

**LA RENUNCIA DE LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL ACTUAL SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO, A LA LUZ DEL MODERNO DERECHO MERCANTIL**



**MARÍA CAMILA ORTEGÓN
LUIS FELIPE VILLA SANTANDER**

**Tesis de Grado para optar por el título de:
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2017**

**LA RENUNCIA DE LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL ACTUAL SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO, A LA LUZ DEL MODERNO DERECHO MERCANTIL**



**MARÍA CAMILA ORTEGÓN
LUIS FELIPE VILLA SANTANDER**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2017**



NOTA DE ADVERTENCIA

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

TABLA DE CONTENIDO

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. ANTECEDENTES, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.**
- 3. ¿ES LA CESANTÍA COMERCIAL UNA RETRIBUCIÓN, SUSCEPTIBLE DE RENUNCIA?**
 - 3.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**
 - 3.2. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS.**
 - 3.3. EL ESTATUTO ARBITRAL COLOMBIANO.**
- 4. CONCLUSIONES.**
- 5. BIBLIOGRAFÍA.**

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente documento presentamos la posibilidad que existe para las partes de un contrato de agencia comercial internacional celebrado y ejecutado en Colombia, de renunciar a la prestación conocida por la doctrina como “cesantía comercial”, que se origina a causa de la terminación del contrato, lo que permitiría la no aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio que consiste en lo siguiente:

“El agente tiene derecho en todos los casos de terminación del contrato a una retribución, incluso si esta se debe por justa causa imputable al agente. Esta retribución consiste en el pago de 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”¹.

Lo anterior, a la luz de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, nuestro Estatuto Arbitral y las nuevas necesidades normativas que implica el moderno derecho mercantil dada, su naturaleza dinámica, ágil, informal, y globalizada que conlleva a que los negocios jurídicos mercantiles estén revestidos de cierto grado libertad contractual, a partir de la cual, se logre y garantice en mejor medida la consecución exitosa del objeto contractual, pactado en determinado convenio. Aunado a lo anterior, se considera que no en vano, al

mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose, estando a la vanguardia de las actuales necesidades contractuales.

2. ANTECEDENTES, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

A efectos de adentrarnos en la discusión, resulta importante hacer un breve repaso y poner en contexto las características, naturaleza, estructura negocial del contrato de agencia comercial, así como algunos antecedentes, y su incursión en Colombia.

La figura contractual del contrato de agencia mercantil tiene su origen en la revolución industrial, luego del “auge de la industria y del comercio del siglo XIX”, en efecto el desarrollo de la industria, la masificación y la velocidad de las comunicaciones hicieron necesaria la creación de nuevas figuras que facilitaran y fortalecieron el ejercicio del comercio.

Lo anterior atendía a que el empresario ya no era capaz de atender todos los negocios que se relacionaban a su actividad como consecuencia de masificación de la producción industrial, y de la necesidad de llevar los productos hasta mercados cada vez más apartados.

Así pues, el contrato de agencia mercantil es el idóneo cuando el empresario pretende

¹ CUBILLOS, Murcia Natalia, “La cesantía comercial, ¿una prestación a la que se puede renunciar?”, Editorial La República, miércoles, mayo 11, 2016.

introducir sus productos o servicios en mercados nuevos, utilizando el conocimiento y profesionalismo del agente en determinado territorio, logrando con ello reducir el riesgo y los costos de la conquista del mercado, pues dichas contingencias las asume el agente en su labor de promoción.

En el ordenamiento jurídico colombiano el contrato de agencia comercial entró a ser parte del derecho positivo con la expedición del Decreto 410 de 1971 por medio del cual fue expedido el Código de Comercio, antes de éste se trataba únicamente de una negociación atípica entre un empresario y un comerciante profesional al cual se le encargaba la labor de conquistar mercados.

