

**EL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LAS PRESTACIONES DEL CONTRATO DE
AGENCIA MERCANTIL**

JULIANA BARRIOS CAMARGO

LAURA ANDREA CADENA MUNAR

LINA TÉLLEZ GARCÍA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

BOGOTÁ, 2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL Y SUS PRESTACIONES.....	4
3. ORDEN PÚBLICO.....	5
4. ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR A LAS PRESTACIONES CONSAGRADAS EN ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO	8
5. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES.....	14
6. BIBLIOGRAFÍA.....	16

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1324 del Código de Comercio dispone que, a la terminación del contrato de agencia mercantil, el agente será acreedor de una prestación que jurisprudencialmente ha sido denominada cesantía comercial y, en ciertas circunstancias, podrá igualmente ser acreedor de una segunda prestación denominada indemnización equitativa. Prescribe el artículo que viene de señalarse que: “[e]l contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario [...]. (Subrayado fuera de texto)

A partir de lo anterior, se cuestiona si la precitada reglamentación puede ser una norma de carácter dispositivo en lo que respecta a las prestaciones antes señaladas y si, por ello, es viable que las partes del contrato de agencia comercial, en ejercicio legítimo de su libertad de contratación, pacten diferente a lo señalado por dicha norma. Así, el presente escrito se ocupará de determinar si las partes contractualmente pueden acordar la renuncia del agente a la cesantía comercial y a la indemnización equitativa.

Para lo anterior, se estudiará doctrina y diversos pronunciamientos jurisprudenciales, con el fin de establecer si el artículo 1324 del C. Co., es o no, una norma de orden público y, por lo tanto, una norma de carácter imperativo cuya observancia es obligatoria.

Para efectos de desarrollar el problema jurídico planteado en el acápite anterior, nuestra investigación se centra en la revisión y análisis de la doctrina y jurisprudencia que abordan el tema desde el año 1972 hasta el año 2011 al igual que la concepción de orden público desde el punto de vista positivista e ius naturalista.

2. CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL Y SUS PRESTACIONES

El siguiente capítulo busca de manera amplia y general describir las características del contrato de agencia mercantil toda vez que la descripción minuciosa de este contrato se encuentra fuera del alcance de este trabajo. El contrato de agencia comercial está regulado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio. El artículo 1317 señala que el contrato de agencia mercantil es un contrato por medio del cual *“un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo [...]”*.

La doctrina y jurisprudencia han señalado que los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil son los siguientes: primero, independencia en la actividad del agente; segundo, estabilidad en la actividad del agente; tercero, el encargo de promover o explotar negocios; cuarto, la remuneración a favor del agente por cuenta del empresario y, por último, que la actuación del agente sea adelantada por cuenta y riesgo del agenciado.ⁱ

No obstante lo anterior, la doctrina no es pacífica frente a los elementos anteriores, toda vez que doctrinantes como el Doctor Escobar Sanín consideran, por ejemplo, que la onerosidad no es un elemento esencial, sino por el contrario, de la naturaleza del contrato. De esta manera, el doctrinante afirma: *“cuando se calla en el contrato la onerosidad, siendo ésta elemento natural del negocio conforme a la ley, tal como ocurre en la agencia (art. 1317), en el mandato (art. 1262), en la comisión (art. 1287) [...] se está significando simplemente que la ley no incluyó la onerosidad como elemento esencial y que las partes queden sometidas a la remuneración usual para el respectivo género de actividades.”*ⁱⁱ

Ahora bien, en cuanto al objeto del contrato, éste tiene su razón de ser en que el empresario, en su calidad de agenciado, desea abrir un mercado o distribuir bienes o servicios en una zona determinada dentro del territorio nacional. Para cumplir con el objetivo anterior, el empresario contrata a un comerciante o agente, para que éste último, de manera independiente realice las actividades necesarias para abrir el mercado deseado por el agenciado, esto se conoce

como el encargo. Es así entonces que, el agente ejecuta el encargo de manera independiente y autónoma, sin reconocer subordinación respecto del agenciado.ⁱⁱⁱ

No obstante lo anterior, deben hacerse las siguientes precisiones: primero, la independencia del agente no es absoluta, en la medida en que el agenciado define los lineamientos y parámetros para que se desarrolle el encargo,^{iv} y segundo, si bien la promoción o explotación de negocios corren por cuenta y nombre del agenciado, éste podría realizarse con o sin representación del mismo.^v

