

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

IX COHORTE

ARTICULO I

**LA RENUNCIA AL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL CONTRATO
DE AGENCIA MERCANTIL EN COLOMBIA FRENTE AL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS**

AUTOR: MARIA JULIANA ORTIZ MONTERO

DIRECTORA: OLENKA WOOLCOTT

BOGOTÁ D.C.

2019

TABLA DE CONTENIDO

ARTÍCULO I.....	3
LA RENUNCIA AL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN COLOMBIA FRENTE AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. Evolución histórica del contrato de Agencia Comercial.....	7
2. El contrato de Agencia Comercial en Colombia.....	8
2. La Agencia Comercial en remisión al Derecho en la Comunidad Europea y en Estados Unidos.....	12
2.1 El contrato de Agencia Comercial en el Derecho Europeo.....	13
a. Definición de Agente comercial.....	15
b. Las obligaciones del agente comercial y del empresario.....	16
c. Indemnización compensatoria y derecho a reclamar daños.....	16
2.2 Apartes imperativos de la Directiva 86/653 en todos los eventos en que el agente haya ejercido su actividad en un Estado miembro.....	19
3. El contrato de Agencia Comercial en Estados Unidos.....	21
a. Denominación y ubicación de las disposiciones jurídicas que regulan el contrato objeto de estudio.....	22
b. Disposiciones de carácter imperativo para el contrato de Representación de Ventas según § 191-b de la Ley Laboral del Estado de Nueva York	24
c. Conclusión del estudio realizado al contrato de Representación de Ventas o agencia comercial para los Estados Unidos, y en específico para el Estado de Nueva York.	25
4. Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos.....	27
4.1 El compromiso de Colombia de modificar el cuerpo normativo de la Agencia Comercial.....	28
4.2 De la aparente existencia de un conflicto de Normas en la Legislación Colombiana. .	28
5. Resolución de la aparente antinomia para las instituciones jurídicas que consagran la Cesantía Comercial.....	31
Conclusiones.....	33
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	35

ARTÍCULO I

LA RENUNCIA AL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN COLOMBIA FRENTE AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS.

Resumen

El contrato de Agencia Comercial fue concebido en Colombia de manera proteccionista para el Agente al determinar el pago de la Cesantía Comercial, sin embargo, el comercio actual busca encontrar figuras contractuales que permitan una negociación más fluida y menos proteccionista, razón por la cual se estudiará la causa por la cual el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos determinó la eliminación de este pago en favor del agente, para lo cual se revisará la evolución de la figura jurídica, su desarrollo en otros países y el aparente conflicto de normas en la legislación colombiana.

Palabras Clave: Agencia Mercantil, Cesantía Comercial, Tratado de libre Comercio, Agencia Mercantil en la Unión Europea, Agencia Mercantil en Estados Unidos, Antinomia.

Abstract

The Commercial Agency contract was conceived in Colombia in a protectionist way for the Agent when determining the payment of the Commercial Severance, however, the current trade seeks to find contractual figures that allow an as fluid and less protectionist negotiation, reason for which will be studied the reason why the free trade agreement between Colombia and the United States determined the elimination of this payment in favor of the agent, for which the evolution of the legal figure, its development in other countries and the apparent conflict of rules were reviewed. in Colombian legislation.

Key Words: Commercial Agency, Commercial Severance, Free Trade Agreement, Mercantile Agency in the European Union, Mercantile Agency in United States, Antinomy.

INTRODUCCIÓN

El tráfico comercial moderno, se caracteriza por su universalidad; cada vez más, los consumidores en todo el mundo tienden a tener comportamientos de consumo uniformes. En razón de esta situación, las empresas privadas, que siempre buscan obtener nuevos clientes, analizan con mucho detalle la mejor estrategia para penetrar y comercializar sus productos o servicios en países o regiones que hasta el momento han sido inexploradas.

Una alternativa frecuentemente implementada para introducirse en nuevos mercados, consiste en la constitución de sociedades comerciales y el inicio de operaciones en el país o región en la cual la empresa pretende posicionarse. Ahora, si bien esta alternativa resulta válida y recurrente, ha de mencionarse que la misma implica considerables niveles de riesgo y de inversión.

Por motivo de esta circunstancia, se han desarrollado métodos de colaboración que en muchas ocasiones, tienden a ser menos riesgosos y más rentables que la acción directa antes mencionada. Bajo esta coyuntura, el contrato de Agencia Mercantil se posiciona como uno de los mecanismos jurídicos de intermediación para que el empresario pueda llegar al mercado deseado, sin incurrir en elevados costos relacionados con la constitución de una sociedad, la contratación de empleados para el funcionamiento de la misma, el pago de impuestos, la promoción de su marca, el pago de nómina, entre otros.

Así entonces, bajo el modelo de Agencia Comercial, el colaborador que se denomina agente, asume un trabajo de intermediación entre el fabricante de bienes y los consumidores. De esta forma, se arroga la labor de crear, aumentar y mantener la clientela del empresario fabricante;

asumiendo los riesgos propios de la actividad de promoción y limitando el riesgo del fabricante al de asumir las contingencias de la venta de sus propios productos.

“Con esta forma de colaboración, los empresarios consiguen reducir considerablemente los costes fijos de su expansión internacional y pueden contar además con personas que conocen bien el funcionamiento del mercado en el que van a actuar” (Fach, 2003, pág. 181), pues el agente es ante todo un experto, un conocedor a fondo del mercado.

Sin embargo, el comercio actual, busca encontrar figuras contractuales que permitan una negociación más fluida y menos proteccionista en cuanto a la contratación mercantil, tanto en el ámbito nacional como internacional, para lo cual el Contrato de Agencia Mercantil ha sido una figura muy utilizada, pero al mismo tiempo, la misma ha generado cierto debate debido a que es un contrato que impide del todo su aplicación, toda vez que lleva implícito el pago de la llamada Cesantía Comercial (Velasco, 2011).

Expresado lo anterior, resulta oportuno aseverar que dicho mecanismo de intermediación cualificado, cuenta con una amplia regulación, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional, regulaciones de las cuales se han derivado algunas discusiones jurídicas, que respecto de este artículo describirán la renuncia de la cesantía comercial frente al tratado de libre comercio con Estados Unidos.

De este modo, el presente trabajo de revisión busca a partir de este artículo de carácter descriptivo, presentar al lector un estudio a fondo que le permita contar con mayores

herramientas para entender con precisión la naturaleza jurídica de este contrato mercantil, desarrollando así; un marco general del tipo contractual en su evolución histórica y en su desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal, posteriormente, nos remitiremos al Derecho Europeo y Estadounidense respecto a la regulación que le han dado a esta figura, para así lograr entender la modificación propuesta en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, y finalmente adentrarnos en el compromiso de Colombia de modificar el cuerpo normativo de este contrato y de la aparente existencia de un conflicto de normas.

1. Evolución histórica del contrato de Agencia Comercial.

En relación al origen, el contrato de Agencia Comercial Surgió a mediados del año XIX en la sociedad europea, donde los ordenamientos jurídicos reconocieron en el agente un comerciante diverso a los existentes, el cual conocía la clientela, las costumbres mercantiles y podía correr con el riesgo de la inversión. (López M. E., 2008)

La primera reglamentación del contrato de Agencia Comercial se origina en el Código de Comercio Alemán de 1897 y después, la ley del 6 de agosto de 1953 reforma el mencionado Código y denomina al agente como un representante comercial a quien de manera estable se confía por otro empresario la mediación o conclusión de negocios en nombre de este. (Garrigues, Enero - Marzo de 1962)

Posteriormente, se presentaron diferentes regulaciones normativas en Europa y en el caso latinoamericano, se entiende que esta normatividad se dio a través de la colonización de países Europeos; toda vez que estos, en principio impusieron su propia normatividad y así se fue dando un intercambio jurídico en el cual tuvieron gran importancia la jurisprudencia y la doctrina. (López M. E., 2008)

Revisado de manera muy breve el ámbito internacional, procedamos a revisar esta figura en el territorio colombiano.

2. El contrato de Agencia Comercial en Colombia.

En Colombia, el contrato de Agencia Comercial fue regulado por primera vez en el Código de Comercio de 1971, en el cual se reflejó el resultado del proyecto de reforma al Código de Comercio de 1958 y un proyecto de ley radicado ante la cámara de representantes en 1969 (Rubio, 2011). Actualmente, el contrato de Agencia Mercantil se encuentra regulado en los artículos 1317 al 1331 del Código de Comercio Colombiano, en los cuales, se hace alusión a la definición de Agencia Comercial, la exclusividad, el contenido, el cumplimiento, la remuneración, los reembolsos y el más relevante para esta investigación; el Artículo 1324 que se refiere a la terminación del mandato, igualmente define las justas causas para su terminación, el derecho de retención, sujeción a las leyes colombianas prescripción y la normatividad aplicable.

Con respecto a la jurisprudencia, abordaremos el caso específico de la renunciabilidad de la cesantía comercial respecto al contrato de agencia, la cual ha tenido el siguiente desarrollo.

A grandes rasgos, en 1980¹ la Corte Suprema de Justicia anotó en la sentencia citada que el pago de la prestación que contempla el artículo 1324 del Código de Comercio es irrenunciable para las partes antes o durante la ejecución del contrato, sin embargo, una vez terminado el contrato se entiende el pago de esta prestación es un derecho que debe hacer efectivo el acreedor, en este caso, el agente puede renunciarlo o hacerlo efectivo.

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo de 2003² se refiere a la naturaleza de la prestación contenida en el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, afirmando que la misma es de naturaleza contractual y no se deriva como causa del incumplimiento.

En el mismo sentido, en el año 2006³ la Corte Constitucional se pronunció en la aludida sentencia sobre la inexequibilidad del artículo 1324 del Código de Comercio, afirmando que, si bien en la parte resolutoria de la providencia se declara la inexequibilidad de las expresiones acusadas, no implica la descalificación del peritaje como medio de prueba a la hora de aplicar el inciso 2 del mencionado artículo.

En general, antes del año 2011 la jurisprudencia relacionada con el inciso 1ro del artículo 1324 del Código de Comercio iba encaminada a reafirmar la irrenunciabilidad de las partes en el contrato de Agencia Mercantil o a tratar temas referentes con la aplicación del artículo en cuestión. No obstante, el pronunciamiento jurisprudencial más relevante con respecto a tema tratado fue de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 19 de octubre de 2011⁴, la cual, ha sido considerada la sentencia Hito con respecto al tema, y ha rectificado la doctrina expuesta al subrayar que el inciso primero del artículo 1324 tiene un carácter dispositivo y por lo tanto las partes en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad pueden disponer

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 6892 Ref. Expediente M.P. Jorge Santos Ballesteros. 18 de marzo de 2003.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-990, expediente D-6363, M.P. Álvaro Tafur Galvis. 29 de noviembre de 2006.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011.

en contrario lo cual no compromete el orden público o social de país, ni los intereses comunes de los comerciantes.

De acuerdo con el ultimo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, el coloquio se ha centrado en lo relacionado con la renunciabilidad de la Cesantía Comercial y se ha desarrollado en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, un debate académico en el que se encuentran los que defienden que se puede renunciar a la Cesantía Comercial y los que no, que a continuación se exponen.

Al igual que en la jurisprudencia, el ámbito doctrinal, la renunciabilidad de la Cesantía Comercial ha suscitado controversias y existen diferentes autores que han argumentado válidamente que la partes pueden renunciar a la misma (Palomino, 2012), como quienes no, al respecto, veamos.

Se encuentran autores como los siguientes: El Doctor Arrubla Paucar, quien afirma en su libro de Contratos Mercantiles que se trata de una prestación por completo renunciable o modificable por las partes al momento de celebrar el contrato o después, pues no interesa para nada el orden público y por tanto solo es de interés particular del renunciante. (Arrubla, 2015, pág. 238)

Igualmente, (Superintendencia de Sociedades, 4 de octubre de 1971) al afirmar que no existe inconveniente legal alguno en que las partes en un contrato de agencia comercial pacten que el agente no gozará de la especie de prestación a que se refiere el artículo 1324, en razón a que dicha disposición es de carácter dispositivo y no imperativo, puesto que se refiere a intereses patrimoniales de los particulares.

En el mismo sentido, (Sanín, 1985, pág. 373) afirma que la prestación contenida en el artículo 1324 es renunciable pues no se trata de una norma de carácter público o de interés social y además por no ser la agencia esencialmente onerosa, es más bien una comisión acumulable o remuneración diferida, por lo tanto, renunciable.

Por el contrario, se encuentra el autor (García, 1979, pág. 285) al referirse al Art. 1324 del Código de Comercio afirmando que esta es una norma de Orden Público que como consecuencia tiene el carácter de irrenunciable; para reafirmarlo también argumenta que si el legislador no previó la posibilidad de pactar en contrario no se puede considerar que sea una norma de carácter supletiva.

