

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON ÉNFASIS EN
CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao
Secretaria General:	Dra. Martha Hinstrosa Rey
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Director de Departamento de Derecho Civil:	Dr. Felipe Navia Arroyo
Director de tesis:	Dr. Carlos Chinchilla Imbett
Presidente de tesis:	Dr. Felipe Navia Arroyo
Examinador (a):	Dra. Anabel Riaño Saad

PAOLA ANDREA ÁVILA FAJARDO

El contrato de agencia sin cesantía comercial. ¿Desnaturalización de la figura?
Impacto sobre la causa y equilibrio del contrato generada por la renunciabilidad del pago de la cesantía comercial.

Bogotá D.C.
2020

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. GENERALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA.	
1.1.Contexto histórico del contrato de agencia: una mirada desde el derecho romano al ordenamiento jurídico colombiano.	5
1.2.Definición del contrato de agencia comercial en el ordenamiento jurídico colombiano.	11
1.3.Nuestra definición del contrato de agencia comercial a partir de las características del tipo contractual.	15
1.4.Influencia de la suscripción del TLC entre Colombia y Estados Unidos frente al contrato de agencia comercial.	21
2. LA CESANTÍA COMERCIAL: UNA DISCUSIÓN DE ANTAÑO.	
2.1.Alcance de la figura y aproximación a la problemática de su reconocimiento como prestación económica.	25
2.2.La cesantía comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. Perspectiva de existencia desde los elementos del negocio. Posiciones jurisprudenciales.	28
2.3.La cesantía comercial es un elemento diferenciador del contrato de agencia respecto de otras figuras contractuales de intermediación.	38
2.4.La concepción renunciabile de la cesantía comercial tiene efectos en la causa del agente, el equilibrio del contrato y el contenido negocial del tipo.	42
3. CONCLUSIONES. Reflexiones sobre la jurisprudencia anotada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.	49

El contrato de agencia sin cesantía comercial. ¿Desnaturalización de la figura?

Impacto sobre la causa y equilibrio del contrato generada por la renunciabilidad del pago de la cesantía comercial.

Por: Paola Andrea Ávila Fajardo

RESUMEN.

El contrato de agencia comercial se ha convertido en uno de los tipos contractuales mayormente utilizados en la época contemporánea para el relacionamiento y disposición de intereses, debido al inminente crecimiento de la economía y la necesidad de los empresarios de expandir sus negocios no solamente a nivel local sino a otras latitudes. La figura del agente comercial ha presentado una evolución a lo largo del tiempo, iniciando su reconocimiento como una parte débil de la relación frente al empresario o agenciado para luego ser analizada su posición desde el ámbito de la igualdad o la paridad, pues se abandonó la idea del agente como un sujeto de reducidas posibilidades y se empezó a ver su incidencia en el mercado con poderío y con un mayor nivel de jerarquía.

Por tal razón, se analiza la evolución del contrato de agencia hasta la actualidad, se estudia cada uno de los elementos que componen su existencia y se pone en evidencia la centralidad de la cesantía comercial como un elemento fundante del tipo contractual.

ABSTRACT.

The Commercial Agency Agreement has become one of the most used types of contracts at the present time, on account of the economy's development and the entrepreneurs' necessity of expanding their businesses at international levels. Over time, the concept of the business agent has evolved, it began acknowledging him as the weak party of the contract, in contrast with the principal's or entrepreneur's position, which was considered stronger. Subsequently, agent and entrepreneur, were recognized as equals parties, as a result of considering the agent a subject of great bargaining power and at a higher economic level.

In consequence, this document will analyze the development of the commercial agency contract, the elements of its legal existence, and the importance of considering the commercial indemnity, regulated by the Colombian law, as an essential element of the contract.

SUMARIO. 1. Generalidades del contrato de agencia comercial. 1.1. Contexto histórico del contrato de agencia. Una mirada desde el derecho romano al ordenamiento jurídico colombiano. 1.2. Definición del contrato de agencia en el ordenamiento jurídico colombiano. 1.3. Nuestra definición a partir de las características del tipo contractual. 1.4. Influencia de la suscripción del TLC entre Colombia y Estados Unidos frente al contrato de agencia comercial. **2.** La cesantía comercial: una discusión de antaño. 2.1. Alcance de la figura y aproximación a la problemática de su reconocimiento como prestación. 2.2. La cesantía comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. Perspectiva de existencia desde los elementos del negocio. Posiciones jurisprudenciales. 2.3. La cesantía comercial es un elemento diferenciador del contrato de agencia respecto de otras figuras contractuales de intermediación. 2.4. La concepción renunciabile de la cesantía comercial tiene efectos en la causa del agente, el equilibrio del contrato y el contenido

negocial del tipo. **3. Conclusiones.** Reflexiones sobre la jurisprudencia anotada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

1. GENERALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

1.1. Contexto histórico del contrato de agencia: una mirada desde el derecho romano al ordenamiento jurídico colombiano.

Dentro de la historia que funda los antecedentes de la existencia del contrato de agencia comercial, encontramos que en el derecho romano, dicho contrato no fue concebido como una figura particular o usual, toda vez que en la era clásica y postclásica romana, las relaciones entre quienes podían denominarse comerciantes se basaban en muy pocas figuras reconocidas oficialmente por los pretores, dando mayor prevalencia a la práctica reiterada de actividades del comercio que tomaban fuerza vinculante para quienes lo ejercían¹.

Es por ello que, al analizar los orígenes del contrato de agencia comercial en el derecho romano, podemos divisar una serie de similitudes con otro tipo de figuras usadas en la época que si bien no permiten advertir con vehemencia la acogida de la agencia como figura independiente², sí dan visos de algunas particularidades que hoy en día se reconocen en el contrato de agencia comercial y que se encuentran sustentadas en diversas fuentes del derecho romano³, que permitirían considerar que en él se hallan bases de lo que la figura entraña actualmente⁴, especialmente en lo que atañe al deber de no competencia y a la indemnización de perjuicios que se deben las partes al

¹ PINZÓN, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Monografías Jurídicas No. 1. Editorial Temis. 1957. pág. 7. “Este proceso de formación del derecho comercial – desde que empezó a ser rama autónoma, en forma de simples prácticas o costumbres, hasta su codificación y desarrollo actual- tiene una conformación existente en los hechos sucedidos desde la caída del imperio romano hasta los días actuales”.

² CARDENAS, Juan P. El Contrato de Agencia Mercantil. Editorial Temis. 1984. Pág 3 – 11. Manifiesta este autor que una de las figuras del contexto romano en las que se puede entrever un origen del contrato de agencia como hoy día se concibe, es el del *conductus mundinarum*, un tipo de guía turístico que acompañaba a los extranjeros en sus viajes por Roma y que resultaba de gran utilidad para dar a conocer los aspectos típicos de la región. Así también se hablaba de los *proxenetas*, personas encargadas de realizar trabajos de mediación entre varios sujetos para cerrar determinado negocio, a cambio de una comisión. Posterior a la caída del imperio romano, según sus estudios, surge el contrato de *commenda* como una especie de comisión, en virtud del cual, el capitalista entregaba a otro sujeto unos bienes y una embarcación para que este hiciera negocios y obtuviera utilidades que se repartirían entre ambos.

³ CAMACHO, María E. El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Junio 16 de 2009. No. 16. Pág. 49 a 92. La autora estudia el origen del contrato de agencia en el contexto del derecho romano a partir del pacto de no competencia, desde la problemática suscitada en ese derecho en aquellos eventos en los cuales se liberaba un esclavo y este decidía asumir de manera unitaria la misma actividad que ejercía junto a su dueño, o decidía hacerla en asociado con un tercero, dentro de la misma zona.

⁴ CAMACHO, María E. El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. Op cit. Pág. 49 a 92. Manifiesta la autora que muchos estudiosos no analizan el contrato de agencia comercial desde el derecho romano debido a que en su mayoría, consideran que fue solo hasta el medioevo en donde se hizo uso de la figura por medio de los representantes de comercio conocidos como agentes, que recibían el encargo por parte de varios empresarios de desarrollar actividades mercantiles por su cuenta, para lo cual eran transferidos generalmente a otro lugar. Dentro de esa categoría de representantes se encontraban también los dependientes de viajes, los cuales, a diferencia de los anteriores, estaban atados al comerciante por medio de un vínculo de subordinación, lo que hará que una vez desarrollado el derecho laboral hagan parte de éste. Estas dos clases de representantes de comercio tuvieron lugar debido a la poca utilidad que comenzó a tener para el empresario el contrato de comisión, ya que con éste no lograba tener la difusión de su nombre, lo que en cambio sí podía alcanzar con estos nuevos representantes. (pág. 50).

momento de finalización del contrato, partiendo de la base de que en Roma había un respeto por la libertad contractual y el libre ejercicio de las actividades, aun en los casos en los que se había presentado la manumisión de un esclavo que había adquirido su calidad de libre⁶.