Ahora bien, respecto de las prestaciones del contrato de agencia mercantil, el artículo 1324 del Código de Comercio consagra dos prestaciones en favor del agente. La primera de ellas, a la cual se le ha dado el nombre de cesantía comercial por ser asemejada a las cesantías laborales, se causa siempre con la terminación del contrato de agencia, sin atender a las razones por las cuales termina el contrato.^{vi} La segunda, la indemnización equitativa, se causa a la terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del agenciado o la terminación por justa causa por parte del agente.^{vii} Sobre este particular, el referido artículo dispone lo siguiente: “[e]l contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, 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”.

3. ORDEN PÚBLICO

Ahora bien, para establecer si las prestaciones aludidas son renunciables o no, debemos hacer un estudio general del concepto de orden público. *Grosso modo*, el marco normativo sobre el cual el concepto de orden público se desarrolla en Colombia se encuentra en el Código Civil artículos 16^{viii} ix y 1524^x, y en el Código de Comercio en su artículo 899 inciso 1^{xi}.

De la lectura de dichas normas puede concluirse que, en el ordenamiento jurídico colombiano, las partes son libres de pactar las cláusulas que consideren necesarias para regular su futura relación contractual, siempre y cuando las mismas no contravengan lo dispuesto en normas que el legislador ha catalogado como imperativas. En esta línea de ideas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema de la siguiente manera: "[d]entro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce -aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, [...] lo normal es que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público."^{xii}

Al tenor de lo anterior, se concluye entonces que las normas imperativas, sinónimo de normas de orden público, no pueden ser derogadas por mutuo acuerdo de las partes contratantes.

Ahora bien, habiendo definido que es una norma de orden público, es necesario detenerse a examinar qué hace que una norma sea considerada por el legislador como tal. La respuesta anterior no es única, puesto que en gran medida depende de la posición ius naturalista o positivista de quién examine la norma.

Así las cosas, primero debemos remitirnos a la tesis del doctrinante Hans Kelsen, quien en su libro "Teoría Pura del Derecho", respecto de la noción de 'orden' señala lo siguiente: "*un orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es -como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada solo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.*"^{xiii}

Teniendo presente lo anterior, podríamos afirmar entonces que, para Kelsen, una norma - como la que regula la agencia comercial- hace parte del orden jurídico si tiene como norma fundante a la Constitución Política Colombiana, como lo deberían tener todas las normas. En este sentido, el análisis de validez de una norma se hace previo a su promulgación por parte del legislador y por ellos, si al expedirse la norma, ésta estaba fundamentada en la norma fundante, entonces respecto de la misma no hay que valorar elementos adicionales y dicha norma promulgada será válida y dicha validez no tendría por qué ser cuestionada.

Por otro lado, el iusnaturalismo jurídico, que es la escuela de pensamiento basada en un sistema filosófico que considera el derecho desde la perspectiva natural como concepto ajeno a la creación del hombre, lo que busca es analizar cuál es la inspiración de la norma para enfocar las decisiones y actuaciones de los agentes del derecho.

Esta corriente busca establecer un escenario en el que prime la estabilidad y la seguridad jurídica para aquellos que utilizan los sistemas de derechos para impartir justicia en la sociedad. En consecuencia, lo que busca es proteger y conservar la intención natural de la norma.

Es por esta razón que, para la corriente iusnaturalista, el concepto de orden público es estático en la medida que la existencia de esta característica en algunas de las normas del marco legal, tiene como fin proteger el sistema y, por ende, dicho orden natural no debe ser cuestionado ni modificado por la autonomía de la voluntad de las partes.

Lo anterior se debe a que esta corriente considera que el derecho emana de una naturaleza divina superior a la voluntad del hombre, por lo que no cabe la posibilidad de pactar en contrario del "orden justo" o de la idea de justicia, pues la norma con característica de orden público representa el "deber ser" de la conducta humana y de pactar en contrario a ella, se estaría violando el orden natural como base fundamental de la escuela del iusnaturalismo.