Así mismo, (Gaviria, 1981, pág. 84) afirma que la renuncia de la Cesantía Comercial: *“no afecta simplemente el interés individual del renunciante sino los intereses generales de todos los agentes mediadores, pues permitida la renuncia, tendría como consecuencia privar la norma de toda eficiencia práctica, puesto que los empresarios convertirían en cláusula de estilo la eliminación contractual de las prestaciones.”*

Igualmente, (Uprimmy, 2012) afirma que lo referente al artículo 1324 no fue la *Ratio Decidendi* de la sentencia del 19 de octubre de 2011⁵ y por lo tanto esta no tendría carácter de precedente judicial, sin embargo, también afirma que, en virtud del buen anclaje

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011.

argumentativo y teórico desarrollado a lo largo de la providencia por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta tiene efectos persuasivos.

No obstante lo anterior, la posición que impera hoy en día es que la Cesantía Comercial es de carácter renunciable, teniendo en cuenta que la jurisprudencia en sentencia del 19 de octubre de 2011 ha señalado que la renuncia del pago de la Cesantía Comercial tiene un carácter dispositivo y por lo tanto las partes en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad pueden disponer en contrario lo cual no compromete el orden público o social de país, ni los intereses comunes de los comerciantes. Sin embargo, la discusión se entiende que no ha cesado del todo, debido a que la jurisprudencia de acuerdo con el artículo 230 de la constitución política de Colombia es considerada como un criterio auxiliar, y no se entendería que con la misma se da una modificación de la norma, discusión en la cual nos centraremos de forma más amplia y profunda, más adelante.

2. La Agencia Comercial en remisión al Derecho en la Comunidad Europea y en Estados Unidos.

Una vez revisado el marco normativo de la Agencia Comercial y particularmente de la Cesantía Comercial, es pertinente revisar esta figura en el derecho comparado, pues al tiempo que facilita el reconocimiento de la configuración de la agencia comercial en otros ordenamientos, permite a su vez analizar mejor sus nociones y con esto, se enriquece la facultad de juzgar más objetivamente los méritos y deficiencias de este tipo contractual bajo nuestra legislación.

Igualmente, con esta remisión al derecho extranjero, en lo referente al derecho de la Comunidad Europea, es pertinente hacer un estudio de la misma, toda vez que esta legislación sirvió para el comité negociador Colombiano del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos (Organization of America States , 2006) para reforzar sus argumentos tanto a favor como en contra de introducir cambios en la legislación colombiana para el contrato de agencia (López A. , 2011); y en cuanto a la legislación de Estados Unidos, se buscará entender los argumentos de este país de acuerdo con su propia legislación, en lo relacionado con implementar cambios al contrato de Agencia Comercial en virtud de la entrada en vigencia del Tratado de Libre comercio entre Colombia y Estados Unidos.

Por motivo de lo anterior, el presente acápite abordará la regulación que se ha desarrollado respecto del contrato de agencia comercial en legislaciones distintas a la nuestra. En específico, se abordará: (i) el régimen regulatorio de la agencia mercantil según la Directiva 86/653, aplicable en los Estados miembros de la Unión Económica Europea y (ii) la regulación desarrollada en los Estados Unidos para este tipo contractual.

2.1 El contrato de Agencia Comercial en el Derecho Europeo.

Hasta antes de 1986, cada Estado miembro de la Unión Europea tenía su propia legislación para regular los derechos y obligaciones de los agentes comerciales y sus agenciados. Dicha circunstancia, necesariamente implicaba un elevado nivel de inseguridad jurídica y un entorpecimiento en la ejecución de este tipo de operación mercantil (Consejo general de Colegios de Agentes Comerciales de España, 2015); esto, en la medida que:

“(…) las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente, dentro de la Comunidad, a las condiciones de competencia y al ejercicio de la profesión y afectan también al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2000)

Por motivo de lo anterior, el 18 de diciembre de 1986, el Consejo Económico Europeo profirió la Directiva 86/653; bajo la mentada convención, se estableció una serie de reglas jurídicas que pretendían homogeneizar la regulación al contrato de agencia mercantil en el territorio europeo.

De esta manera, la suscitada Directiva estableció las disposiciones marco que debían, sin lugar a excepción, ser tenidas en cuenta dentro de las legislaciones nacionales de los países miembro de la Comunidad⁶. Así mismo, presentó otras reglas de carácter supletivo que sólo estarían llamadas a operar cuando el legislador nacional no hubiere dispuesto en contrario⁷, o cuando las partes contratantes no hubieren pactado algo distinto. Dicho esto, a continuación, se procede a exponer los apartes de la Directiva 86/653 que, a nuestro juicio, guardan relevancia para enriquecer la perspectiva de este tipo contractual en el derecho europeo.

⁶ A modo de ejemplo, el Artículo 5 menciona expresamente la incapacidad de pactar en contrario de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Directiva. Tales disposiciones, se refieren a los derechos y obligaciones del agente y el agenciado.

⁷ Un ejemplo de lo anterior, resulta ser el Artículo 13. Dicha disposición establece que no se requiere que el contrato conste por escrito para su perfeccionamiento, salvo que así sea dispuesto por el Estado miembro.

a. Definición de Agente comercial

El artículo 1º de la Directiva, dispone expresamente qué es lo que se entiende por agente comercial; a saber:

“(…) toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo como “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.”

De la anterior definición, se extrae que la actividad fundamental que debe realizar el agente bajo la norma europea, guarda estricta relación con la actividad de promocionar los negocios de un empresario. Esto, en la medida en que la palabra “negociar” significa: *“tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro”* (Real Academia Española).

De lo anterior, se extrae que tanto la legislación de la Comunidad Económica Europea, como la legislación colombiana, guardan similitud con respecto a la actividad que debe realizar el agente; pues ambas promulgan que el actuar del mismo, debe dirigirse a impulsar el desarrollo de los negocios del empresario agenciado.

En otro orden, es a su vez menester mencionar que la Directiva 86/653 excluye de sus efectos, las relaciones comerciales en las que estén involucrados agentes de publicidad, agentes de viaje, agentes de seguro, agentes cuya actividad no esté remunerada y agentes o distribuidores que compren como “principales”; esto es, en nombre propio y por cuenta propia para revender (Vallejo, 1999, pág. 124).

b. Las obligaciones del agente comercial y del empresario

De conformidad con el artículo 3 de este conjunto normativo, es deber del agente comercial:

(i) proteger los intereses del empresario agenciado actuando obedientemente y con buena fe; (ii) hacer un apropiado esfuerzo para negociar y cuando así se disponga, concluir la transacción que se le haya encomendado; (iii) comunicarle al empresario toda la información de la que disponga relacionada con sus negocios; y (iv) cumplir razonablemente con las instrucciones dadas por el empresario agenciado.

Por otro lado, el artículo 4 de la Directiva dispone como obligaciones del empresario agenciado las siguientes: (i) actuar de buena fe en el curso del marco contractual; (ii) proveer los documentos necesarios relacionados con los bienes objeto de promoción; (iii) notificarle cualquier disminución sensible de las operaciones comerciales con razonable antelación; y (iv) comunicarle en un periodo razonable, su aceptación o su rechazo a cualquier operación comercial que hubiere sido promovida por el agente en interés suyo.

c. Indemnización compensatoria y derecho a reclamar daños

El numeral primero del artículo 17 de la Directiva, establece una compensación económica en favor del agente, la cual ha de ser pagada por el empresario agenciado al finalizar la relación contractual cuando el agente hubiere:

“(...) traído a los empresarios agenciados nuevos clientes o ha aumentado significativamente el volumen de negocio con los clientes existentes y el

empresario agenciado sigue derivando beneficios sustanciales del negocio con dichos clientes (...)” (Directiva 86/653, pág. Artículo 17).

Curiosamente, la Directiva 86/653 le otorga el nombre de indemnización a la prestación antes aludida; lo cual permite dilucidar que el término jurídico de indemnización no es concebido desde su connotación tradicional de la reparación del daño; sino que, en este caso, su naturaleza es simplemente la de compensar al agente por las ganancias que éste le hubiere generado al empresario agenciado.

El Tribunal de Justicia Europeo, ha avalado la afirmación anterior, al precisar que el régimen de indemnización que establece dicha Directiva “*pretende compensar al agente comercial por sus prestaciones anteriores de las que el empresario sigue beneficiándose con posterioridad a la terminación de las relaciones contractuales o por los gastos en que haya incurrido a efectos de dichas prestaciones*” (Tribunal de Justicia Europea, 2018).

De lo indicado, y teniendo en cuenta nuestro propio ordenamiento jurídico, es posible aducir que la institución jurídica europea denominada indemnización compensatoria, cumple la misma función que la cesantía comercial consagrada en el inciso primero del artículo 1324 de nuestro Código de Comercio. Lo anterior, en la medida en que el único objetivo de ambas instituciones, es las de compensar al agente por el trabajo desarrollado una vez finalizada la relación contractual.

Ahora bien, en otro orden, es preciso acotar que adicional al derecho de percibir la compensación antes descrita, el numeral tercero del Artículo 17 de la Directiva 86/653

establece la facultad en cabeza del agente de reclamar daños y perjuicios en los eventos en los cuales se configure uno de los supuestos de hecho citados a continuación:

- “(...) *si hubiere sido privado [el agente comercial] de comisiones que le habría procurado la ejecución normal de contrato, y en lo correspondiente a negocios que hubieran procurado beneficios sustanciales al empresario, debidos a la actividad del agente*”
 - “(...) *Cuando no se ha permitido al agente comercial amortizar los gastos en que hubiere incurrido para la ejecución del contrato, aconsejado por el empresario*”
- (Vallejo, 1999, pág. 129).

Separándose de lo anterior, y para finalizar el análisis relativo a las disposiciones que regulan la indemnización y la compensación, es menester dar cuenta de la prohibición dispuesta en el Artículo 19 de la Directiva. Bajo lo indicado en dicha proposición, las partes contratantes no pueden, antes del vencimiento del contrato, modificar en detrimento del agente comercial el régimen dispuesto para la indemnización compensatoria y para la reparación de perjuicios.

Así las cosas, bajo la Directiva europea, se colige que la indemnización remuneratoria y la reparación de perjuicios establecidas en el artículo 17, son disposiciones de orden público que no pueden ser objeto de renuncia antes o durante el curso de la relación contractual. Dicha circunstancia, permite evidenciar una importante diferencia frente al régimen colombiano; pues como se indicó en apartados anteriores, actualmente en Colombia es posible renunciar a la prestación económica conocida como cesantía comercial antes y durante el curso de la relación contractual.

2.2 Apartes imperativos de la Directiva 86/653 en todos los eventos en que el agente haya ejercido su actividad en un Estado miembro.

Como bien se ha indicado en el cuerpo del presente documento, se puede evidenciar el amplio uso que se le ha dado al contrato de agencia mercantil como mecanismo idóneo para que empresarios extranjeros, puedan llegar a sus consumidores en territorios en los cuales no cuentan con presencia directa. Por motivo de dicha circunstancia, en muchas ocasiones, los empresarios agenciados han buscado mediante estipulación contractual, establecer como ley aplicable la de su propio domicilio.

Dicha conducta, entre otras razones, ha pretendido dejar sin efectos aquellas disposiciones jurídicas que tienden a brindar mayores garantías económicas en favor del agente comercial. A causa de lo anterior, es preciso delimitar si las normas sobre la indemnización y compensación a las que se refiere el artículo 17 de la Directiva 86/653, son normas de imperatividad internacional, es decir, si son aplicables a todos los contratos que presenten una vinculación con un país que haga parte de la Comunidad Europea; o si, por el contrario, sólo son aplicables en la medida en que ambas partes contratantes, es decir, agente y agenciado, hagan parte de los países miembro de la Comunidad Económica Europea (Rosas F, 2017, pág. 304).

La anterior cuestión, fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 9 de noviembre de 2000. En dicha oportunidad, el Tribunal se pronunció respecto de un contrato de agencia mercantil en donde una sociedad domiciliada en California, Estados Unidos, designó como agente comercial en el Reino Unido a una

sociedad británica. Una vez terminado el contrato, el agente interpuso una demanda solicitando la obtención de una comisión, así como la reparación del perjuicio que le había irrogado la extinción de sus relaciones con el empresario agenciado, en los términos del artículo 17 de la Directiva 86/656. En dicha oportunidad, las partes habían estipulado como ley aplicable al contrato, la ley de California. De la anterior situación, brotó el problema jurídico a continuación enunciado:

“A la luz de los hechos, el TJUE debía establecer si, para poder indemnizar al agente por la terminación, se debían aplicar los artículos 17 y 18 de la Directiva ya que atribuyen estos derechos al agente y, serían entonces considerados como, normas internacionalmente imperativas. Si fuera este el caso, las normas nacionales que transponen estos preceptos debían ser aplicadas incluso cuando las partes eligieron un Derecho extranjero como ley del contrato.” (García P, 2019, pág. 33).