Aunado a lo anterior, necesario es hablar de la basta importancia que ha representado en el comercio, desde tiempos romanos, la intermediación como forma de colaboración y reciprocidad entre dos o más sujetos que tienen como objetivo común la consecución de un propósito determinado, que puede, entre otras, representar utilidad económica para alguno de ellos, sustentada en el posicionamiento y reconocimiento en el mercado dentro de un sector específico⁷, aspecto que como se verá en su momento, es fundamental en la conformación negocial de la figura analizadas.

Siguiendo con la estructuración de los orígenes del contrato de agencia, con relación al derecho romano, es dable traer a colación el deber de no competencia, consistente en morigerar las facultades de los hombres liberados en cuanto a la libertad del ejercicio de una actividad económica, al considerar que tal vez, al ejercer la misma actividad o similar a la de su patrono, se podría causar para éste un gran perjuicio económico al desprenderlo de la clientela ya establecida, particularmente en el campo de la medicina.

⁵ ESPITIA, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Pág. 80. Derecho Romano Arcaico – Clásico: *“En asuntos de negocios la incapacidad del esclavo era absoluta, sus actos solo podían beneficiar al dueño, no afectarlo (...) La liberación de ese status era formal y solemne y se producía solo mediante uno de tres mecanismos o formas de manumisión: la más antigua fue la manumissio vindicta mediante la cual una persona (adsertor libertatis) afirmaba solemnemente ante el rey o ante el magistrado que el esclavo era libre mientras el dueño callaba; se concibió igualmente la manumissio testamento, que consecuentemente solo tenía efectos luego de la muerte del dueño; ya en época republicana se conoció la manumissio censu, que solo podía darse cada cinco años, en la que aprovechando la elaboración del censo, el dueño afirmaba ante el magistrado la pertenencia del esclavo a la ciudad, inscribiéndolo en la lista de ciudadanos. En cualquier de sus formas, la manumisión tenía la aptitud de conferir al esclavo manumitido tanto la libertad como la ciudadanía, aunque su calidad de persona liberada (liberto) y no de persona nacida libre (ingenuus) le restaba capacidad política”*.

⁶ GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte – Instituta Digesto (a doble texto, traducido al castellano del latino). Jaime Molina editor. Barcelona, 1889. Digesto. Tomo I, Pág. 239: D.1.18.6.4 (Ulpianus). Neque licita negotiatione aliquos prohiberi neque prohibita excerceri neque innocentibus poenas irrogari ad sollicitudem suam praeses provinciae revoce. (Encomiende a su propia solicitud el presidente de provincia que no se prohíba a nadie la negociación lícita, ni se ejerza la prohibida, ni se impongan penas a inocentes).

Libro XXXVII. Tomo III. Pág 63:D.37.14.2. (Ulpianus). Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent. (A los hombres libertos no se les debe prohibir por los patronos que negocien lícitamente).

Libro XXXVII. Tomo III. Pág: 69: D. 37. 15. 11 (Papinianus). Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronae voluntatem unitur. (El liberto no es ingrato porque ejerce su arte en contra de la voluntad de su patrono).

⁷ CAMACHO, María E. El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. *Ibíd.* Pág 51. *“(...) pero es precisamente esa especial estructura de la agencia, que no encontramos en el derecho romano, la que nos permite hallar en este algunas relaciones que gozan de las características de las actividades mercantiles ya sea por su ánimo de lucro o por su carácter especulativo o por su naturaleza de actividades de intermediación que en ocasiones incluso daban lugar a acciones específicas reconocidas por los juristas, pero sobre todo, que han influenciado en el proceso de tipificación de algunas figuras vigentes, las cuales a su vez inciden en aquél de la agencia”*.

⁸ La doctrina universal es unánime en entender que la actividad más visible de un agente comercial, en cualquier ramo en el que se desempeñe, es la consolidación, mantenimiento y expansión de la clientela para determinado nicho del mercado, teniendo en cuenta que el contrato de agencia tiene como elemento esencial el trabajo del agente, en favor del empresario, en pro del posicionamiento de los bienes (sobre todo intangibles) de este último y por supuesto, acrecentamiento de una clientela que se familiarice profundamente con los productos del empresario.