Ahora bien, de acuerdo con los doctrinantes Ospina Fernández y Ospina Acosta "[la] vida social, al igual que la del individuo, es esencialmente dinámica, [y por ello] no es un ser sino devenir en perpetuo movimiento, [el cual] se realiza en medio de condiciones en gran parte variables, [y por lo anterior] [...] ese orden público que, por exigencia moral y jurídica, debe reinar en el decurso de la vida colectiva, debe tener elasticidad y flexibilidad tales que le permitan adaptarse a las mencionadas corrientes y marcas que en aquella se suceden permanentemente. Sin embargo, la verdad de esta idea tampoco autoriza la inclusión que de ella pretende derivar el positivismo jurídico, el cual es la de que el orden público es esencialmente variable en cada instante, y que su contenido depende exclusivamente del "consenso general" o del "juicio soberano del Estado". [...] Así, concebido el orden público como un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la

conservación de este, constituye instrumento adecuado para que el Estado - guardián nato del bien común, pueda cumplir prudentemente su función fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídica, y no exclusivamente del legislador.^{xiv xv} (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, es posible concluir que cuando se establece que una norma es de orden público, ello se realiza con ocasión a que se busca que la misma ampare ciertos principios que dentro de una comunidad son imprescindibles para el bienestar de sus integrantes. Lo anterior, sin perjuicio que la comunidad que busca la protección de dichos principios, con el pasar del tiempo, reconsidere si los mismos continúan siendo de protección obligatoria por su particular valor, o si por el contrario, a la luz de nuevas condiciones económicas y realidades sociales, pueden ser considerados como normas de carácter supletivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario realizar una breve arqueología jurídica para identificar aquellos motivos que llevaron al legislador a considerar que las prestaciones a la terminación del contrato de agencia mercantil eran normas de orden público, y si, aquellos principios imprescindibles, hoy continúan siéndolo para ambas prestaciones.

4. ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR A LAS PRESTACIONES CONSAGRADAS EN ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En este acápite expondremos las tesis jurídicas más relevantes, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que han surgido desde el año 1971 hasta el año 2011, en las que se ha discutido el carácter renunciable o no de las prestaciones propias del contrato de agencia mercantil.

En primer lugar, la Superintendencia de Sociedades mediante el oficio No. 13534 del 4 de octubre de 1971, señaló enfáticamente que ambas prestaciones eran renunciables, toda vez que, a su juicio, no existía impedimento jurídico que prohibiera al agente gozar de sus prestaciones, como quiera que las mismas eran prestaciones que tenían su causa en la autonomía propia del acuerdo de voluntades.

Así pues, la Superintendencia de Sociedades consideró lo siguiente: *“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, o que gozará de una inferior o superior a la establecida en él, en razón de que dicha disposición es de carácter dispositivo-supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico, en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación". (Subrayado fuera del texto)

Sobre este pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades, el Doctor Jaime Alberto Arubla sostuvo que dicha afirmación encontraba sustento en el artículo 15 del Código Civil, toda vez que el mismo señala que, "[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia."

xvi

En la medida en que las prestaciones consagradas en el artículo 1324 tratan de un interés individual del renunciante -en este caso el agente-, y que no se prohíbe la renuncia a las prestaciones señaladas, se cumplen los parámetros contemplados en el artículo 15 del Código Civil para poder renunciar a las mismas.

En el mismo sentido, el doctrinante Enrique Gabriel Escobar Sanín, en el año 1985 acudió igualmente al artículo 15 del Código Civil para sustentar su posición, concluyendo que las prestaciones propias de la agencia mercantil eran renunciables, por cuanto la norma que las contemplaba no era de orden público o de interés social.

Para Escobar Sanín, la relación entre comerciante y empresario era una relación autónoma e independiente, que no buscaba proteger a ninguna clase social determinada, sino, por el contrario, ejecutar una labor de intermediación.^{xvii} Por lo anterior, sostuvo que, "la referida prestación del artículo 1324 no tiene ninguna finalidad proteccionista de una clase social determinada, sino simplemente la de reestablecer el equilibrio económico de un contrato de derecho privado, surgido entre partes iguales y autónomas, pero que con el correr del tiempo se hizo más gravoso para una de ellas, causando un enriquecimiento desproporcionado en la otra. Si toda norma proferida con este propósito tuviese por ese solo hecho el carácter de orden público y se predicase absurdamente en que el contenido del artículo 965 del código civil, por ejemplo, que ordena pagar mejoras necesarias al poseedor de mala fe vencido, al usurpador- quien bien pudiera sancionarse con la pérdida de ellas a causa de su dolo-, no pueda transigir sobre esta prestación que la ley reconoce, porque debe entenderse protectora

de la clase social a la cual pertenece el usurpador. Por consiguiente, dicha prestación es renunciable por lo que acaba de decirse y no por ser la agencia esencialmente onerosa". ^{xviii}
(Subrayado fuera del texto)