Respecto del problema jurídico anteriormente indicado, el Tribunal encontró que las indemnizaciones y compensaciones a las que hace referencia el artículo 17 de la Directiva, sí deben de aplicarse *“cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y en virtud de una cláusula del contrato éste se rija por la ley de dicho país.”* (Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia del 9 de noviembre de 2000).

Así las cosas, de todo lo anterior se colige que cuando la actividad del agente se realiza dentro de un Estado miembro de la Comunidad Europea, resultan aplicables las

disposiciones de indemnización compensatoria y de reparación de daños consagradas en el artículo 17 de la Directiva Comunitaria. Lo anterior, cabe resaltar, no cercena la capacidad de las partes de escoger la ley aplicable a la relación contractual. En esa medida, la libertad de escogencia de la ley aplicable, sólo se limita cuando existen disposiciones imperativas como lo son las dispuestas en el artículo previamente enunciado.

3. El contrato de Agencia Comercial en Estados Unidos.

En primer lugar, es menester advertir que, para entender la regulación que se ha desarrollado en los Estados Unidos respecto de este contrato, es útil recordar la interacción jurídica entre las disposiciones de orden Federal y las de orden Estatal que operan en dicho país. Al respecto, ha de mencionarse que la regulación jurídica de carácter Federal, se limita a asuntos muy puntuales; los cuales se encuentran consagrados en la Sección 8 del Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos. De esta forma, los demás asuntos con relevancia jurídica, son en principio regulados por cada Estado de manera independiente y autónoma (Kuhn, 2017).

Partiendo de la anterior premisa, la mayoría de contratos entre particulares, incluida la agencia comercial, son regulados a nivel Estatal y no a nivel Federal. En este orden, no es posible aducir la existencia de una regulación al contrato de agencia comercial que opere para todos los Estados confederados de la Unión Americana; por ello, al celebrar un contrato de agencia comercial en los Estados Unidos, se debe especificar la ley que lo gobierna y el fuero en donde se resolverán todas las disputas que surjan con ocasión del mismo, *“pues debe anotarse que para efectos contractuales, no existe tal cosa como la ley de los Estados Unidos”* (Mette, 2019, pág. 7).

Así las cosas, en el presente trabajo se realizará un estudio a la regulación que el Estado de Nueva York ha desarrollado para este tipo contractual. Previa la realización del mentado análisis, es procedente resaltar el principio de carácter constitucional conocido como “Libertad de Contratación” (Constitución de los Estados Unidos de América, págs. Sección 10, Artículo I). Bajo las máximas de dicho principio, se encuentra que las partes cuentan con una amplia libertad legal para pactar las condiciones que regirán la relación comercial, siendo las disposiciones de orden público muy escasas.

En esa medida, instituciones jurídicas como aquellas tendientes a retribuir al final de la relación contractual el servicio del agente⁸, no se encuentran dispuestas en el ordenamiento jurídico que regula el contrato de agencia mercantil; ni en el Estado de Nueva York, ni mucho menos, a nivel federal. Dicho esto, se presentan a continuación las instituciones jurídicas que desde nuestra perspectiva, merecen ser estudiadas para ampliar nuestro conocimiento de este tipo contractual en el Estado de Nueva York.

a. Denominación y ubicación de las disposiciones jurídicas que regulan el contrato objeto de estudio.

De primera mano, es menester anotar que lo que en Colombia y los países europeos se conoce como el contrato de agencia comercial, en el Estado de Nueva York se encuentra tipificado con el nombre de Contrato de Representación de Ventas. Dicho contrato, es regulado por la Sección 191- A, B y C de la Ley Laboral del Estado de Nueva York (Estado

⁸La institución jurídica de Cesantía comercial para Colombia (Lit 1, artículo 1324 del C.Co) y la indemnización compensatoria para el caso de la Unión Económica Europea (Numeral 1, Artículo 17 de la Directiva 86/653)

de Nueva York, § 191 - A, B Y C) (en adelante §191); y bajo lo dispuesto en dicho cuerpo normativo, se colige que el “representante de ventas” es una persona o entidad que tiene como principal función, la de promocionar los productos de un empresario. En esa medida, éste:

“(...) no compra y revende bienes de su principal. Si el principal está vendiendo principalmente servicios a sus clientes, el agente de ventas no presta los servicios en su propio nombre y por su propia cuenta a los clientes y, por lo general, no los presta en absoluto. Más bien, es el principal que vende los bienes y servicios (y los entrega) a los clientes. La relación contractual con los clientes es con el principal, como el vendedor de los bienes y servicios. El "agente de ventas" generalmente busca obtener pedidos de los clientes y los pasa a su principal para su aceptación (o rechazo) y cumplimiento. Normalmente, el agente de ventas tendrá un territorio asignado por contrato, en el que puede solicitar y obtener pedidos.” (Aron, 2010, pág. 3)

Adicional a la descripción anterior, se debe anotar que el representante de ventas es un comerciante independiente que actúa bajo su propia cuenta (Literal d, §191- A) y quien recibe a modo de compensación, una comisión por cada negocio que este le consiga al empresario principal (Literal a, §191- A).

Dicho esto, resulta claro que el contrato de representación de ventas se asemeja en gran medida al contrato de agencia mercantil; pues ambos contratos, comparten los mismos elementos de la esencia, tales como: (i) la independencia del agente, (ii) la estabilidad del

encargo, (iii) el encargo de promover o explotar negocios del empresario, (iv) asumir el encargo por cuenta del agenciado y (v) la remuneración del agente (Tecnoquímicas S.A. vs SmithKline Beecham, 2004).

b. Disposiciones de carácter imperativo para el contrato de Representación de Ventas según § 191-b de la Ley Laboral del Estado de Nueva York

Como se indicó, *“el derecho consuetudinario de Nueva York, otorga amplias facultades a las partes contratantes para negociar los términos del acuerdo que regule la relación contractual de los mismos”* (Mancinelli, pág. 2). A pesar de esta realidad, ha de mencionarse que para el caso del contrato de representación de ventas, existen disposiciones imperativas que en todos los casos han de ser observadas; dichas disposiciones, se encuentran consagradas en la §191-B de la Ley Laboral del Estado de Nueva York.

Así entonces, por virtud de lo allí dispuesto, se tiene que: (i) el contrato debe de realizarse por escrito sin excepción alguna; (ii) en este se debe fijar expresamente el método que se implementará para pagar la comisión al representante de ventas; y (iii) el empresario debe otorgar una copia del contrato al representante.

Aunado a ello, y en lo relativo al pago efectivo de la comisión por parte del empresario y en favor del representante de ventas, la ley dispone que todas las comisiones ganadas deberán pagarse dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la fecha de causación de las mismas. Adicionalmente, dicha norma dispone que cuando la relación contractual llegue a su fin, *“las comisiones que a la fecha no hubieren sido pagadas, deberán cancelarse dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la finalización del contrato, o dentro de los cinco (5) días*

hábiles posteriores a la fecha de vencimiento, si dichas comisiones no vencen cuando finaliza el contrato.” (Mancinelli, pág. 3).

c. Conclusión del estudio realizado al contrato de Representación de Ventas o agencia comercial para los Estados Unidos, y en específico para el Estado de Nueva York.

Realizadas las anteriores aseveraciones, es posible advertir que incluso en los Estados Unidos, se contemplan disposiciones de orden imperativo que deben ser acatadas por las partes contratantes al momento de celebrar un contrato de agencia mercantil o de representación de ventas. Lo anterior, permite dilucidar nuevamente el interés jurídico de proteger a quien, como mandatario de un tercero, obtiene para éste beneficios económicos al acercar y promocionar sus productos o servicios al consumidor final.

A pesar de esto, el estudio de la legislación y la doctrina de este país permitió dar cuenta que, dentro de dichas normas de orden público, no se encuentran consagradas las disposiciones que, en el ordenamiento colombiano y europeo, pretenden brindar una compensación adicional al agente por el esfuerzo que este realizó para aumentar la clientela y el good will del empresario. De esta forma, dicha compensación adicional sólo estaría llamada a operar en el caso en que las partes lo hubieren pactado expresamente en el contrato que regula su relación jurídica (Mette, 2019, pág. 5).

De esta manera, se puede encontrar en la solicitud hecha por Estados Unidos a Colombia en el Tratado de Libre Comercio en cuanto al pago de la cesantía comercial, una similitud al ordenamiento estadounidense en lo relacionado con la autonomía de la voluntad de las partes, caso que resulta similar no solo en lo relacionado a este tema, sino también a otras

regulaciones internas que debían alinearse a su normatividad con la entrada en vigencia del TLC como es el caso de los derechos de propiedad intelectual (Woolcott Oyague, 2015, pág. 79).

De lo desarrollado en cuanto a la legislación colombiana, europea y del Estado de Nueva York, se obtiene el siguiente diagrama, que muestra el nivel de obligatoriedad de la prestación económica de carácter compensatorio (cesantía comercial), pagadera al final de la relación contractual:

1. COMUNIDAD EUROPEA:	Prestación económica de carácter compensatorio pagadera al finalizar la relación contractual: • <u>Las partes no pueden pactar en contrario.</u>
2. COLOMBIA	Prestación económica de carácter compensatorio pagadera al finalizar la relación contractual: • <u>Las partes pueden pactar en contrario.</u>
3. ESTADO DE NUEVA YORK	Prestación económica de carácter compensatorio pagadera al finalizar la relación contractual: • <u>Sólo opera para las partes en el evento en que así lo disponga el contrato.</u>

4. Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos.

Antes de abordar el presente punto, es menester traer a colación los principales motivos que dieron pie a la suscripción de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Así entonces, se tiene que la celebración del convenio internacional sujeto al presente análisis, resultó ser parte integral de la estrategia de desarrollo de Colombia, en tanto que los tratados de libre comercio, *“contribuyen a apalancar el crecimiento del país, por dos vías. La primera por la expansión del comercio, y la segunda, por la atracción de inversión extranjera”*. (Exposición de motivos al proyecto de ley 178 de 2006).

De esta manera, la apertura económica que implicaba la suscripción del susodicho acuerdo, pretendía: (i) inducir al aumento de la producción, de las exportaciones y de la inversión; (ii) generar empleos alrededor de la logística necesaria para los nuevos proyectos; (iii) aumentar la capacidad de compra del país como consecuencia de las divisas que ingresarían y (iv) aumentar los ingresos tributarios, en la medida en que las nuevas actividades económicas implicarían un aumento en el recaudo de impuestos (Exposición de motivos al proyecto de ley 178 de 2006).

Dicho lo anterior, es necesario advertir que la negociación del tratado de libre comercio, fue un proceso que tomó bastante tiempo e implicó una serie de compromisos en materia legislativa y de políticas públicas para Colombia. Así entonces, entre otros aspectos, el Gobierno se obligó a introducir modificaciones en materia de regulación de los derechos de propiedad intelectual, derechos laborales y normas de transparencia para la contratación pública (Corte Constitucional, Sentencia C- 750 de 2008).

4.1 El compromiso de Colombia de modificar el cuerpo normativo de la Agencia Comercial.

Aunado a lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 11 E del suscitado acuerdo, después de varias negociaciones se llegó a un acuerdo bilateral y Colombia se comprometió a realizar los siguientes cambios (López A. , 2011):

1. *Cambio o derogación de la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.*
2. *Cambio o derogación de la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio Colombiano.*
3. *Cambio en términos de la exclusividad en favor del agente del artículo 1319 del Condigo de Comercio Colombiano.*

Ahora, de conformidad con lo convenido, las exigidas modificaciones debían realizarse en un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, “*es decir, el 15 de mayo de 2012; el plazo para esta adaptación venció en noviembre 15 de 2012 y es relevante señalar que el Congreso de la República de Colombia no adelantó ninguna actividad legislativa relacionada. Por esta razón, en el Código de Comercio siguen estando expresamente vigentes la cesantía, la indemnización por terminación y la exclusividad a favor del agente por parte del agenciado*” (Perilla, 2017, pág. 26).

4.2 De la aparente existencia de un conflicto de Normas en la Legislación Colombiana.

Por virtud de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, los tratados internacionales negociados por el Gobierno de la República, deben pasar por un procedimiento de aprobación, el cual

implica: (i) la aprobación del contenido del tratado por parte del Congreso Nacional (Constitución Política, Artículo 150) y (ii) la revisión de exequibilidad desarrollada por la Corte Constitucional (Constitución Política, Artículo 241).