Es el caso que se explica en el Digesto 38.1.26⁹ por Ulpiano, quien plantea la respuesta dada a un médico que indagó sobre la justicia de que sus auxiliares, ahora libertos, ejercieran su misma actividad, cuestión que fue resuelta en su favor en el sentido de prohibir a esos libertos el ejercicio de actividades médicas, so pena de causarle un perjuicio al patrono.

Esta decisión permite entrever que, a simple vista, en Roma existía una convicción importante hacia la clientela adquirida con base en el desarrollo de determinada actividad, fundamento esencial del contrato de agencia comercial y de su concepción moderna, pues además de ser una cláusula posible de pactar en los contratos de agencia bajo determinados límites¹⁰, lo que busca es proteger la confianza existente entre el liberto y el patrono (agente – agenciado diríamos en términos actuales), así como la información que ambas partes compartieron durante su relación, en aras de que ningún tercero, ajeno a ellos, tenga acceso a dicha información¹¹ y logre generar desventajas para el agenciado o empresario que confió en su agente y que espera, después de finalizada su relación, un ejercicio de no competencia con base en la información adquirida por su cuenta, compenetrándose así con lo que hoy en día se pacta usualmente a través de la cláusula de confidencialidad o a través de la protección vía secreto empresarial¹².

Como se mencionó líneas atrás, la indemnización de perjuicios, reconocida desde Roma al momento de la terminación de contratos de mediación propios del mandato, en aquellos eventos en los cuales el mandante, al ver disminuida su *fides*¹³ en el mandatario, podía revocarle el encargo

⁹ GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo III. Pág: 75: D. 38.1.26 (Alfenus Varus). *Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi (1) habiturum, postulabat, ut sequerentur se, neque opus facerent; id ius est, nec ne? Respondit, ius esse, dummodo liberales (2) operas ab iis exigeret, hoc est, ut acquiescere eos meridiano tempore, et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret. § 1. Item rogavi, si eas operas liberti dare nollent, quanta oporteret aestimari. Respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset: (“el interrogante planteado era el de la justicia de la petición hecha por el patrono a sus libertos médicos de acompañarlo en el ejercicio de la medicina y de no ejercer dicha actividad, teniendo en cuenta que de esa forma más personas podrían llamarlo a él, a lo que responde el jurista positivamente en el sentido de considerar justa dicha solicitud siempre y cuando le concediera al liberto el derecho a descansar al mediodía y de cuidar su salud y decoro”).*

¹⁰ Artículo 1318 Código de Comercio. Exclusividad a favor del agente. Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.

Artículo 1319 Código de Comercio. Exclusividad a favor del agenciado. En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

¹¹ ORTEGA, Alfonso. *Los contratos de colaboración en el mercado internacional*. Uniacademia Leyer. 2016. Pág 13 a 49. “*El éxito de su actividad (del agente) radica en poseer información actualizada de carácter comercial, técnico y legal, sobre los mercados y productos con los que operan*”. Por lo tanto, es importante para el empresario que esta información que adquiere el agente con ocasión a la ejecución del contrato, no sea usada en su contra por dicho agente o por algún tercero a él vinculado, cuando la relación contractual llegue a su fin por la razón que sea.

¹² A la luz del artículo 260 de la Decisión Andina 486 del 2000, Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero. La información deberá: a) ser secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

¹³ NEME, Martha. *La buena fe en el derecho romano*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2010. Pág. 265. “*En el mundo romano antiguo, fides significa también promesa, acepción que a su vez representa una variedad de significados (...) indica el vínculo que crea la promesa al estrechar un lazo entre el promitente y el*

y terminar unilateralmente el contrato, con el deber de indemnizar los perjuicios causados. Así también, le reconoció la posibilidad al mandatario de dar por terminado el contrato, siempre que se indemnizasen los perjuicios causados al mandante por el rompimiento intempestivo de la relación¹⁴.