Ahora, en contraposición a quienes sostienen que las prestaciones propias del contrato de agencia son renunciables, encontramos la tesis del Doctor Enrique Gaviria Gutiérrez quien, en el año de 1981 abordó el tema desde la misma interpretación del artículo 15 del Código Civil, para concluir que las prestaciones no son renunciables en la medida en que no es correcto crear una costumbre que permita la renuncia de las prestaciones a los agentes mediadores. Argumenta para ello que, "no afecta simplemente el interés individual del comerciante, sino los intereses generales de todos los agentes mediadores, pues permitida la renuncia tendría como consecuencia privar la norma de toda eficacia práctica, puesto que los empresarios convertirían en cláusula de estilo la eliminación contractual de las prestaciones".^{xix} (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, el Doctor Juan Pablo Cárdenas, en el año 1984 afirmó que la intención del legislador al redactar el artículo 1324 del Código de Comercio, fue proteger a un sector de la economía que era necesario amparar, lo que implica que el artículo debe ser interpretado como norma imperativa que no admite pacto en contrario. Es por ello que asegura que, "[p]ara cumplir así los fines que le han señalado los artículos 32 y 17 de la Constitución, la norma debe ser interpretada y aplicada de tal manera que cumpla este propósito y logre la protección pretendida por el legislador, que no se obtendría si la norma fuera supletiva. Por todo lo cual debe entenderse que este precepto es de orden público, pues aunque de manera directa solo atañe a los agentes, en su finalidad trata de organizar todo un sector de la economía que el legislador consideró necesario amparar, y por ello interesa a la sociedad en general. Finalmente, si se acepta que uno de los fundamentos de la reglamentación del contrato de agencia fue evitar que se hicieran fraudes a la ley laboral, es necesario concluir que la norma debe tener carácter imperativo, ya que de otra manera no se lograría su propósito fundamental. Todo esto no impide que, terminado el contrato se renuncie a estas prestaciones, porque ya no obran las razones mencionadas."^{xx} (Subrayado fuera de texto)

De igual manera, el doctrinante José Ignacio Narváez García señaló: "(...) que en capítulo V (art. 1317 y ss.) se dice cuándo se puede pactar en contrario. ¿Qué significa esto? que solo en los casos en que el legislador previó la posibilidad del pago en contrario puede considerarse

que la norma es supletiva. Por ejemplo, el artículo 1319 'en el contrato de agencia comercial podrá pactarse' [...], esta es una prueba más de que son normas de orden público".^{xxi}
(Subrayado fuera del texto)

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 1980, consideró que el artículo 1324 era de orden público y por ende irrenunciable. Sin embargo, hizo una salvedad consistente en que "la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez se haya terminado por cualquiera causa, es decir, cuando quede incorporada ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio de prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivamente". (Subrayado fuera del texto)

En virtud de lo anterior, es posible concluir que existen diferentes criterios expuestos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina sobre el carácter irrenunciable de las prestaciones de la agencia comercial.

Ahora bien, debe analizarse a la fecha, cuál es la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a las prestaciones de la agencia comercial: ¿son renunciables, o no?

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de octubre de 2011^{xxii} hizo un breve recuento histórico sobre las prestaciones de la agencia comercial y señaló que, "en el pasado, y aún ahora, la Corte ha considerado el derecho a la prestación disciplinada en el inciso primero del artículo 1324 del Código del Comercio, sustraído de la esfera dispositiva y no susceptible de disposición, en particular de renuncia, 'antes de la celebración del contrato o durante su ejecución', **admitiéndola, empero, 'una vez se haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio de prestación'** (cas. civ. sentencias de 2 de diciembre de 1980, CLXVI, n, 2407, 269 ss; 14 de diciembre de 1992, CCXIX, 2458, 684; 31 de octubre de 1995, No. 2476, 1269; CCXXXVII, Vol. II, 1288)." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En este sentido, hasta esa fecha, la cesantía comercial era renunciable únicamente cuando la misma fuese incorporada al patrimonio del agente. No obstante lo anterior, esa posición cambió^{xxiii}, toda vez que ahora, conforme a la sentencia antes citada, se dio un giro a la tesis antes adoptada por la misma Corte al señalar que, "[e]n 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 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." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De esta manera es acertado concluir que, a la fecha, la cesantía comercial es renunciable desde el momento de la celebración del contrato, durante su ejecución y a la terminación del mismo. "La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar. [...] Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980." (Subrayado fuera del texto)^{xxiv}

