisión

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007 "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Modificador al Promoción Comercial Colombia- Estados Unidos", firmado en Washington, Distrito de Columbia el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el Protocolo Modificador al Promoción Comercial Colombia- Estados Unidos, firmado en Washington, Distrito de Columbia el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha.

5. La decisión

La Corte Constitucional estudió de manera conjunta las leyes aprobatorias del tratado de libre comercio con los Estado Unidos y el Protocolo Modificador de éste. Se decidió de manera separada sobre el Acuerdo y el Protocolo, pero su estudio y análisis se hizo de manera simultánea.

El estudio de constitucionalidad comprendió inicialmente el procedimiento legislativo que se adelantó en el Congreso de la República, incluyendo entre otros aspectos, la cámara en donde se inició el trámite; la cadena de anuncios la necesidad de consulta a las comunidades indígenas y los tiempos y plazos de remisión de los proyectos entre cámaras y comisiones.

Habida cuenta de la especial naturaleza del contenido del tratado y de su protocolo modificador, se precisó cuál era el alcance del control de constitucionalidad previo y abstracto en cabeza de esta Corporación, al igual que los límites y efectos para la efectiva protección de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales.

La vigencia del TLC y su Protocolo Modificador no pueden suponer una mengua o eliminación de las competencias y facultades constitucionales de los distintos órganos y autoridades colombianas. La potestad normativa del

legislador, del ejecutivo y en general todas las actuaciones de las autoridades nacionales, incluyendo los jueces y corporaciones que hacen parte de la rama judicial, permanecen intactas. Es necesario distinguir las responsabilidades internacionales que puede generar indemnizaciones de las atribuciones y competencias propias de todos los servidores públicos del Estado colombiano.

La Corte Constitucional así como los demás poderes y autoridades deberán actuar siempre de manera "conforme a la Constitución" de manera tal que los desarrollos o aplicaciones del TLC podrán ser objeto de decisiones judiciales.

Finalmente, luego de realizar un estudio de los temas del Acuerdo y del Protocolo Modificatorio capítulo por capítulo, se concluyó que el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América así como su Protocolo Modificatorio son exequibles

6. El magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA manifestó su **salvamento de voto** por cuanto a su juicio, tanto el Acuerdo de promoción Comercial revisado como la Ley aprobatoria del mismo son inconstitucionales.

El magistrado ARAUJO RENTERIA afirmó que como ciudadano es amigo de los intercambios económicos con todos los pueblos del mundo. Como juez, a pesar de ese deseo de intercambio en todos los aspectos, no puede mirarlo sino como lo manda la Constitución Política de Colombia, que en su artículo 90 señala como fundamento de las relaciones exteriores del Estado, la soberanía nacional; en el Preámbulo establece como norte la integración latinoamericana y en el artículo 20, el deber del Estado de defender la independencia nacional, incluida la económica; así mismo, conforme a los principios de equidad, igualdad, reciprocidad, conveniencia nacional y soberanía nacional consagrados en los artículos 226, 227 y 150, numeral 16 de la Carta Política.

Expresó su admiración por las virtudes del pueblo estadounidense, sus trabajadores que han sido solidarios con los trabajadores colombianos, incluida la solidaridad para que se investiguen los crímenes contra los sindicalistas. Sostuvo que si este tratado se hubiera celebrado por el pueblo estadounidense

hubiera sido como la Constitución lo señala: equitativo, igualitario, conveniente y soberano. Lamentó que la historia se repita en Colombia, pues fue un tratado con Estados Unidos el que hace ya cerca de cien años hizo que la Corte Suprema de Justicia de entonces renunciara a ejercer el control sobre los tratados internacionales cuando la Constitución le mandaba lo contrario. En este caso, fue la Corte Constitucional la que vuelve a declararse incompetente contra lo que dispone la Carta Política, que en el artículo 241, numeral 10 establece que la Corte puede declarar constitucional un tratado y en caso contrario no será ratificado por el gobierno. De tal manera, que la Constitución no le prohíbe a esta Corte que declare constitucional ninguna norma que viole un artículo o una parte de la Carta.

El magistrado ARAUJO RENTERIA advirtió que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta este momento ha declarado inconstitucionales varios tratados, independientemente de que sea bilaterales o multilaterales y ha ordenado reservas cuando ha sido necesario o declaraciones interpretativas en la parte resolutive en tratados bilaterales como el que celebró Colombia con el Reino Unido, ordenando que únicamente se pudiera ratificar en los que se ajustara a la Constitución. Por eso, no es cierto que en la parte resolutive de un tratado bilateral no se podía hacer absolutamente nada.

Desde el punto de vista procesal, consideró que tanto el Acuerdo como el Protocolo Modificatorio son inconstitucionales, desde el primer momento, cuando se remitió por el gobierno a la Corte Constitucional por fuera del término de seis días previsto en el numeral 10) del artículo 241 superior y no se aplicó responsabilidad alguna a las personas que no cumplieron con ese deber. Además, contrario a lo que ordena la Constitución, se aprobó primero en la Cámara de representantes y luego en el Senado de la República.