Es dable entrever que estas manifestaciones evidentes del derecho romano, también se destacan en el contrato de agencia comercial actual como se evidencia en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio colombiano, que establece que a la terminación del contrato por cualquier causa, el agente tendrá derecho al pago de una prestación más conocida como cesantía comercial; a su vez, el segundo inciso de la norma referida, contempla el pago de una indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del mandante:

“ARTÍCULO 1324. <TERMINACIÓN DEL MANDATO>. 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. (...)”

destinatario; finalmente “fides” hace relación a los presupuestos éticos del compromiso, aquellos en los que el vínculo se realiza, esto es, veracidad en las declaraciones y constancia en mantener el compromiso”. La última acepción acerca del contenido ético del compromiso y de los deberes de corrección y atención a la confianza suscitada entre las partes, es al que hace referencia la causal de terminación del contrato de mandato. “fides como concepto ético jurídico, el cual llevó a hacer de la discrecionalidad del sujeto dominante en una relación de poder, una virtud, y en el que “fides” resultara adecuado para designar todas aquellas situaciones activas en las cuales, a una extensión de la discrecionalidad formalmente total, se acompaña el límite implícito derivado de participación del sometido en el surgimiento de tal discrecionalidad”. (...) Así construido el “puente de paso” entre el carácter potestativo y el valor ético de la “fides”.

¹⁴ CAMACHO, María E. Cit., En esta instancia del planteamiento, se hace referencia a la estrecha relación que existe entre la figura de la agencia comercial y el contrato de mandato debido a la *fides* y el carácter consensual que caracteriza la celebración de ambos negocios, razón que justifica que aspectos como la terminación del contrato se estudie a partir de las normas del contrato de mandato. Por lo anterior, del análisis de varios fragmentos del digesto y de las institutas de Justiniano, se logra establecer que dentro del contexto del derecho romano se ha previsto la terminación del contrato de mandato por medio de la revocación que hace el mandante al mandatario antes de que éste inicie la gestión encomendada por pérdida de confianza en la relación establecida. Igualmente, se encuentra justificada la revocación del contrato de mandato cuando el encargo ya ha empezado a ser ejecutado por el mandatario, siempre y cuando el mandante indemnice los perjuicios causados al mandatario por dicha revocación cuando no medie justa causa para hacerlo. Así mismo, contempla la facultad concedida al mandatario de renunciar al encargo conferido bien sea porque se le dificulta realizar la actividad encomendada o porque simplemente no es su voluntad ejecutarlo. En todo caso, resulta dable señalar que la renuncia presentada por el mandatario deberá ser en tiempo y sin que ocasione perjuicio para el mandante pues de ser así, se verá compelido a indemnizar los perjuicios que con ello cause al mandante, los cuales se cuantifican conforme al interés que represente para el mandante la ejecución del encargo incumplido por el mandatario.

En fin, procedente es concluir que desde el derecho romano se avizoraron emolumentos en favor del mandatario cuyo contrato terminaba, justificando que hoy en día dentro de nuestro ordenamiento, tengamos normas que refieran la misma situación, aunque con diversos debates y vicisitudes.

A pesar de nuestra afirmación, un sector de la doctrina, donde encontramos a Juan Pablo Cárdenas¹⁵ y a Gabino Pinzón¹⁶, considera que en realidad el contrato de agencia comercial no tiene asidero alguno en el contexto del derecho romano bajo la perspectiva de que la sociedad romana era rudimentaria y básica en la satisfacción de sus necesidades, pues era una sociedad cuya economía estaba cimentada principalmente en la esclavitud. Además, los cimientos del derecho comercial en general no se avizoran al interior de las fuentes romanas sino más bien después de la caída del Imperio Romano y el surgimiento del derecho comercial como un derecho de clase¹⁷. Igualmente se afirma que, dentro de las fuentes romanas, solo había cabida para la solución de las problemáticas del derecho de gentes o común¹⁸ mediante decisiones pretorianas que, al estar

¹⁵ CÁRDENAS, Juan. El Contrato de Agencia Mercantil. Editorial Temis. 1984. Pág. 3 a 5. Para el autor, el advenimiento del comercio, incluido el contrato de agencia comercial, se halla históricamente hablando, ubicado después de la revolución industrial, etapa de la humanidad en donde surgió la producción en masa, que generó la necesidad de convenir figuras de intermediación, toda vez que los empresarios ya no podían fabricar y a su vez comercializar los productos, dado el fenómeno del librecambio entre diferentes territorios con ocasión a la apertura productiva que se vivió en esa época. De esta manera, surge la figura del agente, que dentro de sus múltiples beneficios, destaca los siguientes: a) sirve al empresario para introducir sus productos en lugares diferentes del de su fabricación; b) disminuye costos y riesgos de la operación de creación de clientela y promoción de los productos del empresario; c) abolir costos laborales que le implicaría abrir una sucursal en los lugares en donde espera comercializar sus productos; d) descarga de alguna manera en el agente el curso de la operación de promoción, teniendo en cuenta la autonomía que como se verá, destaca al contrato de agencia comercial.