No sobra resaltar, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en citada sentencia, que, si bien ahora la cesantía comercial es renunciable en cualquier momento por ser una prestación de carácter dispositivo, el alto tribunal resaltó que, "*no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, verbi gratia, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales.*" (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, toda vez que el último pronunciamiento jurisprudencial en la materia permite al agente renunciar a la cesantía comercial en cualquier momento, debe preguntarse ahora, ¿puede renunciarse en iguales condiciones la indemnización equitativa?

Al tenor del segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, la indemnización equitativa en favor del agenciado podrá ser reclamada cuando ocurra uno de los dos siguientes supuestos. Primero, cuando el agenciado revoque unilateralmente el contrato sin justa causa o, segundo, cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al agenciado.

Así las cosas, en relación con el primer supuesto ante el cual procede la indemnización equitativa, es preciso señalar que el mismo se fundamenta, como bien lo indica el mismo artículo, en retribuir los esfuerzos del agente por acreditar una marca, línea de productos o servicios en favor del agenciado. Por este motivo, y en aras de proteger al agente, el ordenamiento jurídico únicamente faculta al agente a renunciar a dicha prestación una vez la misma se haya causado y ésta haya entrado en su patrimonio. Lo anterior encuentra sustento

en que, en caso de que dicha prestación pudiese renunciarse al contratar o durante la ejecución del contrato, se permitiría la actuación dolosa del agenciado y dicho comportamiento no estaría sujeta a ninguna sanción. Ello en otras palabras implicaría condonar el dolo futuro, que en líneas posteriores se explicará.

Respecto del segundo supuesto bajo el cual procede la indemnización equitativa, éste carece del elemento retributivo y, por el contrario, prescribe una sanción para el agenciado que por causas atribuibles a éste ha llevado al agente a terminar el contrato.

Pactar en contra de del segundo supuesto de dicha disposición implicaría necesariamente, al igual que bajo el primer supuesto, favorecer la conducta necia del agenciado, al permitirle actuar de manera negligente sin ninguna consecuencia. En otras palabras, ello implicaría condonar el dolo futuro, lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico colombiano.^{xxv}

En este sentido, la indemnización equitativa está encaminada a resarcir los perjuicios causados por el agente "*por el incumplimiento del deber de buena fe que debe existir durante la ejecución del contrato*"^{xxvi} Así las cosas, esta disposición es de carácter imperativo, y el pacto en contrario que se haga antes o durante la ejecución del contrato, se tendrá por no escrito. Sin embargo, es posible renunciar a esta prestación, una vez termine el contrato pues en ese momento ya no habrán intereses que se puedan ver afectados.

5. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como se expuso en la introducción de este trabajo, el objetivo de esta investigación es establecer si las prestaciones que en favor del agente comercial se estipulan en el artículo 1324 del Código de Comercio tienen el carácter de orden público, y si por ello, es posible renunciar a las mismas.

Una vez realizada la investigación doctrinal y jurisprudencial, arribamos a concluir que las prestaciones propias del contrato de agencia mercantil consagradas en el artículo 1324 ibídem tienen elementos de orden público y dispositivo. Lo anterior, como quiera que, por una parte, no es posible la renuncia del agente a la indemnización equitativa en cualquier momento, pues únicamente será válida la renuncia que se haga a la terminación del contrato, por cuanto de permitirse que la renuncia sea al momento de la celebración o durante la ejecución del negocio se estaría consistiendo la condonación del dolo futuro en que pueda incurrir el agenciado. En

consecuencia, se concluye que la indemnización equitativa no es renunciable antes de la terminación del contrato de agencia comercial, como quiera que de hacerlo quedaría comprometido el orden público, las buenas costumbres y el interés general social y del comercio. En esta medida, podemos concluir que la posición de la Corte Suprema de Justicia al realizar dicho análisis fue una posición ius naturalista, toda vez que su sustento se encuentra en principios que se anteponen a la ley positiva, lo que implica que la norma atiende a fines en pro de la justicia, como lo es, en efecto, no permitir que se condone el dolo futuro de alguna de las partes. Así las cosas, la Corte acogió la tesis de esta corriente, pues atendió al espíritu de la norma y a su razón de ser.