A partir de la lectura del artículo 1317 del Código de Comercio colombiano se obtiene que el contrato de agencia reúne las siguientes características: **(i)** Es una especie de mandato por medio del cual el agente recibe el encargo de promover y explotar el negocio del empresario; **(ii)** El agente debe ser un sujeto calificado, esto es, debe desarrollar su labor con la profesionalidad que su encargo le demande; **(iii)** La labor encargada será siempre de carácter independiente y deberá ser ejecutada directamente por parte del agente, pues de no ser así, la naturaleza del contrato mutaría al ámbito del derecho laboral por existir el elemento de la subordinación; **(iv)** se trata de un contrato sin representación y por cuenta de otro, es decir, que las labores que realice el agente no tienen la capacidad de obligar al agenciado, sin el posterior consentimiento de éste. **(v)** Se caracteriza

por ser un contrato que requiere permanencia en el tiempo, en razón a que la conquista del mercado no es una labor de ejecución inmediata, pues requiere de una particular y extensa labor del agente; situación que no ocurre, y lo diferencia del simple contrato de mandato; **(vi)** Es un contrato de intermediación. **(vii)** por último cabe resaltar que su objeto contractual será siempre el de promover y explotar el negocio en un territorio específico y previamente delimitado “y sobre la cantidad de productos que venda o fabrique el empresario y, que hayan sido acordados en el contrato de agencia”².

El contrato de agencia mercantil en Colombia se caracteriza por ser: **(i)** consensual, es decir que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes³ y no se requiere de que conste en documento escrito, aunque es recomendable, **(ii)** bilateral porque surgen obligaciones para ambas partes, **(iii)** conmutativo o aleatorio⁴, **(iv)** de ejecución sucesiva por cuanto la labor del agente de promoción y explotación se difiere en el tiempo, **(v)** intuitu persona porque la labor se encarga al agente en razón a sus calidades profesionales como comerciante para conseguir el éxito del mencionado encargo, **(vi)** oneroso pues en virtud del cual el agente comercial recibe una remuneración por parte del agenciado como contraprestación de la ejecución de la labor encargada, la cual se traduce en una comisión equivalente al porcentaje de los negocios conocida como cesantía comercial.

² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012), *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*, página 227, Editorial Legis.

³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1984), *El Contrato de Agencia Mercantil*, página 30, Editorial Temis.

⁴ Ibidem, pág. 32.

El artículo 1324 del Código de Comercio establece dos tipos de prestaciones económicas que se causan a la terminación del contrato de agencia, estas son, la llamada cesantía comercial y la indemnización.

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

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

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

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

La cesantía es una suma equivalente a un promedio de las comisiones recibidas por el agente, multiplicado por el número de

años de vigencia del contrato. Por el otro lado, la indemnización concebida en el inciso segundo y siguiente, cumple con la función de retribución de los perjuicios que sufra el agente con causa de la terminación unilateral e injustificada del contrato.

La cesantía comercial ha causado discusiones doctrinales y jurisprudenciales por cuanto su establecimiento ha tenido como efecto la onerosidad en este tipo de contratos, en consecuencia, las partes han acudido a otro tipo de mecanismos contractuales que les permitan cumplir con modelos semejantes, con el fin de poder renunciar a esa prestación.

De acuerdo con lo anterior, los doctrinantes han tenido argumentos tanto a favor como en contra de la posibilidad que tienen las partes de renunciarla contractualmente.

3. ¿ES LA CESANTÍA COMERCIAL UNA RETRIBUCIÓN, SUSCEPTIBLE DE RENUNCIA?

La doctrina ha expuesto argumentos tanto en contra como a favor de la irrenunciabilidad de la mencionada prestación.

Como argumentos en contra hemos encontrado: **(i)** que dado que el artículo 1324 no previó en su texto un mecanismo para pactar en contra, se debe interpretar como norma imperativa, **(ii)** que perdería de toda eficacia práctica por cuanto las partes eliminarían la prestación vía contractualmente⁵ y en consecuencia, ante

⁵ “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 eficacia práctica, puesto que los empresarios convertirían en cláusula de estilo

la renuncia reiterada, afectaría el interés general, **(iii)** protege al agente de potenciales abusos por parte de los grandes empresarios agenciados, sobre todo teniendo en cuenta que una vez terminado el contrato el empresario agenciado gozaba eternamente de los beneficios adquiridos por el agente como lo son la posición en el mercado y la clientela conseguida cuando en contraposición el agente quedaba sin ningún activo y por el contrario, el agente incurrió en distintos gastos durante la ejecución del contrato, por lo que merece una compensación, y **(iv)** finalmente, el argumento que más ha calado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es que la norma no sólo es imperativa, sino que es de orden público.