El primero de dichos procedimientos, esto es, el trámite de aprobación legislativo, además de ser un procedimiento imprescindible para la ratificación del convenio internacional, cumple también con la función de otorgarle al tratado un efecto obligatorio al interior del Estado. Para lograr lo anterior, la aprobación legislativa se realiza mediante la expedición de leyes ordinarias que convierten en derecho doméstico, lo contenido en el tratado internacional (Mendoza, 1996).

Así pues, ha de indicarse que, para el caso del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el trámite legislativo antes descrito se surtió mediante la expedición de las leyes 1143 y 1166 de 2007. De esta forma, a partir del momento de la promulgación de tales leyes, todos los puntos que componen el Tratado de Libre Comercio constituyen normas domésticas que han de ser acatadas y tenidas en cuenta a nivel nacional; veamos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1ro de la Ley 7ª de 1944, 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, que por el artículo 1o de esta ley se aprueban, obligarán al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.” (Artículo 2, Ley 1143 de 2007).

Bajo este entendido, el Anexo 11 E, el cual es parte integrante del TLC y en el que se dispone la obligación de modificar o derogar algunas de las instituciones jurídicas que componen el contrato de agencia comercial, hace hoy parte integrante del cuerpo de disposiciones jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento.

De lo anterior, es posible aducir la aparente existencia de una antinomia jurídica⁹, en tanto que la ley que aprueba el TLC, contiene disposiciones que no pueden conciliarse con los artículos del Código de Comercio que regulan, para el contrato de agencia comercial como son: (i) la cesantía comercial (inciso primero, artículo 1324), (ii) la indemnización equitativa (inciso segundo, artículo 1324) y (iii) la exclusividad en favor del agente (artículo 1318).

A pesar de lo anterior, nuestra posición sostiene que dicha antinomia, ya fue resuelta parcialmente. Puntualmente, consideramos que la susodicha contradicción fue solucionada para el caso de la “cesantía comercial” y la indemnización equitativa, en la medida en que la el TLC fue surtió un trámite legislativo mediante la expedición de las leyes 1143 y 1166 de 2007 y adicional a esto, se entiende que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia armonizó su contenido y alcance con lo ordenado en el Anexo 11E del TLC.

Por otro lado, y para el caso del artículo que consagra la exclusividad en favor del agente, consideramos que la antinomia se encuentra aún vigente, pues hasta la fecha no se ha promulgado disposición alguna que derogue tácita o expresamente el artículo 1318 del

⁹ La Corte Constitucional le ha dado el siguiente alcance a la antinomia: “Entendida esta como la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, espacial, personal y de validez, reconocen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultando imposible su aplicación simultánea.” (Corte Constitucional, Sentencia C-439 de 2016).

Código de Comercio. Las consideraciones que a continuación se desarrollan, aportarán el fundamento jurídico que avalan las posiciones previamente expuestas.

5. Resolución de la aparente antinomia para las instituciones jurídicas que consagran la Cesantía Comercial.

Como se indicó en el numeral segundo del presente artículo, desde 2011 la Corte Suprema de Justicia sentó el precedente bajo el cual aseveró que la prestación económica conocida como cesantía comercial, podía ser objeto de renuncia antes, durante y después de la relación comercial. A su turno, también se expresó que, para la Corte, la indemnización a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 1324, no es otra cosa que el mecanismo tradicional que pretende reparar los daños causados por el empresario, en el evento en que éste hubiere incurrido en algún incumplimiento o hubiere terminado el contrato de manera injustificada.

Así pues, y conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 153 de 1887¹⁰ y el artículo 7 de la ley 1564 de 2012¹¹, es menester resaltar que tanto los árbitros en sus laudos, como los jueces en sus providencias, cuentan hoy con el deber legal de observar de manera obligatoria el amplio precedente judicial que la Corte Suprema de Justicia¹² ha desarrollado al respecto de estas instituciones.

¹⁰ “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.”

¹¹ “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.”

¹² “los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación.” (Corte Constitucional, C-836 de 2001).

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que, si los árbitros y jueces de la República cuentan con el deber jurídico de aplicar las reglas que la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto al respecto de la cesantía comercial y la indemnización del artículo 1324, con mayor razón dichas reglas han de ser aplicadas y atendidas por los particulares en el marco de su relación contractual: pues si existen controversias relacionadas con estos puntos, la mismas serán resueltas en la forma en como el precedente judicial lo ha dispuesto.

De esta manera, al tener claro el efecto vinculante del precedente de la Corte Suprema de Justicia en el ordenamiento jurídico, se reafirma que en la actualidad, ni la cesantía comercial es una norma de orden público, ni la indemnización a la que hace referencia el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio cuenta con una naturaleza distinta a la del precepto tradicional de indemnización de perjuicios consagrado en el artículo 1613 del Código Civil.

Bajo las anteriores premisas, se debe concluir que en la actualidad no existe incongruencia entre lo dispuesto en el artículo 1324 del Código de Comercio y el Anexo 11E del Tratado de Libre Comercio, pues la finalidad de dicho anexo era lograr que la cesantía comercial fuera considerada como una norma dispositiva y la indemnización consagrada en dicho artículo se rigiera por los principios generales de reparación del daño.

Así pues, la única disposición del cuerpo normativo del contrato de agencia mercantil que sigue teniendo conflicto con el TLC, es la relativa a la exclusividad del agente comercial pues, ni el congreso la ha derogado expresa o tácitamente, ni la Corte Suprema ha indicado que se trata de una institución de carácter accidental del contrato de agencia comercial.

Conclusiones

El contrato de agencia comercial ha sido utilizado como figura de intermediación, que le ha permitido a una de las partes comercializar sus productos y a la otra obtener un beneficio de esta labor, en Colombia se encuentra regulado en el Código Civil, y desde la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, se solicitó eliminar el pago de la Cesantía Comercial al momento de la terminación del contrato de Agencia Mercantil.

En cuanto a la renuncia de las partes al pago de la cesantía comercial, se ha suscitado mucha controversia, por lo cual una parte de la doctrina se ha centrado en defender su renuncia argumentado que solo afecta el interés de las partes y la otra parte, quienes defienden que no se podría renunciar teniendo en cuenta que es una norma de orden público, sin embargo estas discusiones se encuentran superadas teniendo en cuenta que tanto los árbitros en sus laudos, como los jueces en sus providencias, cuentan hoy con el deber legal de observar de manera obligatoria el amplio precedente judicial que la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que la renuncia del pago de la Cesantía Comercial tiene un carácter dispositivo y por lo tanto las partes en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad pueden disponer en contrario lo cual no compromete el orden público o social de país, ni los intereses comunes de los comerciantes.

El tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos solicitó la eliminación del pago de la Cesantía Comercial dentro del contrato de Agencia, por lo cual se revisó la legislación Europea y la legislación de Estados Unidos con el fin de buscar el origen de dicha petición.

Como se pudo observar, tanto la legislación europea como la del Estado de Nueva York, presentan proposiciones jurídicas de orden público, es decir, que son de obligatorio cumplimiento para las partes en un contrato de agencia mercantil.

En específico, se pudo identificar que en el caso de la Comunidad Económica Europea, la compensación económica a la que tiene derecho el agente al final de la relación contractual, no puede ser objeto de renuncia pues es una norma de orden público. Por otro lado, para el caso de los Estados Unidos, dicha acreencia económica en favor del agente, sólo está llamada a operar si las partes así lo acuerdan.

Por motivo de lo anterior, se puede concluir que en Colombia, nos encontramos en un punto intermedio; ya que la compensación al final de la relación contractual conocida cesantía comercial, ni es una norma de orden público, ni tampoco un elemento que derive de la voluntad de las partes. En contraste, se presume que dicha acreencia le pertenece al agente, a menos que se pacte en contrario.

De la aparente existencia de una antinomia jurídica, en tanto a que el Código de Comercio tiene disposiciones diferentes a lo dispuesto por el TLC, en relación con el contrato de Agencia en cuanto a; (i) la cesantía comercial, (ii) la Indemnización equitativa y (iii) la exclusividad en favor del agente, se puede concluir que la única que continua vigente es la relativa a la exclusividad del agente comercial, pues ni el congreso la ha derogado expresa o tácitamente, ni la Corte Suprema ha indicado que se trata de una institución de carácter accidental del contrato de agencia comercial.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Aron, N. (2010). *Sales Agency Relationships under United States Law*. Obtenido de www.eurojuris.net/eurojuris.net/files/sales_agency_termiantion-other_problems_under_us_law--tc_00145221_.pdf
2. Arrubla, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos atípicos*. Bogotá: Legis Editores S.A.
3. Arrubla, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos Típicos*. Bogotá: Legis Editores S.A.
4. Consejo general de Colegios de Agentes Comerciales de España. (2015). <http://www.elblogdelcomercioexterior.com/2015/los-agentes-comerciales-de-union-europea.html>.
5. Constitución de los Estados Unidos de América (Estados Unidos).
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 6892 Ref. Expediente M.P. Jorge Santos Ballesteros. 18 de marzo de 2003.
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-990, expediente D-6363, M.P. Álvaro Tafur Galvis. 29 de noviembre de 2006.
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011.
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 750 de 2008. M.P Clara Inés Vargas Hernández.
12. Directiva 86/653. (1986). *Coordinación estados miembro agente independientes*. Europa: Comunidad Economica Europea.
13. Escobar S, G. (1987). *Negocios Civiles y Comerciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
14. Estado de Nueva York, L. L. (§ 191 - A, B Y C). *Ley Laboral Estado de Nueva York*. Obtenido de <http://labor.ny.gov/workerprotection/publicwork/PWLabLaw.shtm>
15. Fach, K. (2003). El reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7, No. 14.
16. García P, A. (2019). El contrato de Agencia en el ambito Internacional. *Universidad de Salamanca*, 33.
17. Garcia, J. I. (1979). *Introducción al Derecho Mercantil*. Bogotá: Ediciones Libreria del Profesional .
18. Garrigues, J. G. (Enero - Marzo de 1962). Los Agentes Comerciales . *Revista de Derecho Mercantil* , P7-8.
19. Gaviria, E. (1981). *Derecho Comercial*. Medellín: Bedout.
20. Giraldo B, C. J. (2012). *La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
21. Kuhn, E. (09 de junio de 2017). *Comercial Agency Agreement 2017*. Obtenido de <http://www.legalmondo.com/2017/09/usa-commercial-agency-agreement/>
22. López, M. E. (2008). El Contrato de Agencia Comercial. *E-Mercatoria*, 1-82.

23. Mancinelli, A. (s.f.). *Sales Representative and distributorship contracts in New York*. Obtenido de Harter Secrets & Emery LLP:

<http://globaledge.msu.edu/content/uploads/new-york.pdf>
24. Mendoza, A. (1996). *Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991*. Bogotá, Colombia: Doctrina y ley.
25. Mette, A. (2019). *Distributorships and Agency Agreements in the United States* .

Obtenido de A quick guide for foreing businesses interested in selling their products in the U.S. market:

http://www.dabf.dk/images/knowledge_base/Sales_Marketing_and_communications
26. Nossa, L. P. (2014). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Ecode Ediciones.
27. Organization of America States . (2006). <http://www.sice.oas.org/>. Recuperado el 01 de julio de 2019, de http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA/Draft_text_050806_s/11%20SERVICIOS%20TRANSFRONTERIZOS.pdf
28. Palomino, J. V. (2012). *La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolucion del alcance del concepto de orden publico. La rununciabilidad de la mal llamada Cesantía Comercial*. Díkaion, 255-284.
29. Perilla, J. (2017). La Agencia Mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 18-38.
30. Rosas F, J. A. (2017). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Madrid: Iustel.
31. Rubio, F. L. (2011). La Cesantía Comercial Elemento Determinante Del Contrato De Agencia. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 1-33.
32. Sanín, G. E. (1985). *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución. Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
33. Superintendencia de Sociedades. (4 de octubre de 1971). *Oficio 13534*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.

34. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-381/98 (M.P. Edward y P. Jann 9 de noviembre de 2000).
35. Tribunal de Justicia Europea, Comunicado de prensa No. 51/18 (Tribunal de Justicia Europea 19 de abril de 2018).
36. Tecnoquímicas S.A. vs SmithKline Beecham (Camara de Comercio Cali 30 de Septiembre de 2004).
37. Uprimmy, R. (14 de Marzo de 2012). ¿Es precedente judicial la nueva teoría de la ‘cesantía comercial’ de la Corte Suprema?”. *Ambito Juridico* .
38. Vallejo, F. (1999). *El Contrato de Agencia Comercial*. Bogotá: Legis.
39. Velasco, I. C. (2011). *El proteccionismo jurídico de la Agencia Comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica*. Cuadernos de administración, 155-168.
40. Woolcott Oyague, O. (2015). *Protección del derecho de autor: implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos/ Olenka Woolcott Oyague y Germán Florez Acero*. Bogotá - Buenos Aires: Astrea - Universidad Católica de Colombia.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

IX COHORTE

ARTICULO II

**EL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL COMO ELEMENTO
DIFERENCIADOR DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL FRENTE A
LOS DEMÁS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN**

AUTOR: MARIA JULIANA ORTIZ MONTERO

DIRECTORA: OLENKA WOOLCOTT

BOGOTÁ D.C.