En cambio, si la Corte Suprema hubiera realizado un análisis basado en la corriente positivista, habría cuestionado si la misma derivaba de una norma suprema como lo es la Constitución Política.

Por el contrario, la cesantía comercial es una prestación susceptible de disposición por las partes, lo que permite su renuncia en cualquier momento, ya sea en la celebración, durante la ejecución, o inclusive, a la terminación del contrato de agencia, toda vez que no afecta el orden público, las buenas costumbres ni el interés general. Sin embargo, el carácter dispositivo de esta prestación no implica con ello un poder absoluto, en la medida en que siempre deberá estar ajustado a los postulados de la buena fe o lealtad exigidos en el ámbito de los negocios, y exento de todo abuso del derecho.

Así las cosas, concluimos que el artículo 1324 del Código de Comercio no es, en su totalidad, una norma de orden público ni dispositiva, pues como ya se expuso, se admite su pacto en contrario respecto de la cesantía comercial y, se admite parcialmente el pacto en contrario respecto de la indemnización equitativa, siempre y cuando se haga al finalizar el contrato, lo que implica, como ya se dijo, una disposición de orden público a la luz del ius naturalismo jurídico.

6. BIBLIOGRAFÍA

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Décimocuarta edición, Legis.

Cárdenas, Juan Pablo. *El contrato de agencia mercantil*. Bogotá. Temis, 1984.

Castro de Cifuentes, Marcela. *Nota Editorial 18. Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes.

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 1995, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, 10 de septiembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011, Radicado: 11001-3103-032-2001-00847-01.

Escobar Sanín, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales I, Negocios de Sustitución*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia.

Gaviria Gutiérrez, Enrique. *Derecho Comercial*. Editorial Bedout, Medellín.

Laudo arbitral de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de Fabricación de Automotores - SOFASA S.A. 25 de abril de 2017.

Laudo arbitral dictado en el proceso de Daniel J. Fernández & CIA Ltda, contra Fiberglass Colombia S.A. 19 de febrero de 1997.

Molano, Ricardo. *Derecho de los emprendedores*. Septiembre 20, 2012. <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/derecho-los-emprendedores/orden-publico-y-derecho-privado>.

López Medina, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho*. “La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”. Legis, 2009.

Narvárez, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil*. 3era edición, Bogotá, Ediciones Librería Profesional, 1979.

Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Séptima edición, Temis.

Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles Nacionales e internacionales*. Quinta Edición. Universidad del Sinú.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 1999031823-1. Agosto 5 de 1999. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

NOTAS AL DEL TRABAJO DE GRADO

ⁱ Peña Nossa, Lisandro. De los contratos mercantiles Nacionales e internacionales. Quinta Edición. Universidad del Sinú, página 414-422 *ver también*, Laudo de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A contra la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. - SOFASA S.A. 15 de abril de 2017 página 66: "[L]a agencia comercial es una forma de mandato que para su configuración requiere de la coexistencia de los siguientes elementos esenciales: (i) el encargo o promoción o explotación de negocios del agenciado, (ii) la independencia del agente, (iii) la estabilidad de la relación; (iv) la remuneración del agente y (v) que la actuación de éste último sea adelanta por cuenta y riesgo del agenciado, en quien se radican o deben radicarse, dependiendo de si hay o no representación, los efectos patrimoniales de los negocios encomendados al agente."

ⁱⁱ Escobar Sanín, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales I, Negocios de Sustitución. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, página 398.