Al respecto opina el Doctor Juan Pablo Cárdenas expresa en su obra *El contrato de Agencia Mercantil*⁶ que es antecedente a la reforma del régimen comercial un hecho recurrente en la época, y es que por medio del contrato de agencia se “burlaba la ley laboral” de manera que se contrataba al personal a título de agentes para evitar incurrir en las cargas provenientes de las prestaciones laborales, en consecuencia, dentro del contrato de agencia debía protegerse legalmente la desigualdad e inferioridad que una de las partes ya que más que un agente, era un empleado que quedaba fuera de la protección de la ley laboral. En consecuencia, el establecimiento de la cesantía comercial hacía de par a la cesantía laboral para

evitar a toda costa la violación de las garantías mínimas que gozaban aquellos que prestaban su servicio a los empresarios.

De ahí que, al igual que el régimen laboral, la norma tuviera el carácter de orden público.

Por otro lado, los argumentos a favor de la renunciabilidad de la cesantía pueden sintetizarse así: **(i)** en el derecho comercial debe privilegiarse la libre voluntad de las partes, **(ii)** el artículo 15⁷ del Código Civil permite renunciar a todos aquellos derechos que sean únicamente del interés del titular, siempre que la ley no prohíba su renuncia, **(iii)** la cesantía no puede ser una compensación por los esfuerzos y gastos efectuados en su labor, por cuanto la remuneración del contrato es la llamada a cumplir con tal fin, **(iv)** los agentes ya no son un gremio débil que merezcan protección sino que ya son comerciantes expertos, poderosos y con un músculo financiero considerable, y **(v)** por que el artículo 1324 no es una norma de orden público por cuanto únicamente atañe a las partes del contrato de agencia.

Como bien lo expone la Doctrina, “*el contrato típico de agencia comercial ha empezado a considerarse gravoso y riesgoso para el agenciado por contener una regulación proteccionista en favor del agente en la cual se incluye la figura de la cesantía comercial*”⁸, lo que se traduce en que el contrato de agencia comercial, actualmente sea una figura contractual poco atractiva a los ojos

la eliminación contractual. “ESCOBAR SANÍN, Gabriel. “Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución. Tomo I, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 1985.

⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1984), *El Contrato de Agencia Mercantil*, páginas 115 y siguientes, editorial Temis.

⁷ ARTICULO 15. RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. Código Civil.

⁸ Cfr. *Ibidem*. CUBILLOS, Murcia Natalia.

de inversionistas extranjeros que pretenden incursionar en los diferentes mercados a lo largo del territorio colombiano, siendo este contrato el idóneo dada su estructura negocial, a la hora de pretender la masificación y diversificación de productos y servicios para los consumidores colombianos.

Al respecto, la doctrina ha afirmado que:

(...) *"La regulación del contrato de agencia mercantil en lo que se refiere a la extinción del contrato y las consecuencias patrimoniales que de la misma se derivan, revela una cuestión sumamente litigiosa en la práctica que ha llevado a la resistencia de los empresarios a utilizar la figura del contrato de agencia mercantil con la finalidad de evadir la prestación (cesantía comercial) contemplada en el Artículo 1324 del Código de Comercio haciendo uso de cualquier otra denominación contractual dentro de la tipología de los contratos de distribución, al ser la agencia la única que contempla este tipo de prestación considerada por muchos como muy gravosa para los intereses del agenciado"*⁹.

En el mismo sentido manifiesta: (...) *"La discusión se centra en si la cesantía comercial es renunciable o no y una de las premisas a estudiar para inferir si la cesantía es renunciable es el concepto de orden público el cual a su vez no es estático y por ende ha sido utilizado por la Corte para justificar su decisión con base en la evolución de este concepto"*¹⁰

Por su parte, Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en el sentido

de considerar que la cesantía es completamente renunciable por cuanto ésta responde a derechos patrimoniales exclusivos de las partes del contrato.