¹⁶ PINZÓN, Gabino. Cit., Pág. 7. Citando a Rocco.

¹⁷ PINZÓN, Gabino. Cit. p. 7. Considera el autor que solo hasta la caída del imperio romano, se dibujó un panorama alentador que justificara la existencia de un derecho distinto del derecho de gentes o derecho común que, según él, estaba diseñado para solucionar cualquier controversia en el contexto básico romano. El derecho comercial surge entonces como un derecho diferente que acapara la característica máxima de esta rama del derecho como lo es la costumbre, pues las prácticas reiteradas del mercado se hicieron vinculantes para quienes lo ejercían, lo que posteriormente, llevó al inicio de la época de la codificación de los cuerpos comerciales que hoy en día conocemos.

¹⁸ NARVAEZ, José. Introducción al Derecho Mercantil. Legis. Décima edición. Pág. 3. *“Los romanos crearon un sistema jurídico muy evolucionado, pero no tuvieron un cuerpo especial de disposiciones mercantiles. Desde luego, hubo instituciones aplicables al comercio marítimo, internacional, verbigracia, la actio resarcitoria, el nauticum foenus, la lex Rodia de iactu, o el receptum. También la actio institutoria o la obligatio litteris que formaron parte del ius civile cuando éste incorporó el ius gentium. Las razones pueden condensarse así: i) la clase patricia, detentadora del poder desde los orígenes de Roma hasta la definitiva extinción del imperio, se integraba, en su gran mayoría, por terratenientes que daban especial importancia a la agricultura. Ciertamente, miraban con desvío la industria y el comercio, sobre todo si estas actividades se llevaban a cabo en pequeña escala, pues consideraban que eran faenas propias de esclavos y libertos; ii) en el régimen esclavista de Roma las relaciones entre esclavo y el amo o señor no eran jurídicas sino de hecho, circunscritas a aspectos administrativos y de contabilidad; iii) quienes sin tener la condición de esclavos o libertos desarrollaban actividades mercantiles eran los extranjeros o peregrinos. Estos no gozaban de la ciudadanía y estaban sujetos al ius Gentium, menos formalista que el ius civile; iv) en las relaciones económicas de los romanos con griegos, asiáticos y otros pueblos se regían por el ius Gentium, dotado de flexibilidad y adaptabilidad que permitían satisfacer los requerimientos de simplicidad y rapidez del tráfico extranacional; v) Entre las características del derecho romano sobresalía prevalencia de la buena fe, el reconocimiento de los usos mercantiles, el riguroso procedimiento de ejecución por deudas, y sobre todas las anteriores, el pretor revestido de facultades casi legislativa, merced a las cuales adaptaba con amplio criterio de equidad las instituciones jurídicas del ius civile a la evolución y, las necesidades de la vida social. Así se estructuró el ius pretorium u honorarium, flexible y dúctil frente a las nuevas realidades que generaba el desenvolvimiento de las actividades económicas”.*

fundadas en asuntos propios del derecho común, se acoplaban a cualquier tipo de negocio que se tejiera en el contexto de Roma pero que no implicaba el ejercicio de un derecho diferente, por no considerarlo necesario¹⁹.

En Colombia, en la codificación de 1887 (Código de Panamá), nada se dijo sobre el contrato de agencia comercial, pero sí de la agencia de negocios y de los contratos de representación²⁰, figuras que deben distinguirse palmariamente mediante una relación de género y especie, donde la agencia de negocios es el género y la agencia comercial es la especie; en ese sentido, Juan Pablo Cárdenas afirma:

“(…) Establecido lo anterior, es forzoso concluir que entre la agencia de negocios y la agencia mercantil existe una diferencia que se puede precisar diciendo que aquella es el género y esta la especie. O sea, que la agencia mercantil es un contrato típico por el cual se desarrolla una forma de agencia de negocios. Por ello, observamos que el objeto de la agencia de negocios es mucho más amplio que aquel de la agencia mercantil, que consiste en promover la celebración de contratos del agenciado.