ⁱⁱⁱ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, 10 de septiembre de 2013: "No sobra reiterar que la independencia y autonomía son uno de los presupuestos necesarios en esta clase de vínculos, lo que conlleva la inexistencia de lazos de subordinación o dependencia entre agente y agenciado, que de presentarse desencadenarían en relaciones de índole laboral y lo alejarían de los acuerdos mercantiles a que corresponde. [...] Por ende, el empresario no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume." *ver también* Op. Cit Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta, 31 de octubre de 1995, referencia: Expediente No. 4701: "En efecto, el contrato de agencia cuando se refiere a una modalidad personal del encargo o de intermediación, presenta entonces algunas afinidades con otros contratos, como sucede con el mandato, la comisión, el corretaje y la preposición, pero no puede sin embargo confundirse con ninguno de ellos, pues tiene características específicas que le confieren autonomía y que, por lo mismo, lo hacen diferente de ellos. Luego, un comerciante bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad; también puede el mismo comerciante recibir el encargo especial de promover y explotar los negocios del empresario como "representante" o "agente" eso sí en virtud de un contrato de agencia." *ver también* Cuberos de las Casas, Felipe, Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis, Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, diciembre 2005: "Así las cosas, la intervención del agenciado en algunos asuntos de la labor desarrollada por el agente es apenas natural. Sin embargo, tampoco puede sostenerse que toda relación en la que un comerciante independiente promueva o explote bienes o servicios producidos por otro siguiendo instrucciones o indicaciones de éste para ciertos efectos necesariamente deba convertirse en una relación de agencia comercial".

^{iv} *Id.*

^v Laudo arbitral dictado en el proceso de Daniel J. Fernández & CIA Ltda, contra Fiberglass Colombia S.A. del 19 de febrero de 1997, citado en el tribunal de arbitramento entre Supercar Ltda contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., SOFASA del 31 de marzo de 1998: "En el punto (II) el laudo admite que "como la agencia es una forma de mandato, esto significa la actuación por cuenta de otro". Aunque dice que algunos no lo aceptan (página 34). Cita al Dr. Bonivento Jiménez, quien afirma que lo importante no es que el agente actúe en nombre del agenciado pues puede o no hacerlo a su nombre, y puede o no ser su representante. El Dr. Bonivento continúa diciendo que la cuestión ineludible de precisar es si en su gestión de explotación o de distribución, tal comerciante actúa por cuenta del empresario en el sentido jurídico de la expresión o por su propia cuenta." *ver también* Laudo de

Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de Fabricación de Automotores - SOFASA S.A. 25 de abril de 2017

^{vi} Laudo de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de Fabricación de Automotores - SOFASA S.A. 25 de abril de 2017: "*La denominada 'cesantía comercial' que, según ya tuvo oportunidad de indicarlo el Tribuna, consiste en una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*"

^{vii} Id. Op.Cit Laudo de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de Fabricación de Automotores - SOFASA S.A. 25 de abril de 2017: "*Una indemnización equitativa, que se fija por el juez con intervención de los peritos, si el agenciado revoca el contrato, sin justa causa comprobada o si el agente lo termina por causa provocada por el empresario (agenciado). Este indemnización pretende retribuir los esfuerzos para acreditar una marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.*"

^{viii} Código Civil Colombiano, artículo 16: "*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.*"

^{ix} Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 1999031823-1. Agosto 5 de 1999. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?!Servicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18368&dPrint=1>

"El fundamento del principio de la autonomía de la voluntad privada consiste en la atribución otorgada a los particulares para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que se derivan básicamente de una relación contractual. La autonomía de la voluntad en materia contractual, permite que las partes en un contrato establezcan los fines prácticos por alcanzar de acuerdo con sus propios intereses, es decir, se reconocen y amparan las manifestaciones de voluntad de los contratantes, en cuanto no contraríe la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres. La voluntad individual goza de plena libertad en la celebración de todo negocio jurídico, por ello la ley deja a las voluntades privadas el gobierno de sus bienes y en ese sentido los efectos de dicho negocio no pueden ser otros sino los previstos en forma expresa o tácita por la voluntad interna de cada contratante. De lo anterior se deduce que quienes intervienen en la celebración de un negocio jurídico están amparados por la libertad contractual. No obstante, existen limitaciones a la voluntad interna que fijan parámetros específicos frente a los cuales la autonomía de la voluntad debe ceder, este margen lo consagran entre otros los artículo 16, 1518, 1524 del Código Civil, que obligan a los particulares a impedir que el objeto o causa del contrato lesione el orden público o las buenas costumbres. La función primordial de la existencia de un ordenamiento jurídico no es otra que la organización de la sociedad para lograr una convivencia pacífica. Sin la presencia de esta estructura fundamental, se dejaría todo al libre gobierno de las voluntades individuales, y sería imposible el logro de esta finalidad. Por esto la prevalencia de normas que limitan el imperio de la voluntad, tienen como objetivo la protección del interés general y el ordenamiento jurídico las ha denominado normas con carácter imperativo."