Las palabras de la Superintendencia son: *"La Superintendencia considera que en realidad 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."*¹¹

Esta misma tesis es compartida por el expresidente de la Corte Suprema de Justicia Jaime Arrubla Paucar, para lo cual manifiesta: *"Opinamos que se trata de una prestación 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 del interés del particular del renunciante."*¹²

Hay otro argumento que ha servido tanto para la parte de la doctrina que está de acuerdo con la tesis de la renunciabilidad, como aquellos que están en desacuerdo.

Dado que toda la discusión surge entorno al completo silencio de la norma sobre tal posibilidad, ambas partes han acudido al espíritu del legislador con el fin de tener

⁹ ROMERO BARRAZA, Francisco J, *"La Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil Unemployment In The Commercial Trade Agency"*, Revistas Jurídicas CUC, septiembre 2010, Barranquilla, Colombia, ISSN 1692-3030.

¹⁰ GARCIA NOVOA, Diana Carolina, y otros, *"Análisis de la Sentencia Hito de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Mp William Namen sobre Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil a la Luz del Tratado de Libre*

Comercio con Estados Unidos", Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado, 2014.

¹¹ Superintendencia de Sociedades de Colombia. Oficio 13534 del 4 de octubre de 1971.

¹² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012), *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*", páginas 237-238, Editorial Legis.

alguna luz sobre qué se quería con el establecimiento de dicha norma.

No obstante, el ejercicio tampoco ha sido muy beneficioso para ninguno de los bandos.

El Doctor Arrubla expresa: *“No sabemos de dónde surgió el argumento de que el espíritu del legislador fue proteger un sector de la economía, representado por los agentes. El proyecto de la Comisión Revisora, de sus dos posibilidades de norma, solo la “bis” se refería a una prestación al finalizar la agencia y la denominó indemnización. Decía el pretendido artículo 1324 bis:*

“(…) a la expiración del término del contrato o si este es de duración indefinida, a su terminación de conformidad con lo preceptuado en el artículo anterior, el agente tendrá derecho a una equitativa indemnización, según la estimación de peritos, por concepto de sus esfuerzos para acreditar la marca o la línea de productos o servicios objeto del contrato.

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

Es evidente que el proyecto se refiere a una cosa muy diferente a la consagrada en su artículo alternativo. Contemplaba una indemnización y lo que se consagró en el Código de Comercio fue una prestación adicional.”¹³

En el sentido contrario, el doctor Cárdenas expresa *“Si se observa la exposición de motivos del proyecto de Código de 1958, se aprecia el espíritu que desde entonces se pretendió plasmar en la ley de amparar al agente contra*

la revocación intempestiva o abusiva por parte del empresario principal. En igual sentido se orientaba el proyecto de ley 27 de 1969, el cual manifestaba que era injusto que la parte concedente de un contrato, de los que pretendió regular el proyecto, resolviera darlo por terminado cuando el volumen de los negocios había logrado cifras atractivas para el concedente. (...)”¹⁴

Y más adelante indica *“Tal intención de protección se apreciaba también en la exposición de motivos del proyecto de ley 27 de 1969. Por otra parte, aunque en este último no se prohibía expresamente la renuncia de las prestaciones establecidas para el agente en caso de terminación del contrato sin justa causa, ella se debía deducir del claro carácter imperativo del ordenamiento. Este sentido de protección tenía como fundamento la situación que vivía el país, pues era común que las empresas agenciadas terminaran unilateralmente los contratos de agencia, para aprovecharse del mercado creado por el agente, causándole graves perjuicios.”¹⁵*

3.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como se puede evidenciar, el concepto de orden público siempre ha sido uno de los argumentos centrales de la discusión.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 2 de diciembre de 1980 decidió dar protección por cuanto consideró que se trata de una norma de orden público y por ende es irrenunciable, e indicó: *“la prestación que consagra el artículo 1324, inciso I, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez se haya terminado por cualquier*

¹³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012), *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*, páginas 239, Editorial Legis.

¹⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1984), *El Contrato de Agencia Mercantil*, página 115, editorial Temis.

¹⁵ *Ibidem*. Pág.120.

causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio de prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarse y tenga que hacerlo efectivo necesariamente."