Además, conviene resaltar que si bien para que exista agencia de negocios es necesaria la estabilidad de la gestión, de manera que constituya un oficio, no se requiere la existencia de un vínculo estable entre el agente de negocios y una persona precisa; por el contrario, lo normal será que tal vínculo no exista y que el agente de negocios ofrezca sus servicios al público en general, al paso que en la agencia mercantil es esencial la existencia de una relación estable entre el agente y determinado empresario. Es decir, que mientras en la agencia de negocios se requiere una actividad estable sin consideración a determinada persona, en la agencia mercantil se requiere una estabilidad en la relación con determinado empresario.

(...)

La conclusión forzosa es que durante la vigencia del Código de Comercio de 1887, la agencia era una forma de mandato comercial, a la cual, a falta de disposición expresa, debían aplicarse las normas que regulan el mandato civil, como lo ordenaba el art. 182 de aquel estatuto. En consecuencia, el contrato de agencia podía o no implicar la representación por el agente, y terminar por revocación o renuncia; pero, en tal caso, si estas eran sin motivo, el contratante responsable podía ser obligado a indemnizar los perjuicios causados’’²¹.

¹⁹ NARVAEZ, José, cit., “Estas breves remembranzas explican por sí solas que un pueblo cuya élite fue refractaria al ejercicio del comercio, no tuvo necesidad de un derecho especial para esta actividad (...). Fue tiempo después de que Roma lograra el dominio sobre toda la cuenca del Mediterráneo cuando se estructuraron los contratos de representación, las reglamentaciones marítimas, las instituciones bancarias (...)”.

²⁰ CARDENAS, Juan P. cit. Pág. 11. Los contratos de representación, fueron definidos por la Corte Suprema de Justicia en el año 36 como “tipo especial de comisionistas dedicados solamente a servir a los intereses de varios empresarios”.

²¹ CARDENAS, Juan P. *Op cit.*, Pág 12-14.

De modo que, puede precisarse que fue hasta la codificación del año de 1958 y 1971²² en donde se consagró de manera definitiva e independiente el contrato de agencia comercial, debido a que las equiparaciones que venían haciéndose de la figura frente a otras, generaron un declive monumental en los derechos de los trabajadores, sujetos a quienes se les encomendaba actividades bajo la subordinación del empresario, pero que se disfrazaban de contratos comerciales para obviar el pago de las acreencias laborales a las que tales sujetos tenían derecho.

Igual problemática se suscitó frente a los abusos del contratante, cuando el representante, habiendo constituido una sólida clientela y un posicionamiento importante de los productos de aquel, optaba por terminar unilateralmente el contrato y hacerse cargo de la comercialización de sus productos de manera directa o a través de otro intermediario, burlando así toda la actividad desplegada por el representante y menoscabando todo el esfuerzo que implica el posicionamiento y promoción del negocio ajeno²³.

1.2. Definición del contrato de agencia comercial en el ordenamiento jurídico colombiano

El contrato de agencia comercial se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico colombiano, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1317 del Código de Comercio, el cual, a su vez, se halla contenido en el Capítulo V del Título XIII -del mandato-²⁴ del cuerpo normativo referido y reza lo siguiente: “por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

Se colige de la anterior definición que la agencia comercial, legalmente, se concibe como un contrato por medio del cual un sujeto activo en el comercio se encarga de promocionar, promover y explotar de manera autónoma e independiente los negocios de otro sujeto, quien está también dedicado al comercio, que puede estar fuera o no del país, dentro de una zona determinada en el territorio colombiano y respecto de un sector productivo específico dentro del mercado. En este tipo contractual, quien asume el encargo se conoce como agente y quien otorga el encargo se conoce como empresario o agenciado.

²² HINESTROSA, Fernando. Escritos varios. Umaña Trujillo Impresores. 1983. *“De suerte que por mandato legal expreso no hay lugar a pensar en que sus preceptos o algunos de ellos, por su importancia o por su carácter, habrían de modificar el contenido de los contratos celebrados con anterioridad continuarán rigiéndose por la ley de su día, hasta su terminación, por cuanto el código se limitó a regular los actos y contratos posteriores a su vigencia. Vigencia que en lo atañadero a la agencia comercial data del 1º de enero de 1972, en tanto que en lo demás la fecha es la de expedición del código (art. 2038, 27 de marzo de 1971).*

²³ CARDENAS, Juan P. *Op cit.* p. 12-14.