2019

ARTÍCULO II. EL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL FRENTE A LOS DEMÁS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN..... 44

1. Elementos predominantes en los contratos de intermediación.....	44
1.1 Calidad de Comerciantes	45
1.2 Independencia	45
1.3 Estabilidad y Permanencia.....	45
1.4 Zona Prefijada.....	46
2. Contratos de intermediación y su diferencia con la Agencia Comercial.	46
2.1 El contrato de franquicia.....	46
2.2 Contrato de suministro	48
2.3 Contrato de Preposición	49
2.4 Contrato de Corretaje	50
2.5 Contrato de distribución	52
2.6 Contrato de Mandato	52
3. Elementos del contrato de Agencia Mercantil frente a los demás contratos de intermediación.	54
i. La independencia del agente	54
ii. La estabilidad del encargo	55
iii. El encargo de promover o explotar negocios del empresario.....	56
iv. Asumir el encargo por cuenta del agenciado	57
v. La remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario	57
vi. De la exclusividad en favor del agente	59
4.1. El pago de la Cesantía Comercial como elemento diferenciador.	59
4.2 La cesantía comercial vista como norma de orden público.....	64
4.3 La cesantía comercial vista como un derecho al que puede renunciar el agente: posición imperante en la actualidad	66
5. Otras instituciones jurídicas como la indemnización equitativa y la agencia de hecho. ...	68
5.1 De la Indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 1324.	69
5.2 De las estipulaciones contractuales que excluyen el Contrato de Agencia Comercial: aplicación de las normas que regulan el mencionado contrato cuando se configura una agencia de hecho.....	71
Conclusiones.....	74
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	76

ARTÍCULO II. EL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL FRENTE A LOS DEMÁS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.

Resumen

El contrato de Agencia mercantil, es considerado uno de los contratos de intermediación, al cual se le ha querido denominar con otros nombres con el fin de no asumir el pago de la cesantía comercial, pero al final tiene características muy particulares que lo diferencian de los demás, por lo cual se estudiará si la el pago de la cesantía comercial es un elemento diferenciador de los demás contratos de intermediación y si al renunciar las partes a este pago podría esta figura esta contractual derivar en otra o disminuirse en la práctica comercial.

Palabras Clave: Agencia Mercantil, Cesantía Comercial, Contrato de Intermediación, elemento diferenciador, características, vigencia.

Abstract

The commercial agency contract is considered one of the intermediation contracts, which has been called by other names in order not to assume the payment of the commercial severance, but in the end it has very particular characteristics that differentiate it from the others, it will be studied whether the payment of the commercial severance is a differentiating element from the other intermediation contracts and if the parties renounce this payment, this figure could be derived in another or decreased in commercial practice.

Key Words: Commercial Agency, Commercial Severance, Intermediation Contract, differentiating element, characteristics, validity.

INTRODUCCIÓN

El mundo mercantil a través de los años ha venido buscando figuras contractuales que le ayuden a expandir sus mercados y a llegar a todas partes del mundo, de esta necesidad surgieron los llamados contratos de colaboración o intermediación, entre estos el contrato de Agencia Comercial, por lo cual se hace necesario para el desarrollo de este artículo revisar los elementos que son predominantes en los contratos de intermediación y así mismo las figuras contractuales que le son semejantes, entre estas; el contrato de franquicia, suministro, preposición, corretaje distribución y mandato, con el fin de dar cuenta de sus elementos comunes, pero que así mismo, no son equiparables al contrato de Agencia.

Una de las particularidades que hacen al contrato de Agencia Comercial diferente de los demás contratos de intermediación, es el pago de la llamada cesantía mercantil, razón por la cual se estudiará la posición de la jurisprudencia respecto a su renuncia, y se explicará la posición imperante en la actualidad.

Posteriormente, será objeto de estudio las características y elementos tipificadores del contrato de Agencia Mercantil así; (i) la independencia del agente, (ii) la estabilidad del encargo, (iii) encargo de promover o explotar negocios del empresario, (iv) asumir el encargo por cuenta del agenciado, (v) la remuneración a favor y por cuenta del agente, (vi) la exclusividad en favor del agente y (vii) el pago de la Cesantía Comercial.

Lo anterior, para poder evaluar si la renuncia al pago de la cesantía comercial se entiende como un elemento diferenciador de los demás contratos de intermediación, y por lo tanto si la renuncia de la misma lo haría equiparable a los mencionados contratos.

Es por lo mencionado que, el presente trabajo de revisión busca a partir de este artículo de carácter descriptivo, desarrollar la hipótesis bajo la cual, la Cesantía Comercial dentro del contrato de Agencia Mercantil es o no un elemento diferenciador de los demás contratos de intermediación, o si aun con la renuncia de las partes al pago de la cesantía mercantil, sigue el contrato de Agencia Comercial teniendo otros elementos que lo hacen único y diferente de los otros contratos de intermediación.

ARTÍCULO II. EL PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL FRENTE A LOS DEMÁS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.

1. Elementos predominantes en los contratos de intermediación

El contrato de Agencia Mercantil se posiciona como uno de los mecanismos jurídicos de intermediación para que el empresario pueda llegar al mercado deseado, sin incurrir en elevados costos relacionados con la constitución de una sociedad, la contratación de empleados para el funcionamiento de la misma, el pago de impuestos, la promoción de su marca, el pago de nómina, entre otros.

Al igual que el contrato de Agencia, los demás tipos contractuales que se enmarcan dentro del género de los contratos de intermediación, resultan ser herramientas jurídicas que facilitan la comercialización de productos y servicios dentro de un mercado determinado. Dicho esto, podemos señalar que dentro de los contratos de intermediación o de distribución encontramos, además del contrato de agencia comercial, los siguientes contratos: (i) el contrato de franquicia, (ii) de suministro, (iii) de preposición, (iv) de corretaje, (v) distribución, y (vi) mandato.

Teniendo en cuenta la trascendencia de este tipo de contratos en el desarrollo del comercio, y con miras a aportar una perspectiva más amplia del contrato que es objeto de análisis en el presente artículo, se realizará un estudio de los contratos de intermediación previamente mencionados, señalando sus elementos comunes y sus características diferenciadoras.

1.1 Calidad de Comerciantes

Estos contratos se celebran entre comerciantes, tanto el principal como el intermediario que hace parte de su red de ventas.

1.2 Independencia

En estos negocios, el intermediario actúa de manera independiente pues no existe subordinación entre aquel y el principal. Por este motivo, no existe un vínculo laboral. Dicho esto, cabe recordar que la independencia en ningún caso implica la entrega total de instrucciones o del ejercicio de control y supervisión del principal sobre el intermediario o del señalamiento de pautas en cuanto al precio, formas de pago o descuentos de los artículos comercializados.

En el mismo sentido, con respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, (Cardozo, 1973) se ha referido a la independencia; esto debido a que el Agente puede buscar la forma que crea más conveniente para obtener mejor provecho del negocio para sí mismo y para el mandante, sin necesidad de estar subordinado.

1.3 Estabilidad y Permanencia

Los contratos de distribución se caracterizan por una continuidad y estabilidad en el ejercicio de la gestión desarrollada por el intermediario. De esta forma, estos tipos contractuales repelen las gestiones ocasionales o esporádicas.

Igualmente, para definir la estabilidad (Cardenas, 1984) aclara que no se refiere al término indefinido del contrato, sino que en este caso la estabilidad hace alusión a la obligación que tiene el Agente de promover el negocio del Agenciado de manera permanente con

independencia de los demás contratos que pueda tener, y que igualmente, el Agente debe ejercer mientras las posibilidades del mercado lo demanden, una actividad de promoción constante.

1.4 Zona Prefijada

En estos tipos contractuales, es común que el principal divida territorialmente los mercados que cada intermediario de su red de distribución debe “ampliar y conquistar”. Así, mediante la división territorial en zonas o áreas de influencia, le permiten al principal (i) organizar su red de distribuidores de manera eficiente y (ii) evitar que miembros de su misma red compitan entre sí y lograr más bien una competencia con los que rivalizan con el principal en el mercado.

2. Contratos de intermediación y su diferencia con la Agencia Comercial.

Una vez revisados los elementos predominantes en los contratos de intermediación o distribución, se procederá a revisar los tipos contractuales más relevantes tanto típicos como atípicos, buscando ver las características en común con el contrato de Agencia Mercantil, y si la renuncia al pago de la cesantía comercial lo hace un elemento diferenciador de estas figuras contractuales.

2.1 El contrato de franquicia

En primer lugar, ha de mencionarse que el contrato de franquicia comercial no se encuentra tipificado en el ordenamiento colombiano. Por este motivo, su regulación se sujeta esencialmente a los principios generales del derecho en materia de contratos, la costumbre, lo pactado por los contratantes y lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

Dicho esto, es oportuno precisar que el contrato de franquicia es un acuerdo de voluntades en virtud del cual, un empresario llamado franquiciante concede a otro empresario independiente denominado franquiciado, el derecho a reproducir un modelo de negocio ya desarrollado; todo esto, a cambio de una remuneración.

Bajo la anterior premisa, el franquiciante otorga al franquiciado la licencia de sus signos distintivos y le transmite un *know how*; el cual resulta ser el conjunto coordinado y estructurado de conocimientos que le permiten al comerciante franquiciado, reproducir con éxito el modelo de negocio del franquiciante (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 16 de agosto de 2013, 2013). De lo observado, se identifica que el objeto del contrato de franquicia recae en tres aspectos esenciales, a saber:

“(i) en la autorización otorgada al franquiciado para usar bienes y activos empresariales de propiedad de la empresa franquiciante, en su mayoría intangibles (nombre comercial, marcas, signos distintivos, logotipos, dibujos, fuentes, etc.) ; (ii) en la transmisión de los conocimientos técnicos y prácticos especializados para prestar un servicio o elaborar un producto (know-how) y; (iii) en el pago de una contraprestación económica a cargo del franquiciado en favor de la franquiciante.” (Ministerio de Educación, 2015).

Ahora bien, respecto de la prestación económica en favor del franquiciante, es relevante hacer mención a la fórmula de pago que comúnmente es utilizada. Así las cosas, en muchas oportunidades, la remuneración a cargo del franquiciado consiste en el pago de un *fee*

pagadero al perfeccionamiento del contrato, y la posterior cancelación de unas regalías periódicas, que pueden ser de carácter fijo o variable (Tobón, 2018).

En adición a lo precisado, es menester anotar también una de las principales obligaciones a cargo del franquiciado, esto es, el deber de confidencialidad y no revelación de la información que, por motivo del contrato, este llegue a conocer del franquiciante. El anterior deber, guarda trascendental relevancia si se tiene en cuenta que, dentro de los principales activos de todo franquiciante, se encuentra el *know how* y los secretos industriales que este transmite a sus franquiciados al momento de celebrar el contrato (Tobón, 2018).

2.2 Contrato de suministro

El contrato de suministro se encuentra consagrado en los artículos 968 a 980 del Código de Comercio. El artículo 968, define al suministro como: *“El contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.”*.

Dicho esto, se advierte que la característica fundamental en este tipo contractual, consiste en la obligación independiente que asume una de las partes de suministrar bienes o servicios de manera regular con la finalidad de recibir una contraprestación. Bajo esta premisa, se ha indicado que:

(...) este tipo contractual se diferencia radicalmente del contrato de agencia comercial, por su obvia función socioeconómica, en cuanto consiste en el suministro periódico de bienes o servicios por un periodo largo a cambio de una contraprestación, a secas, sin

que el suministrante tenga control alguno sobre la preventa y postventa de los bienes suministrados, ni sobre su mercadeo. (Tribunal de Arbitramento Colombina S.A Vs Nestlé Purina Pet Care Colombia S.A, 2005, p.21).

Por motivo de su naturaleza, el suministro ha sido calificado como un contrato marco, pues regula prestaciones futuras independientes. De esta forma, ha de indicarse que los contratos de suministro celebrados entre comerciantes, además de serles aplicables los artículos 968 a 980 del Código de Comercio, también le son las demás disposiciones jurídicas que regulen los contratos a que correspondan las prestaciones aisladas (Código de Comercio, Artículo 980). En este orden, si mediante el contrato de suministro se realiza, por ejemplo, compraventas sucesivas de bienes, a la relación jurídica le serán aplicables las normas que regulan este tipo contractual.