Esa posición fue preservada por la Corte Suprema durante los años siguientes, así mismo fue respetada por todas las partes contractuales lo que trajo como consecuencia, tal como fue indicado anteriormente, que los comerciantes dejaran de usar tal mecanismo contractual para formalizar sus relaciones, y por el contrario, las efectuaran mediante otros contratos típicos o atípicos como el contrato de distribución.

No obstante, en el año 2010 la Corte cambió su tesis.

Respaldando los argumentos que inicialmente no fueron plasmados por la Corte en la sentencia de 1980, en el año 2011 la Corte expresó *"La doctrina elaborada por la Corte en el año 1980 (...) se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que 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.*

En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida, y en

ocasiones, para proteger determinados intereses en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas, ora económicos.

Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante (...) Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, (...) 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 de diciembre de 1980."

Es decir, que para la Corte el orden público del año 1980, no era igual ni comparable al que había vigente en el año 2011.

En consecuencia, dado que las condiciones sociales y económicas no son las mismas que en ese entonces, y de esa manera, ya no son soportables los argumentos que pretendían hacer irrenunciable la cesantía, la Corte consideró totalmente posible que las partes, en uso de su libertad contractual dispusieran del alcance de la prestación.

Así, teniendo en cuenta que la norma perdió la característica de ser de interés público, en contraposición, no se pueden considerar más que acuerdos contractuales vinculantes para las partes en virtud del principio del *pacta sunt servanda*¹⁶, así como en virtud del artículo 15 del Código Civil, ya mencionado.

¹⁶ ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su

consentimiento mutuo o por causas legales. Código Civil. República de Colombia.

Finalmente, la Corte concluye :” (...)las restricciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva son excepcionales, requieren texto legal, cuya finalidad, al menos, en protección de determinados sujetos o intereses vitales, pueda inequívocamente desprenderse y, en verdad, no existe norma alguna prohibitiva del acto dispositivo del derecho a la prestación establecida en el inciso 1ª del mencionado artículo 1324 (...), ni se observa cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiere comprometer a otro y otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él, y se tratare de una clase desprotegida o débil, a la cual brinda especial tutela el constituyente, a más que la agencia comercial tampoco tipifica una relación individual de trabajo ni los derechos son equiparables a los laborales o de la seguridad social, y el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario.

(...) Desde ésta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del código de comercio, el derecho regulado en la norma, es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, se hace exigible a su terminación por cual quier motivo y es susceptible de disposición por las partes, legitimadas aún desde el pacto o durante su ejecución, sea para excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo (...)”

3.2. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS.

El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos, aprobado el 12 de octubre de 2011 por el congreso de los Estados Unidos y en vigencia desde el 15 de mayo de 2012, consagró una lista de compromisos (obligación contenida en el anexo 11-E del TLC) que nuestro marco normativo comercial debía asumir frente a la llamada “cesantía comercial”. En desarrollo de las negociaciones del Tratado, Estados Unidos realizó un estudio acerca de la normatividad que regula el contrato de agencia comercial en Colombia, y consideró que conforme estaba consagrada la cesantía comercial, ésta, sin duda alguna es un obstáculo para el comercio y las potenciales negociaciones y que se pueden dar con la vigencia del tratado.

Frente a lo anterior, la doctrina nos presenta los argumentos que Estados Unidos tuvo para considerar que se trataba de un obstáculo:

- “La prestación del inciso primero del artículo 1324 es una fórmula impuesta por ley que no necesariamente responde a la realidad de las relaciones contractuales.
- Si ha de haber una prestación, que la misma responda a la voluntad contractual de las partes y no a una fórmula prefijada.
- La prestación resulta gravosa, da incertidumbre a las partes del contrato (sobre cuánto va a costar) y puede constituirse como un obstáculo al comercio al desincentivar el uso de este contrato.