^x Código Civil Colombiano, artículo 1524: "*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.*"

^{xi} Código de Comercio artículo 899 N.1 "*Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa [...]*"

^{xii} Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 1995, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

^{xiii} Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Porrúa. Av. República Argentina, México 2009, 16ava edición, página 44.

^{xiv} Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Séptima edición, Temis, página 10-11.

^{xv} Castro de Cifuentes, Marcela. Nota Editorial 18. Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes.

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=293&lang=es

"El concepto de orden público ha evolucionado paulatinamente. Ya no es inmutable, por el carácter dinámico que tienen los hechos sociales. Pero tampoco puede ser esencialmente variable, a conveniencia subjetiva del juzgador o intérprete de turno. Así, el orden público se aprecia como conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de éste. [...] El orden público está conformado entonces por una serie de principios ético-político-sociales, unos de naturaleza colectiva, atinentes a la convivencia pacífica y civilizada entre los hombres y a su progreso económico y social y otros de naturaleza individual, relativos a la libertad, dignidad y seguridad de las personas, considerados por la comunidad como esenciales o fundamentales para su desarrollo y para la realización de sus ideales, expresados en el ordenamiento, primordialmente la Constitución, seguida por la legislación, y por último, el raciocinio y los sentimientos del juez."

^{xvi} Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Décimocuarta edición, Legis, p. 235.

^{xvii} Escobar Sanín, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 1985, p. 373.

^{xviii} Escobar Sanín, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda edición revisada y adicionada 1987, p. 440.

^{xix} Gaviria Gutierrez, Enrique, *Derecho Comercial*. Editorial Bedout, Medellín, 1981, p. 84 ss

^{xx} Cárdenas, Juan Pablo. *El contrato de agencia mercantil*. Bogotá. Temis, 1984, p. 120-121.

^{xxi} Narváez José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, 3era edición, Bogotá, Ediciones Librería Profesional, 1979, p. 2885.

^{xxii} Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011, Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

^{xxiii} Molano, Ricardo, *Derecho de los emprendedores*. Septiembre 20, 2012. <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/derecho-los-emprendedores/orden-publico-y-derecho-privado>
"En Sentencia del 19 de octubre de 2011, la Corte Suprema de Justicia cambió su posición jurisprudencial de varias décadas en relación con la "cesantía comercial". De manera previa al nuevo fallo, la Corte había concluido que el derecho establecido en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio estaba sustraído de la esfera dispositiva de las partes del contrato, de manera particular la posibilidad de renuncia a la cesantía comercial "antes de la celebración del contrato o durante su ejecución". El argumento central que sustentaba la línea jurisprudencial anterior de la Corte se refería a razones de orden público social o económico, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas que la Corte consideró necesario tutelar. La nueva jurisprudencia rectifica esta aproximación, reconociendo un concepto de orden público dinámico y cambiante guiado por la mutación del comercio y el contexto socio-económico actual. Concluye la Corte que la "cesantía comercial" tiene un origen contractual y, por lo tanto, tiene un carácter dispositivo que le permite a las partes dentro del marco de la autonomía de la voluntad privada disponer en contrario de lo señalado en el inciso primero del artículo 1324, bien sea durante el momento de celebración, ejecución o terminación del contrato, sin que se vea comprometido el orden público, las buenas costumbres, ni los intereses generales del comercio. En razón de lo anterior, el fallo de la Corte

reinventa el alcance y contenido de la “cesantía comercial” y, por lo tanto, se podrá disponer de la misma bien sea para excluirla, modificar su porcentaje, el tiempo, los factores de cálculo, bien sea para aumentarlos o disminuirlos, así como para celebrar y ejecutar actos dispositivos mediante pagos anticipados, compensaciones, conciliaciones o transacciones. En relación con esto último, la Corte deja expresa constancia de que la libertad de las partes no es absoluta, y que su ejercicio está sujeto a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, a la corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico y la exclusión de todo abuso del derecho.”

^{xxiv} Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, 19 de octubre de 2011, Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

^{xxv} Código Civil Colombiano, artículo 1522: *"El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale."*

^{xxvi} Op Cit. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Legis, p. 141