2.3 Contrato de Preposición

El contrato de preposición, se encuentra consagrado en los artículos 1332 a 1339 del Código de Comercio. Según lo dispuesto en el artículo 1332, dicho contrato resulta ser una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo; siendo el factor la persona natural o jurídica que recibe el encargo de administrarlo y el preponente, el empresario que ostenta la titularidad del mismo.

Expresado lo anterior, resulta imperioso entender con claridad el alcance de la institución jurídica conocida como establecimiento comercio, pues de ninguna otra forma se podría llegar a comprender el negocio jurídico bajo estudio. Al respecto, y a la luz de lo dispuesto

en el artículo 815 del C.Co., se ha entendido que “*el establecimiento de comercio es el instrumento del que se vale el empresario para poder cumplir los fines de su empresa y por medio del cual se realiza la actividad organizada*” (Castro, 2015, pág. 44); en otras palabras, es el conjunto de bienes en cabeza del empresario, que permiten el efectivo desarrollo del objeto mercantil de una empresa o de un empresario.

Partiendo de la consideración precedente, el factor es contratado con el propósito de administrar total o parcialmente, el conjunto de bienes, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles, que permiten la adecuada explotación de la actividad productiva del empresario preponente. Dicha facultad de administrar, implica la celebración de todos los actos jurídicos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administren, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los bienes que componen el establecimiento, salvo que se indique lo contrario en el registro mercantil (Código de Comercio, Art. 1335).

Por motivo de estas amplias facultades, el legislador impuso a las partes contratantes una serie de deberes que han de ser cumplidos por los mismos al momento de perfeccionar y finalizar su relación contractual; dentro de estos deberes, se encuentra la carga de inscribir el contrato en el registro mercantil y, en el momento en que sea revocado, también deberá de indicarse dicha situación en el mismo registro so pena que la revocación no sea oponible a terceros (Código de Comercio, Art. 1333).

2.4 Contrato de Corretaje

El contrato de Corretaje se encuentra consagrado en los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio. Por intermedio de este contrato, una persona denominada corredor, por su

especial conocimiento de los mercados, se encarga de poner en contacto o relacionar a dos o más personas, con el objeto de que estas últimas celebren un determinado negocio jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha limitado el alcance del suscitado contrato de la siguiente forma:

“Por el contrato de corretaje una parte llamada corredor, experta conocedora del mercado, a cambio de una retribución, remuneración o comisión, contrae para con otra denominada encargante o interesada, la obligación de gestionar, promover, concertar o inducir la celebración de un negocio jurídico, poniéndola en conexión, contacto o relación con otra u otras sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con ninguno de los candidatos a partes.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 29 de agosto de 2011, M.P William Namén Vargas)

De lo anterior, se extrae que la obligación principal del corredor es la intermediación entre sujetos que tienen un fin común, de manera tal que su actividad está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes, a quienes presenta y pone en contacto. Todo esto, sin que deba ejecutar acto jurídico alguno, actuar por cuenta o en nombre de los interesados, o tener vínculo con alguno de ellos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 29 de agosto de 2011, M.P William Namén Vargas).

Dicho esto, es menester mencionar las situaciones en las cuales el corredor obtiene el derecho a percibir una remuneración por sus servicios. Así entonces, el artículo 1341 del Código de Comercio señala que dicha remuneración se causará en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que el corredor hubiere intervenido; esto es, en el evento en que el

acercamiento motivado por la conducta del corredor, hubiere desembocado en la celebración del negocio jurídico. (Ibídem).

Para finalizar, es prudente advertir que el contrato anteriormente descrito, no comprende el elemento de estabilidad y permanencia propio del resto de contratos de colaboración. Esto en tanto que su prestación recae en una gestión ocasional, derivada de la necesidad de un encargante o interesado, de celebrar un único negocio jurídico.

2.5 Contrato de distribución

El contrato de distribución es considerado un contrato atípico, que ha venido siendo regulado por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, determinando así su regulación (Peña Nossa, 2017, pág. 497), así mismo, ha sido un contrato recurrente por los comerciantes para no utilizar la figura de la agencia mercantil y así evitar el pago de la cesantía comercial.

Para entender su definición, (Guerrero, 2010, pág. 27) ha expresado que es aquel contrato en el cual es distribuidor adquiere productos por su propia cuenta y riesgo para comercializarlos, obteniendo para si una remuneración de la diferencia entre el valor de compra y el valor de la venta final.

La diferencia con el contrato de Agencia Comercial se da en que el agente está encargado de abrir, mantener y ampliar el mercado del empresario por su parte, en cambio, el distribuidor asume esta tarea por su propia cuenta y riesgo vendiendo productos propios sin necesidad de obligaciones adicionales (Velasco, 2011, pág. 162).

2.6 Contrato de Mandato

El contrato de mandato ha sido definido por el Código de Comercio en su artículo 1262 como;

“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o mas actos de comercio por cuenta de otra.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. (...)”

Así mismo, para diferenciarlo del contrato de mandato, al respecto afirma (Bonivento, 1999, pág. 150) lo siguiente:

“Nótese eso sí, que se exige que el agente actúe por cuenta de otro y no en nombre de otro. La primera formulación, como es bien sabido, hace referencia a un fenómeno general de intermediación; la segunda, implica un fenómeno específico de representación que no es, como veremos, de la esencia del contrato de agencia. El agente, en síntesis, tiene que obrar por cuenta del agenciado, pero puede o no hacerlo en su nombre. Puede o no ser su representante. Y actuar por cuenta de otro, en la estructura legal del contrato de mandato civil y comercial, y en la agencia como especie de éste exige, inexorablemente para nosotros, que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se trasladen o se deban trasladar a aquel por cuya cuenta se actúa (mandante o agenciado)”.

Para este caso la diferencia con el contrato de Agencia Mercantil es relevante, toda vez que el artículo 1262 del Código de comercio refiere que; el mandato puede llevar o no la representación del mandate, cuestión diferente en el contrato de Agencia Comercial al consagrar el artículo 1317 del Código de comercio, que el comerciante actúa como representante o agente de un empresario, es decir, para estos tipos de contrato, el contrato de

Mandato puede llevar o no la representación del mandante, a diferencia del contrato de Agencia Comercial, en el cual el agente siempre actúa como representante del empresario.

3. Elementos del contrato de Agencia Mercantil frente a los demás contratos de intermediación.

En cuanto a las características o elementos tipificadores del contrato de Agencia Mercantil, la jurisprudencia y la doctrina ha coincidido en listarlos así; (i) la independencia del agente, (ii) la estabilidad del encargo, (iii) encargo de promover o explotar negocios del empresario, (iv) asumir el encargo por cuenta del agenciado, (v) la remuneración a favor y por cuenta del agente y (vi) la exclusividad en favor del agente. (Peña Nossa, 2017).

A continuación, se procede a describir de manera detallada en qué consisten los elementos antes mencionados:

i. La independencia del agente

En este negocio, el agente actúa de manera independiente, pues no existe subordinación entre aquel y el empresario agenciado; por ende, no existe un vínculo laboral. Ahora bien, cabe precisar que la independencia en ningún caso es sinónimo de autonomía absoluta. De esta manera, bajo el contrato de agencia mercantil, el empresario sigue contando con la facultad de señalar las pautas bajo las cuales se regirá la actividad de promoción del agente. Al respecto de este elemento, la corte ha precisado que:

“(...) sólo puede entenderse como agente comercial el comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo

de la empresa o establecimiento comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario en el territorio que se le ha demarcado.”

(CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 1980).

De esta manera, este elemento implica que; *“entre el agenciado y el agente se establezca una relación de coordinación y no de subordinación de suerte que el agente, al celebrar el contrato y durante la ejecución de este, conserve su libertad para determinar el modo, tiempo y lugar de su actividad de promoción, lo cual no impide que en el contrato se fijen pautas mínimas”* (Giraldo B, 2012, pág. 8).

ii. La estabilidad del encargo

Para el debido posicionamiento en el mercado de un producto o servicio, se requiere un esfuerzo constante por parte del profesional que tiene a su cargo la promoción y explotación del negocio. Lo anterior, hace necesario que el encargo otorgado al agente por parte del empresario deba tener vocación de permanencia. Al respecto de dicho elemento, la Corte ha indicado:

“Al puntualizar el legislador que el agente asume el encargo de manera estable, con ello precisa que éste se diferencia del simple mandatario, ya que el segundo no tiene encargo duradero, carece de estabilidad (...) Al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad” (CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 1980).

En este sentido, bajo el contrato de agencia comercial no es de recibo los encargos esporádicos u ocasionales que sí pueden ser propios del contrato genérico de mandato comercial. De esta manera, la estabilidad de la actividad del agente dilucida una de las diferencias notorias entre el contrato de mandato y el contrato de Agencia Mercantil.

iii. El encargo de promover o explotar negocios del empresario

Este elemento, es la piedra angular que permite diferenciar a la agencia comercial de otros tipos contractuales relacionados con el mandato y los contratos de colaboración. En armonía con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, la actividad fundamental que debe desarrollar el agente en el curso de la relación contractual, es la de promover los negocios del empresario agenciado. En otras palabras, el agente debe procurar el crecimiento de los negocios del empresario agenciado mediante la conquista de clientela y el desarrollo del good will (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de febrero de 2005).

Adicionalmente, este tipo contractual puede implicar la explotación de negocios. Dicha actividad, consiste en la realización de actos jurídicos tales como concluir ventas, compras arrendamientos o prestar servicios. (Laudo Arbitral Consorcio Business Ltda. Vs. Bellsouth Colombia S.A).

A pesar de lo anterior, debe resultar claro que, si bien la labor del agente puede implicar la explotación de negocios en favor del empresario agenciado, su prestación más importante es la de promocionar, es decir: estimular, atraer y fomentar clientela y mercado; lo que supone una considerable actividad por parte del agente (Giraldo B, 2012, pág. 11).

iv. Asumir el encargo por cuenta del agenciado

Este elemento, no forma parte de la definición dispuesta en el artículo 1317 de código de comercio; empero, ha sido reconocido como de su esencia por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por la jurisprudencia arbitral y gran parte de la doctrina.

Actuar por cuenta y en beneficio del agenciado significa que los efectos económicos de la actividad del agente los adquiere o aprovecha el agenciado, criterio acorde con el encargo que este le confiere a aquél para la promoción o explotación de sus negocios y con la concepción legal del contrato de agencia comercial como una especie de mandato. (Laudo Arbitral Simtec S.A Vs. Comcel S.A, p. 59).

Este elemento, determina cómo el proceder que realiza el agente, a pesar de su independencia y estabilidad, repercute económica y directamente en el patrimonio del agenciado, *“quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente solo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario. (...)”* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de julio de 2016).

v. La remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario

Al igual que el elemento descrito en el punto anterior, la remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario, tampoco se encuentra consagrada dentro de la definición aportada en el artículo 1317; a pesar de esto, se considera que es otro de los elementos, en la medida en que este es un contrato oneroso en el que ambas partes asumen obligaciones: el agente

principalmente la de promover y explotar los negocios del agenciado, y el agenciado la de pagar al agente la remuneración convenida en el marco de la relación contractual.

La aseveración anterior, ha sido a su vez ratificada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia anteriormente citada; veamos:

“Ninguna duda queda, pues, de que son elementos estructurales de toda agencia comercial, en primer lugar, que el comerciante intermediario actúe por cuenta ajena, esto es, del empresario que le efectúa el encargo, premisa de la que se sigue que todos los efectos económicos que se deriven de la gestión realizada por aquél, positivos y negativos, deben trasladarse al último y, por ende, reflejarse en su patrimonio; y, en segundo término, que el agente, como contraprestación de su actividad, perciba una remuneración, requisito que guarda íntima conexión con el anterior.” (ibidem)

Así mismo, diferentes laudos arbitrales han estimado a este elemento como propio del contrato de agencia mercantil; entre ellos: el Tribunal de Arbitramento de Consorcio Business Ltda. vs. Bellsouth Colombia S.A., el Tribunal de Arbitramento de Exxonmobil de Colombia S.A. vs. Muñoz Real y Cía Ltda, el Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C., Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A, el Tribunal de Arbitramento de Invertexty EU vs. LG Electronics Colombia Ltda, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, se considera la remuneración en favor del agente como un elemento del contrato de Agencia Comercial, en tanto que esta remuneración deriva de un contrato de carácter oneroso, pero no por esta razón puede considerarse que el pago de la cesantía comercial es una remuneración por la ejecución del contrato, toda vez que, la jurisprudencia ha sido clara al determinar que las partes pueden renunciar a la misma antes, durante o después de celebrado el contrato.

vi. De la exclusividad en favor del agente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1318 del Código de Comercio, el empresario agenciado no podrá, salvo pacto en contrario, tener varios agentes en una misma zona y para las mismas actividades y productos. De esta manera, se consagra para el agente un derecho de exclusividad que deberá respetar el agenciado.