- *La comisión percibida por el agente debe ser descontada del monto a ser liquidado como indemnización equitativa, puesto que la comisión ya remunera este concepto*¹⁷

Por otro lado, nos presenta los argumentos, que el equipo negociador colombiano tenía al respecto:

- *Colombia siempre manifestó que no era su intención cambiar el contrato de agencia comercial mediante el TLC. Posición defensiva, no ofensiva.*
- *De adquirir un compromiso, éste debería responder al balance general de la negociación.*
- *De adquirir un compromiso, este debería ser recíproco (EE.UU. también debía obligarse).*
- *Derechos adquiridos: Colombia no alentaría a las partes a renegociar sus contratos existentes.*
- *Tiempo de Implementación: EE.UU. quería que el compromiso fuera exigible a la firma del tratado. Colombia pidió tiempo para la implementación de una ley para modificar el Código de Comercio (...)*¹⁸

Así las cosas, el anexo 11-E del TLC, fruto del proceso de negociación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América, consagra la obligación en cabeza de Colombia de modificar la normatividad del contrato de agencia comercial en el término de seis meses contados a partir de la entrada en

vigor de este acuerdo, es decir, desde el 15 de noviembre de 2012.

Así mismo el anexo 11-E es claro en cuanto a la obligación de eliminar la cesantía comercial cuando consagra lo siguiente: **i)** Eliminar la cesantía comercial que hoy es obligatoria en el contrato de agencia comercial y que consiste en pagar una doceava parte de lo devengado por el agente en comisiones **ii)** Eliminar la presunción de exclusividad del territorio del agente, con el fin de que puedan existir varios agentes en un mismo territorio, y **iii)** Modificar los criterios sobre los cuales se calcula la indemnización equitativa que tiene lugar cuando ocurre una terminación unilateral sin justa causa por parte del empresario, con el objeto de que se utilicen criterios generales en materia de responsabilidad.

Frente a dicha obligación, Colombia aún se encuentra en mora, pese a que han existido varios intentos legislativos desde el año 2012, los cuales se concretan en los siguientes: **1.)** Proyecto de ley número 256 del 21 de septiembre de 2012, el cual logró ser aprobado en su cuarto debate, sin embargo, fue archivado debido al tránsito de legislatura; en este se pretendía introducir lo siguiente: “*i) La posibilidad de negociar la cesantía comercial entre las partes; ii) la indemnización será determinada por los principios generales del derecho o por las estipulaciones voluntariamente acordadas; y iii) se abre la posibilidad de contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para una misma rama de actividades o productos*”¹⁹. **2.)** Proyecto de Ley 146 del 19 de octubre de 2015, el cual fue archivado el día 21 de

¹⁷ Cfr. Revista E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial. Volumen 10 Número 1 (enero – junio 2011), P 38.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, P. 49.

¹⁹ ABUSAID, José Alejandro, ¿Está cumpliendo Colombia con sus obligaciones del TLC?, artículo de opinión publicado en el periódico La República, Miércoles, Febrero 12, 2014.

junio de 2016, luego de la publicación de la ponencia de su primer debate, y 3.) Actualmente en el portal web del Ministerio de Industria y Turismo, reposa un ejemplar del proyecto de ley que pretende cumplir con lo dispuesto en el APC, el que presenta para su reforma los siguientes 4 artículos:

(...) **ARTÍCULO PRIMERO.** *Ámbito de aplicación.* Los contratos de agencia comercial de bienes estarán sujetos a las disposiciones de esta ley. (...) En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en el Código de Comercio en materia de agencia comercial. (...) **ARTÍCULO SEGUNDO.** *Naturaleza.* Para efectos de la presente ley, se entenderá que se trata de un contrato de agencia comercial de bienes cuando de la naturaleza del objeto contractual se determine que la prestación principal consiste en la promoción, explotación, fabricación o distribución de bienes. (...) En todo caso, la agencia comercial cuyo objeto sea la promoción, explotación, fabricación o distribución de software se considerará como agencia comercial de bienes y se sujetará a las reglas establecidas en esta ley. (...) Las partes de común acuerdo y atendiendo a la naturaleza del objeto, definirán expresamente, al momento de su celebración, si el contrato corresponde a una agencia comercial de bienes o a una agencia comercial de servicios. (...) **ARTÍCULO TERCERO.** *Posibilidad de contratar más de un agente de bienes.* (...) Salvo que en el contrato de agencia comercial de bienes se disponga lo contrario, el principal podrá contratar más de un agente en una misma zona geográfica para la misma rama de productos. (...) **ARTÍCULO CUARTO.** *Terminación de la agencia comercial de bienes.* El contrato de agencia comercial de bienes termina por las mismas causas del mandato y a este se aplicarán las

*reglas generales en materia de responsabilidad e indemnización de perjuicios. (...) Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el inciso anterior y respecto de contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se entenderá que se trata de un contrato de agencia comercial de bienes cuando de la naturaleza del objeto contractual se determine que la prestación principal consiste en la promoción, explotación, fabricación o distribución de bienes. (...) La prestación a la que se refiere el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio sólo se aplicará a la agencia comercial de bienes cuando las partes del contrato así lo acuerden*²⁰.