A su juicio, en el estudio de este tratado, por ser de un tema económico, ha debido ser cuantificado, lo cual, a pesar de que lo pidió en diversas oportunidades no se dio ninguna cifra. Si se hubiera demostrado que cuantitativamente este Acuerdo era conveniente e igualitario, hubiera tenido su

voto. Siempre se respondió que aunque podía ser inconstitucional en algunas partes en el todo no lo era.

Sostuvo que este tratado viola más de 100 artículos de la Constitución, entre otros, los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución, tal como lo explicó en los debates. También, parte del artículo 150 y los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365.

Con su aprobación de este Tratado se acabó la seguridad alimentaria de Colombia, se vulneró el derecho a la salud y al ambiente sano, el derecho de nuestros pueblos indígenas de las mujeres, y finalmente, después de varios días de discusión, desapareció de la parte resolutive hasta el exhorto que se hacía al Congreso, que como dijera uno de los colegas, ahora no podrá ni lavar la facha, todo lo que quede en la parte motiva puede ser una obiter dicta o ya está resuelto por el propio Decreto 2067 de 1991, que en artículo 14 dispone que en caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de una sentencia, prima, la parte resolutive, de modo que no será aplicable ninguna interpretación que pueda entenderse que viole la Constitución o los derechos de los colombianos.

7. El Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO manifestó su aclaración de voto, pues si bien comparte el sentido de la decisión adoptada, al igual que las reflexiones vertidas en el texto de la sentencia en torno a la importancia de los acuerdos bilaterales de libre comercio, como herramienta para la integración y el desarrollo económico, consideró necesario introducir algunas precisiones en diversos aspectos, relacionados tanto con el examen de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional, respecto de este tipo de instrumentos, como sobre algunos contenidos declarados exequibles del Tratado de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América en particular.

En primer lugar, destacó la importancia de la postura mayoritaria en torno al alcance del control de constitucionalidad de los tratados bilaterales, pues en esta decisión se señala la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad total o

parcial de un instrumento internacional de esta naturaleza, es decir, se acoge de manera expresa la tesis que de encontrarse en el examen de constitucionalidad cláusulas que son incompatibles con la Carta de 1991, éstas deben ser declaradas inexecutable y el Presidente, sólo podrá perfeccionar el Tratado, manifestando la correspondiente reserva.

Igualmente, subrayó el Magistrado Sierra Porto, que en la Sentencia se pone de manifiesto las limitaciones del control abstracto y previo, sobre todo cuando se trata de instrumentos internacionales de la complejidad del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, el cual, no sólo requiere posteriores desarrollos normativos de naturaleza legal y reglamentaria para su implementación, sino incluso la suscripción de otros tratados internacionales. Tal reconocimiento debe llevar a que esta Corporación revise su doctrina en torno al control de los tratados internacionales, pues en su opinión, el numeral 10 del artículo 241 constitucional, el cual consigna textualmente que corresponde a esta Corporación "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que lo aprueban", enunciado normativo que debe ser interpretado en el sentido que el alcance del adverbio definitivamente se circunscribe a los motivos de inconstitucionalidad examinados por la Corte en su decisión y no puede incluir aspectos que no hayan sido objeto del examen de constitucionalidad. En esta medida, tanto los tratados internacionales, como sus leyes aprobatorias pueden ser objeto de demanda ciudadana presentadas con posterioridad a su ratificación, siempre y cuando éstas versen sobre cargos que no hayan sido examinados por la Corte Constitucional. La posibilidad de un control posterior a los tratados internacionales, se torna, incluso en una necesidad, cuando se trata de acuerdos comerciales de la complejidad y extensión del instrumento examinado, muchas de cuyas implicaciones constitucionales en concreto sólo podrán ser apreciadas, una vez el tratado sea ratificado y comience a ser aplicado.

Adicionalmente, muchas de las previsiones del Tratado de Libre Comercio, deben ser objeto de posterior desarrollo legal y reglamentario, por ejemplo, lo

relacionado con la propiedad intelectual, en consecuencia, si bien, las previsiones contenidas en el Tratado pueden ajustarse a los preceptos constitucionales, sus posteriores desarrollos legales y reglamentarios, podrían infringir mandatos superiores. Por lo tanto la declaratoria de constitucionalidad del tratado, no avala de manera automática la normatividad que se expida para implementarlo, la cual a su vez, deberá ser objeto de los controles correspondientes, bien sea por vía de acciones de inconstitucionalidad, de tutela o los otros remedios previstos por el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, recalca el Magistrado, las anotaciones contenidas en las sentencias relacionadas con la obligación por parte de las autoridades públicas colombianas de interpretar el Tratado de Libre Comercio a la luz de la Constitución, pues de las diversas posibilidades hermenéuticas del instrumento interna Tonal, sólo son admisibles aquellas que se ajusten al contenido normativo del texto constitucional.

HUMBERTO SIERRA PORTO

Presidente