Ahora bien, partiendo de lo indicado en dicha disposición jurídica, resulta claro que la exclusividad en favor del agente representa ser un elemento de la naturaleza del contrato de agencia comercial (Perilla, 2017), pues: (i) dicho derecho se entiende otorgado sin necesidad de que exista una cláusula contractual que así lo disponga y (ii) el artículo 1318 señala expresamente la posibilidad de pactar en contrario. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 34404, 2000).

4.1. El pago de la Cesantía Comercial como elemento diferenciador.

Explicado los elementos tipificadores del contrato de Agencia Comercial, es oportuno abordar una de las disposiciones jurídicas que más controversia ha suscitado: nos referimos

a la prestación económica en favor del agente a la que hace referencia el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Como se indicó previamente, existe el consenso generalizado relativo a aceptar que la remuneración al agente durante el curso de la relación contractual, resulta ser un elemento del contrato de Agencia Comercial. Empero, en adición a la remuneración que ha de darse por parte del agenciado al agente durante la relación jurídica, el inciso primero del artículo 1324 dispone de una retribución complementaria conocida en la doctrina y la jurisprudencia como “cesantía comercial”, y que debe pagarse una vez finalizado el vínculo convencional entre el agente y el agenciado¹³; a saber:

“el empresario deberá pagar al agente a la terminación del contrato una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión regalía o utilidad recibida en los últimos tres años o el promedio de todo lo recibido cuando el contrato fuere menor.”

Ahora bien, se ha indicado que el fundamento por el cual el agenciado tiene la obligación de pagar al agente la doceava parte del promedio de las regalías recibidas en los últimos tres años, o en todo el tiempo si la agencia hubiese durado un periodo menor, “es muy anterior

¹³ Es preciso señalar que la prestación antes suscitada, en principio, debe ser cancelada al momento de la terminación del contrato de agencia mercantil; a pesar de esto, ha sido aceptado jurisprudencial y doctrinalmente que, la prestación prevista en el parágrafo primero del artículo 1324, puede ser pagada anticipadamente por parte del empresario cuando el contrato aún se encuentra vigente; veamos: “(...) *al hallarse en el marco de la autonomía privada y de la libertad contractual de las personas para disciplinar sus relaciones obligatorias, bien puede estimarse plausible la facultad dispositiva de las partes a fin de consentir una cuantificación o determinación diferente, o para que se pague anticipadamente.*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de noviembre de 2017).

a la terminación del contrato y consiste en que el agente haya desplegado esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato, esfuerzos permanentes que van produciendo e imperceptible, un rendimiento económico para el empresario, que más tarde se concreta en un valor cierto apreciable en dinero para constituir lo que la ley y la doctrina denomina good will” (Escobar S, 1987, pág. 441).

Dicho esto, es pertinente advertir que, en la actualidad, está asentada la idea bajo la cual se considera a esta prestación como de la naturaleza del contrato de agencia mercantil, en la medida en que la misma puede ser objeto de renuncia por parte del agente antes, durante o después de la finalización del contrato.

A pesar de lo anterior, debe a su vez indicarse que por un largo lustro, imperó la idea relativa a considerar que la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, era irrenunciable, en la medida en que dicha disposición resultaba ser una norma imperativa de orden público.

De esta manera, y para efectos de comprender el estatus actual de esta institución en el derecho colombiano, es pertinente realizar un recuento de los argumentos que en su momento fueron utilizados para sustentar la posición de aquellos que consideraban que dicha

disposición era irrenunciable¹⁴ y cómo se construyeron los argumentos que dieron pie a la postura que hoy impera¹⁵.

Para esto, debemos entender primero el principio de libertad contractual en materia comercial, el concepto de orden público y de norma imperativa; pues son dichos conceptos los principales protagonistas en los argumentos que dieron pie a las ya mencionadas posiciones.

Así entonces, se parte por indicar que uno de los principios rectores del derecho mercantil es justamente, el principio de libertad contractual. Al respecto, se ha comentado que:

“Se llama libertad contractual a la posibilidad que concede la ley a los particulares para decidir si contratar o no contratar, con quien hacerlo y con qué contenido, por autonomía privada se entiende un poder que el orden jurídico concede al individuo para gobernar sus propios intereses, el cual cubre todo el ámbito de autarquía personal, alcanzando a la esfera de la persona para ejercitar facultades, derechos, y también para conformar las diversas relaciones

¹⁴ Sostenida entre otros por: Enrique Gaviria, Lecciones de Derecho Comercial, Ed. Dike Medellín, 1987, página 314; José Ignacio Narváez. Introducción al Derecho Mercantil, p. 288, Ed. 1976, José Armando Bonivento. Contratos Mercantiles de Intermediación. 2ª Ed Librería del Profesional, 1999, página 181 y Alvaro Pérez Vives, La Agencia Comercial. Conferencia dictada el 15 de octubre de 1971 Jaime Alberto Gómez, Contratos Comerciales, Ed Kelly, 1980, p.204 y Jorge Suescún Melo, Estudios de Derecho Privado, Ed Legis. 2ª Ed. Páginas 522 y siguientes.

¹⁵ William Namen Vargas. El Contrato de Agencia Comercial, en el Derecho de la Distribución Comercial. Ed. Navegante Editores. Bogotá, 1995, página 223; Fernando Hinestrosa, Gabriel Escobar Sanín, Negocios Civiles y Comerciales, página 442 y siguientes; Jaime Arrubla Paucar, Contratos Comerciales. Ed. Dike, 1987 página 384 y siguientes; Felipe Vallejo García, El Contrato de Agencia Mercantil, Ed. Legis, 1999, páginas 114 y siguientes; José Alpiniano García Muñoz. Derecho Economico de los Contratos. Ed. ABC, Bogotá 2001, página 363. Asecolda Revista No 36, Superintendencia de Sociedades, concepto del 4 de octubre de 1971 y Hernando Cardozo Luna. El Contrato de Agencia Comercial. Página 59.

jurídicas, debiéndose incluir aquí la facultad de decidir cuándo y con quién contratar” (Atáz L, 2009, pág. 129).

De la anterior cita, se colige que en principio, la ley en materia comercial avala la renunciabilidad de los derechos conferidos por las mismas leyes, con tal que estas sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia (Código Civil, Artículo 16). Ello se expresa en el artículo 4º del Código de Comercio el cual reza: *“las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.”*

A pesar de lo anterior, ha de señalarse que el límite a dicha prevalencia de voluntades privadas sobre las normas en materia comercial, se encuentra en las leyes cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, es decir las normas imperativas. Al respecto de las mismas, se ha mencionado que son:

“aquellas que en su misma esencia son obligatorias, no solo se inspiran en los principios generales derivados de la noción de orden público, la seguridad del estado, las buenas costumbres, sino que tienden a moralizar y a proteger la profesión del comercio. Las que determinan las condiciones de validez de los contratos, imponen obligaciones a los profesionales del comercio, exigen solemnidades para la celebración de ciertos actos o las que imponen sanciones

por el incumplimiento de exigencias o requisitos legales.” (Superintendencia de Sociedades, 2007)¹⁶

A su turno, también ha dicho la Corte que *se consideran imperativas, en principio y por razón de los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que la amenace en sus bienes más esenciales* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de mayo de 1938).

Habiendo estudiado el alcance del principio de libertad contractual y el concepto de orden público y norma imperativa, es momento de exponer las posturas que se desarrollaron en pro y en contra de la cesantía comercial como norma de orden público.

4.2 La cesantía comercial vista como norma de orden público.

La doctrina que fundamenta la imperatividad de la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324, toma como referente lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia hito del 2 de diciembre de 1980. Bajo la interpretación dada por la Corte en ese entonces, se indicó que dicho precepto resultaba ser una norma de orden público económico, en la medida en que la relación entre el agente y el agenciado no era vertical, sino que los empresarios agenciados gozaban de una supremacía latente que a la postre, se traducían en la necesidad de amparar al agente mediante normas como la desarrollada por el legislador al momento de redactar el Código de Comercio.

¹⁶ En contraste, se han indicado que las normas dispositivas: *“son aquellas en las que se provee a falta de estipulación en contrario, estas normas se denominan supletivas porque solo rigen en defecto de las normas convencionales aplicables, pues la ley misma garantiza la libertad de los particulares para regular sus propios intereses a través de acuerdos de voluntades como verdadera fuente de derecho, en cuanto se ajuste al orden público y a las buenas costumbres, por lo cual, estas normas supletivas no son sino una fuente subsidiaria de derecho sobre la cual prevalece la voluntad de los contratantes cuando además tiene causa y objeto lícitos”*.

Así entonces, se adujo que el propósito del legislador al momento de redactar dicha disposición, fue la de proteger al agente, de manera que posterior a la finalización de la relación contractual con quien fue su agenciado, el primero pudiera disponer de recursos que le permitieran reorientar su empresa. (Tribunal de Arbitramento de Comcelulares F.M Ltda. Vs. Comcel S.A)

Adicionalmente, se indicó que dicha protección otorgada por el legislador y avalada por la Corte Suprema de ese entonces, pretendía amparar el trabajo realizado por el agente comercial, *“consideración esta que llevó a que en el mundo académico se le diera la denominación de “cesantía comercial” para asimilarla con esta prestación social en el derecho laboral”* (Tribunal de Arbitramento Keops Comunicaciones S.A.S Vs. Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, p.44).

En esta misma línea, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 1982 consideró que la prestación era de orden público, porque el artículo 17 de la Carta Magna de ese entonces, señalaba que se debía proteger el trabajo humano. A tal efecto precisó:

“Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido que las normas protectoras del trabajo humano son de orden público y, por lo mismo, de aplicación inmediata a los contratos que se encuentren en ejecución al momento de entrar a regir la norma respectiva. Y de tal naturaleza es el comentado artículo 1324, como bien lo dice la sentencia apelada, pues él vino a poner fin a la injusticia que cometían las empresas nacionales y extranjeras con sus

agentes locales o regionales, quienes después de acreditar, mediante su inteligencia y consagrada actividad, determinados artículos, creándoles un mercado propio, eran desplazados sin compensación económica alguna, mediante el establecimiento de sucursales o la simple sustitución de agentes.”

De todo lo anterior, se tiene que los argumentos que validaron el carácter de orden público del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se resumen en: (i) la existencia de una relación asimétrica entre el agente y el agenciado y (ii) el derecho a la retribución a los esfuerzos del agente para promover los negocios del agenciado y aumentar su *good will*.

4.3 La cesantía comercial vista como un derecho al que puede renunciar el agente: posición imperante en la actualidad

Como se indicó en repetidas oportunidades, esta es la postura que hoy impera tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina arbitral. Sin embargo, desde la expedición del Código de Comercio y hasta el 2011, la presente postura no resultaba unánime.

Empero, quienes sí consideraban conforme a derecho la renuncia de la “cesantía comercial” antes de 2011, argumentaban que cuando una ley es expedida por razones de utilidad pública o de interés social, la misma generalmente debe precisar su carácter imperativo. En esta medida, al no haberse consagrado la prohibición de renunciar a dicha prestación de manera expresa en la norma, se debía entender que la misma era perfectamente lícita. (Tribunal de Arbitramento de Comcelulares F.M Ltda. Vs. Comcel S.A)

Ahora bien, como se indicó previamente, la postura de la Corte respecto a este punto dio un giro de 180 grados en 2011, al considerar que lo que en el pasado era el concepto de orden público en materia comercial ya no lo era en el presente:

“(...) en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es un derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas.”

De la sentencia antes citada, se tiene que si bien la Corte Suprema de Justicia rectifica la doctrina de más de 30 años sobre el alcance del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, no cuestiona las decisiones que en el pasado fueron tomadas por la misma

Corte, pues asevera que se adoptaron en el marco de un concepto de orden público que estima ajustado a las circunstancias imperantes del momento.

El fundamento de la rectificación parte entonces, de la evolución que ha tenido el concepto de orden público que, en criterio de la Corte, *es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo.* (Tribunal de Arbitramento Simtec S.A Vs. Comunicación Celular Comcel S.A. p.84)

De este modo, es pertinente aseverar que en la actualidad el derecho a la prestación estatuida en el inciso 1º del artículo 1324, es un elemento natural del contrato de agencia comercial; pues las partes cuentan con la facultad de excluir convencionalmente los efectos de dicha prestación en su relación contractual¹⁷, siempre y cuando su conducta “*se sujete a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de octubre de 2011).

5. Otras instituciones jurídicas como la indemnización equitativa y la agencia de hecho.

Una vez revisada la renunciabilidad de la cesantía comercial, es pertinente para el presente artículo revisar otras instituciones jurídicas que son propias del contrato de Agencia

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de julio de 2010: “*el derecho a la prestación estatuida en la norma (artículo 1324, inciso 1º [del] Código de Comercio), es **elemento natural** del contrato de agencia comercial, y por ende, se entiende incorporado por disposición legal, sin exigir estipulación a propósito (...)*”

Comercial como lo son; el pago de la indemnización equitativa y la constitución de la agencia de hecho.