3.3. EL ESTATUTO ARBITRAL COLOMBIANO

En Colombia, a partir de la expedición de la ley 1563 de 2012, mejor conocido como el Estatuto Arbitral, la tesis de pactar una ley sustancial diferente a la colombiana para la solución de sus controversias, cada día toma más fuerza.

Lo anterior es posible cuando estamos frente a un negocio transfronterizo, en el que se ha pactado Arbitraje Internacional, y en virtud del cual, las partes, gozan de libertad contractual de escoger una ley sustancial extranjera aplicable al contrato.

Frente a lo anterior, en materia de Agencia Comercial, se ha presentado un conflicto de normas, al cual se le ha sumado un constante y álgido debate, que ni la jurisprudencia, ni la doctrina han podido zanjar. En efecto, si bien por un lado es el artículo 101 de Estatuto Arbitral, el que permite pactar una ley sustancial extranjera, por otro lado, el artículo 1328

²⁰ MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TURISMO, Proyecto de Ley de Agencia Comercial de Bienes (Anexo 11 – E), actualizado el 2 de junio de 2017, Disponible en: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/3625/proyecto_de_lay_de_agencia_comercial_de_bienes_anexo_11_e.

www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/3625/proyecto_de_lay_de_agencia_comercial_de_bienes_anexo_11_e.

del Código de Comercio parece no permitir dicha disposición, cuando consagra lo siguiente: ***“Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas”***. Y seguidamente, su segundo inciso establece que: ***“(…) Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”***.

Ante este conflicto de normas, la doctrina ha establecido dos posiciones que defienden cada una de las normas así:

“(…) La más tradicional, expresa que por ser normas de igual jerarquía debe primar la más especial, es decir la que regula la agencia comercial, la cual además es de orden público, de manera que el acuerdo de ley extranjera aun en arbitraje comercial internacional, debe tenerse por no escrito. Para fundamentarla se puede encontrar un reciente auto del Tribunal de Bogotá de 22 de abril de 2015, sumado a toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha declarado como de “orden público” las normas de la agencia comercial”²¹.

“(…) La otra posición aduce que el actual Estatuto Arbitral, al ser una norma más reciente y que no distingue qué tipos de contrato permiten pactar ley extranjera, hace que ello sea válido para todos los contratos donde se acuerde arbitraje internacional, incluido la agencia mercantil. Puede fundarse en un auto de 10 de marzo de 2010 del Tribunal de Bogotá, que en vigencia de la ley 315 de 1996 dijo que había una derogatoria tácita del Artículo 1328, y en la sentencia de 19 de octubre de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, donde se concluyó que ya no debían entenderse como de orden público las

prestaciones del Artículo 1324. También está la Sentencia SU-500/15 de la Corte Constitucional, que concluyó que los jueces colombianos no tienen jurisdicción cuando existe un pacto de arbitraje internacional, reforzando así este mecanismo de resolución de disputas”²².

El anterior debate, en materia de agencia comercial, es importante toda vez que actualmente se han pactado Arbitramentos Internacionales, a fin de que, con la sujeción a una norma extranjera, la prestación que consagra el artículo 1324 del Código de Comercio, no pueda ser aplicable al contrato; otorgando la posibilidad de que, en virtud del pacto arbitral, exista una especie de renuncia anticipada de la cesantía comercial.

No obstante, si bien parte de la doctrina considera que la solución está en manos de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por otro, consideramos imperioso que sea el legislador quien cumpla con la obligación legislativa pactada en el TLC con Estados Unidos, que no permita diferir en el tiempo la discusión, a efectos de brindar seguridad jurídica a las partes de un contrato de agencia comercial ejecutado en Colombia.

²¹ PÉREZ Rueda, Christian, “*Agencia Comercial en Colombia vs Arbitraje Internacional*”, Asociado Senior de Lloreda Camacho & Co. Disponible en: <http://www.lloredacamacho>

[.com/blog/es/agencia-comercial-en-colombia-vs-arbitraje-internacional](http://www.lloredacamacho.com/blog/es/agencia-comercial-en-colombia-vs-arbitraje-internacional).

²² Cfr. Ibídem.

4. CONCLUSIONES

El Contrato de Agencia Comercial se consideró como un contrato típico en virtud de la expedición nuestro Código de Comercio, obedeciendo a un marco jurídico y un contexto social de los años 70°, del cual es loable destacar la regulación dispuesta por el artículo 1324, en lo atinente a la prestación denominada “cesantía comercial”.

En el año 2011, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reconoció el fenómeno cambiante del orden público, la dinámica comercial, y el nuevo contexto de una sociedad completamente globalizada; desde la expedición de nuestro Estatuto Comercial, hasta nuestros días, estableciendo una interpretación sociológica e histórica frente a la Cesantía Comercial, sentando un precedente en el que la renuncia de dicha prestación en Colombia, es posible.

La obligación legislativa adquirida por Colombia con la firma del Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos, no ha sido cumplida, y el termino previsto para ello se encuentra expirado; cabe resaltar que en caso de que Colombia no modifique la figura de la agencia comercial como lo establece el anexo 11-E del APC, podríamos vernos inmersos en un conflicto que se resolvería según lo estipulado en el capítulo XXI de resolución de controversias del TLC.

Pese a existir un precedente jurisprudencial que permite una interpretación favorable frente a la posibilidad de renunciar a la cesantía comercial, al igual que un instrumento normativo como el artículo 101 del

Estatuto arbitral, mientras que no exista una regulación específica por parte de nuestro legislador que permita la renuncia legal de la “cesantía comercial”, se deja abierta la discusión, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia es considerada, un criterio auxiliar, o supletorio a la ley.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2012), *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*, página 227, Editorial Legis.

ABUSAID, José Alejandro, ¿Está cumpliendo Colombia con sus obligaciones del TLC?, artículo de opinión publicado en el periódico La República, Miércoles, Febrero 12, 2014.

CUBILLOS, Murcia Natalia, “*La cesantía comercial, ¿una prestación a la que se puede renunciar?*”, Editorial La República, miércoles, mayo 11, 2016.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1984), *El Contrato de Agencia Mercantil*, página 30, Editorial Temis.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 6892 Ref. Expediente M.P. Jorge Santos Ballesteros. 18 de marzo de 2003. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia 038 Ref. Expediente D-4661. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. 27 de enero de 2004.

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia 058 Ref. Expediente D-3548. M.P. Alvaro Tafur Galvis. 04 de febrero de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia Ref.: Expediente 7504, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. 28 de febrero de 2005.

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

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.

Constitución Política de Colombia

Código de Comercio Colombiano.

GARCIA NOVOA, Diana Carolina, y otros,” *Análisis de la Sentencia Hito de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Mp William Namen sobre Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil a la Luz del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos*”, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado, 2014.

MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TURISMO, Proyecto de Ley de Agencia Comercial de Bienes (Anexo 11 – E), actualizado el 2 de junio de 2017, Disponible en: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/3625/proyecto_de_ley_de_agencia_comercial_de_bienes_sanexo11e.

PÉREZ Rueda, Christian, “*Agencia Comercial en Colombia vs Arbitraje Internacional*”, Asociado Senior de Lloreda Camacho & Co, Disponible en: <http://www.lloredacamacho.com/blog/es/agencia-comercial-en-colombia-vs-arbitraje-internacional>.

ROMERO BARRAZA, Francisco J, *“La Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil Unemployment In The Commercial Trade Agency”*, Revistas Jurídicas CUC, septiembre 2010, Barranquilla, Colombia, ISSN 1692-3030.

Revista E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial, volumen 10 número 1, enero – junio 2011.

Revista AMBITO JURÍDICO, “Partes del contrato de agencia pueden renunciar a la cesantía comercial”, 03 de noviembre del 2011.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Oficio 13534 del 4 de octubre de 1971.