5.1 De la Indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 1324.

Abordada la controversia a continuación se analizará la indemnización equitativa a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 1324, pues dadas las particularidades en como está redactado dicho inciso, pareciera ser que la prestación indemnizatoria a la que allí se hace referencia, dista de la concepción tradicional de la indemnización de perjuicios, consagrada en el artículo 1613 del Código Civil. Veamos:

“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 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 de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato”

Así pues, al realizar una lectura literal de la anterior disposición, se tendría que el propósito de la *indemnización equitativa*, resultaría ser la de retribuir al agente el esfuerzo que este hizo para posicionar en el mercado al empresario agenciado. Empero, este no puede ser su

propósito, pues la institución jurídica que verdaderamente cumple la finalidad de retribuir el esfuerzo del agente es la cesantía comercial, proposición jurídica a la que ya se hizo extendida alusión.

De no interpretarse como aquí se plantea, se estaría llegando a la falaz idea bajo la cual, sólo acaecido un incumplimiento contractual por parte del agenciado, es que el agente tendría derecho a percibir la retribución a la que el mismo artículo hace mención. De esta manera;

“Mientras la prestación llamada cesantía comercial compensa al agente comercial su labor creadora del good will, la indemnización del inciso segundo le repara los perjuicios experimentados a raíz de la terminación injusta del contrato.” (Vallejo, 1999, p.96)

Por motivo de lo anterior, se considera que la indemnización “equitativa” aquí descrita, no resulta ser un elemento particular del contrato de agencia mercantil; pues se trata simplemente de una indemnización de perjuicios ordinaria, en donde para tasar el daño emergente y el lucro cesante, ha de tenerse en cuenta las particularidades bajo las cuales se ha desarrollado la relación jurídica, es decir *“la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato”*. La posición anteriormente indicada, confluye con la posición que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia; a saber:

“Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para

acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de julio de 2010)

De esta manera, el resarcimiento de los perjuicios debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, de manera que el propósito de la indemnización no es el de retribuir al agente, sino el de reparar el daño causado por motivo del incumplimiento del empresario agenciado, teniendo en cuenta para esto factores como los esfuerzos para posicionar los productos o servicios, el crecimiento del negocio, entre otros.

5.2 De las estipulaciones contractuales que excluyen el Contrato de Agencia Comercial: aplicación de las normas que regulan el mencionado contrato cuando se configura una agencia de hecho.

Como se pudo corroborar en el punto cuarto del presente artículo, parece ser claro que en la actualidad, no existe en principio reparo alguno por el cual las partes no puedan pactar convencionalmente la renuncia del agente a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324.

Sin embargo, durante el marco de tiempo en el cual imperó la tesis que consideraba a la cesantía comercial como un derecho irrenunciable, muchos comerciantes, con el propósito de evitar pagar dicha prestación, optaron por implementar cláusulas contractuales en las cuales negaban la existencia de una agencia comercial; y en su lugar, asignaban convencionalmente una denominación contractual diferente a esta.

Ahora bien, al respecto de dicho modo de proceder, es menester recordar que la denominación de la naturaleza de un contrato no depende del nombre que le hayan asignado las partes, sino de la relación contractual que se de en la realidad entre las mismas y de esto dependerá las normas que le sean aplicables. De esta manera, si la relación negocial que desarrollan las partes cumple con los elementos del contrato de agencia comercial, poco importa el nombre que las partes decidieron asignarle al momento de contratar. Veamos:

“(…) la calificación jurídica de un contrato se funda en las obligaciones esenciales y por lo mismo, no es la calificación que caprichosamente hagan las partes contratantes, o como pretendan hacerlo aparecer ante los ojos del juzgador, lo que determina su régimen jurídico aplicable, porque tanto esa nominación o esos esfuerzos argumentativos resultan indiferentes ante la evidencia de los hechos (res ipsa loquitur) y de los elementos que emergen de los mismos y por lo tanto, es ineludible atender al criterio que en nuestro derecho consagra el artículo 1501 del Código Civil” (Tribunal de Arbitramento Comcelulares F.M Ltda. Vs. Comcel S.A.)

Adicional a lo anterior, y posiblemente con el ánimo de no dejar asomo de duda al respecto de la aplicabilidad de las normas que regulan este contrato cuando en un negocio se reúnan sus elementos esenciales, el legislador dispuso en el artículo 1331 lo siguiente: *“a la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo”*.

De esta forma, ha de resultar claro que el nombre que le asignen las partes al negocio jurídico, nunca tendrá incidencia en las disposiciones que lo rigen; pues con la simple coexistencia de todos los elementos de la esencia de este tipo de contrato, serán aplicables los artículos del Código de Comercio que lo regulan.

Conclusiones.

El contrato de agencia comercial se encuentra enmarcado dentro de los contratos de intermediación, los cuales tienen elementos predominantes en común los cuales son; (i) calidad de comerciantes, (ii) independencia, (iii) estabilidad y permanencia y (iv) zona prefijada, así mismo las figuras contractuales que reúnen estos elementos y que fueron estudiadas son; el contrato de franquicia, suministro, preposición, corretaje, distribución y mandato, sin embargo, a pesar de tener similitudes, se evidenció que el contrato de Agencia Mercantil tiene elementos diferenciadores.

Se realizó un estudio de las características o elementos tipificadores del contrato de Agencia Mercantil y se resumen así; (i) la independencia del agente, (ii) la estabilidad del encargo, (iii) encargo de promover o explotar negocios del empresario, (iv) asumir el encargo por cuenta del agenciado, (v) la remuneración a favor y por cuenta del agente, (vi) la exclusividad en favor del agente y (vii) el pago de la Cesantía Comercial.

A través de este estudio de los elementos del contrato de agencia, se buscaba evaluar cual de estos elementos eran comunes de los contratos de intermediación y si dentro ellos había alguno que hiciera diferente el contrato de Agencia de los demás, específicamente el pago de la Cesantía Comercial.

En lo referente al pago de la Cesantía Comercial como elemento diferenciador del contrato de Agencia Mercantil se concluye que es un elemento diferenciador, pero que la renuncia de las partes al pago de la misma no lo deriva en un contrato reemplazable por otro de los

contratos de intermediación, porque sigue existiendo un elemento mediante el cual este contrato sigue conservando su esencia.

El encargo de promover o explotar negocios del empresario es la piedra angular que permite diferenciar a la Agencia Comercial de otros tipos contractuales de intermediación, en otras palabras, el agente debe procurar el crecimiento de los negocios del empresario agenciado mediante la conquista de clientela y el desarrollo del good will.

En cuanto al elemento de la remuneración en favor del agente, no puede considerarse el pago de la cesantía comercial es una remuneración por la ejecución del contrato, toda vez que, la jurisprudencia ha sido clara al determinar que las partes cuentan con la facultad de excluir convencionalmente los efectos de dicha prestación en su relación contractual, siempre y cuando su conducta; *“se sujete a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico”*.

Del mismo modo, se estudiaron otras instituciones jurídicas con la indemnización equitativa y la agencia de hecho, en cuanto a la primera, se concluye que el propósito de la indemnización no es el de retribuir al agente, sino el de reparar el daño causado por motivo del incumplimiento del empresario agenciado, y de la segunda ha de resultar claro que el nombre que le asignen las partes al negocio jurídico, nunca tendrá incidencia en las disposiciones que lo rigen; pues con la simple coexistencia de todos los elementos del contrato de Agencia, le serán aplicables los artículos del Código de Comercio que lo regulan.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Arrubla, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos atípicos*. Bogotá: Legis Editores S.A.
2. Arrubla, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos Típicos*. Bogotá: Legis Editores S.A.
3. Atáz L, J. (2009). *La libertad contractual y sus limites*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
4. Bonivento, J. A. (1999). *Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación, Mandato, Comisión, Preposición, Agencia Comercial, Corretaje. Doctrina-Jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Porfesional.
5. Cardenas, J. P. (1984). *El Contrato de Agencia Mercantil*. Bogotá: Librería Temis.
6. Cardozo, H. (1973). *La Agencia Comercial en el Derecho Mercantil Colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
7. Castro, M. (2012). Constitución y Derecho Privado. *Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes* .
8. Castro, M. (2015). *Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011.
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-418 de 2014. M.P María Victoria Calle Correa

12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-439 de 2016. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.
13. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de noviembre de 1982.
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de mayo de 1938. M.P Juan Francisco Mujica.
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de julio de 2003. Expediente No. 20367. M.P. Carlos Isaac Nader.
16. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 2 de diciembre de 1980 M.P Germán Giraldo Zuluaga
17. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Expediente No. 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
18. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 2 de julio de 2010. M.P William Namén Vargas.
19. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de julio de 2016. M.P Álvaro Fernando García Restrepo.
20. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 9 de noviembre de 2017, Expediente 18392. M.P Luis Armando Tolosa Villabona.
21. Escobar S, G. (1987). *Negocios Civiles y Comerciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
22. Gaviria, E. (1981). *Derecho Comercial*. Medellín: Bedout.
23. Giraldo B, C. J. (2012). *La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano*. Bogotá: Universidad de Los Andes.

24. Guerrero, D. M. (2010). La facultad de modificación unilateral en los contratos de distribución. Bogotá: Universidad del Rosario.
25. Hinestrosa, F. (2013). Autonomía Privada y Tipicidad Contractual. *Revista de Derecho Privado No. 24*, 3-13.
26. Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial* . Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
27. Laudo Arbitral Consorcio Business Ltda. Vs. Bellsouth Colombia S.A. Febrero 12 de 2004. Árbitros: Diego Muñoz Tamayo, Fernando Santos Silva, Aurelio Tobón Mejía.
28. Laudo Arbitral Comcelulares F.M Ltda Vs. Comcel S.A. Diciembre 14 de 2006. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge
29. Laudo Arbitral Simtec S.A Vs. Comcel S.A. Noviembre 20 de 2014. Arbitros: Luis Helo Kattah, Fernando Santos Silva, Hernando Yepes Arcila.
30. Laudo Arbitral Exxonmobil de Colombia S.A. vs. Muñoz Real y Cía Ltda. Árbitros: Fabio Silva Torres, Enrique Laverde y Carlos González Vargas
31. Laudo Arbitral Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C., Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A. Árbitros: Enrique Cala Botero, José Alejandro Bonivento Fernández, Jorge Suescún Melo.
32. Laudo Arbitral Keops Comunicaciones S.A.S Vs. Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P. 29 de febrero de 2016. Árbitros: Alfredo Beltrán Sierra, Olympo Morales Benítez, Fernando Pabón Santander.

33. López, A. (2011). El contrato de Agencia Comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países Andinos. *e-Mercatoria*, 3-95.
34. Ministerio de Comercio Industria y Turismo. (s.f.). <http://www.tlc.gov.co/>. Recuperado el 01 de Abril de 2017, de http://www.tlc.gov.co/publicaciones/14853/acuerdo_de_promocion_comercial_entr_e_la_republica_de_colombia_y_estados_unidos_de_america
35. Ministerio de Educación. (2015). *Respuesta a solicitud con fecha del 25 de mayo de 2015*.
36. Nossa, L. P. (2014). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Ecode Ediciones.
37. Palomino, J. V. (2012). La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolucion del alcance del concepto de orden publico. La rununciabilidad de la mal llamada Cesantía Comercial. *Díkaion*, 255-284.
38. Peña Nossa, L. (2017). *Contrato empresariales nacionales e internacionales*. Bogotá: ECOE Editores.
39. Perilla, J. (2017). La Agencia Mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 18-38.
40. Rubio, F. L. (2011). La Cesantía Comercial Elemento Determinante Del Contrato De Agencia. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 1-33.
41. Superintendencia de Industria y Comercio. (2000). *Concepto 34404*.
42. Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). *Concepto 16 de agosto de 2013*. Bogotá.
43. Superintenedencia de Sociedades. (2007). *Oficio 220-040684*.

44. Tecnoquímicas S.A. vs SmithKline Beecham (Camara de Comercio Cali 30 de Septiembre de 2004).
45. Tobón, A. (2018). Los Elementos del Contrato de Franquicia en Colombia. *Universidad Javeriana*, Tesis de grado.
46. Vallejo, F. (1999). *El contrato de Agencia Comercial* . Bogotá: Legis Editores S.A.
47. Velasco, I. C. (2011). El proteccionismo jurídico de la Agencia Comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica. *Cuadernos de administración*, 155-168.
48. Woolcott Oyague, O. (2015). *Protección del derecho de autor: implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos/ Olenka Woolcott Oyague y Germán Florez Acero*. Bogotá - Buenos Aires: Astrea - Universidad Catolica de Colombia.