²⁴ BONIVENTO, José. Contratos mercantiles de intermediación. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. 1999. Pág. 135. *“Entre los aspectos novedosos introducidos por el Código de Comercio de 1971, la reglamentación de la agencia comercial ocupa un lugar de singular importancia. Nuestra ley mercantil anterior no regulaba la figura de la agencia que, como tal, quedaba en el campo de los contratos innominados. Hoy, en los artículos 1317 y siguientes del Código, encontramos su régimen legal íntegro. En consecuencia, si antes de la consagración legislativa de la agencia comercial, el concepto de agente tenía un significado amplísimo, referido a la persona que desempeña cualquier función de intermediación, ahora tenemos que otorgarle un contenido concreto y específico, referido ya a uno de los extremos de la relación contractual enmarcada por las normas de la agencia mercantil (...)”.*

La definición habla de agente o representante bajo el entendido que, el contrato puede o no acarrear la representación del empresario²⁵. Cuando no incluya la representación, el agente estará actuando frente a terceros a nombre propio, mientras que si conlleva representación, todos los efectos de las labores desplegadas por el agente se configurarán directamente en la órbita patrimonial del empresario.

Ahora, dentro de la definición del artículo en mención se incluyen figuras como la del fabricante y la del distribuidor, lo cual ha conllevado a la discusión sobre su pertinencia. De hecho, con relación al fabricante, hay quienes consideran que la fabricación es una actividad distante del agenciamiento, en cuanto no posee rasgo alguno de intermediación que es uno de los aspectos característicos de la agencia comercial, toda vez que el acuerdo de voluntades entre dos sujetos de comercio recae sobre la fabricación de los productos de otro, lo cual no logra crear la figura analizada²⁶.

Igual sucede con el distribuidor, de quien hay que referenciar un par de cosas: i) puede haber distribución cuando el sujeto que distribuye adquiere para sí la propiedad de los productos y los revende a través de diferentes canales de comercialización bajo su cuenta y riesgo, caso en el cual se desdibuja por completo la existencia del contrato de agencia mercantil; ii) el distribuidor que realiza la labor de extender los productos al consumidor ajeno, y que se encuentran en la esfera patrimonial del otro comerciante, siendo esta la hipótesis en la que se puede manejar la configuración de un contrato de agencia comercial²⁷.

A nivel jurisprudencial, en los primeros fallos de los que se tiene referencia y que aluden a la existencia del contrato de agencia, la Corte Suprema de Justicia lo ha definido como una modalidad de mandato que se caracteriza por su estabilidad y proyección en el tiempo²⁸, aduciendo también que el agente, en ejecución del contrato, debe organizar bajo su propio riesgo la promoción de los productos que el empresario le ha encomendado colocar en el mercado, obrando por cuenta de éste y siguiendo los parámetros que en todo caso, el empresario puede fijar para el desarrollo de la actividad como un intermediario²⁹.

²⁵ VALLEJO, Felipe. El contrato de agencia comercial. LEGIS. 1999. Pág. 48.

²⁶ MORALES, Luis. El contrato de agencia mercantil: análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón. En: Anuario de Derecho Privado. Universidad de Los Andes. Diciembre de 1988. Revista No. 4. Pág. 40.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1982). Sentencia del 18 de marzo de 1982. Magistrado ponente: José María Esguerra Samper. En igual sentido, la sentencia del 9 de septiembre de 2019 indica que un simple distribuidor, al actuar en causa propia, es distinto al agente, porque debe asumir todas las contingencias de la operación, por ejemplo, la pérdida o el deterioro de las mercancías, el no pago de ellas, la insolvencia o iliquidez de los clientes, o la inestabilidad de los precios en el mercado. Así mismo, se puede diferenciar entre ambas actividades a partir de la contraprestación recibida por cada uno, pues mientras la contraprestación del agente se deriva de la comisión, utilidad o regalía pactada a cargo del empresario; en cambio el beneficio del distribuidor no emana directamente del empresario sino que se obtiene a partir de la diferencia de precios entre las operaciones de compra y de reventa.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1980). Sentencia del 2 de diciembre de 1980. Magistrado Ponente: Germán Giraldo Zuluaga.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2015). Sentencia del 30 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

El contrato de agencia comercial es de tracto sucesivo y oneroso³⁰, teniendo en cuenta que respecto de su ejecución se deriva para el agente una serie de contraprestaciones de orden económico, y en favor del empresario beneficios de reconocimiento, bajo el entendido que este sujeto se posiciona dentro del mercado junto con sus productos, obteniendo mayor clientela y consigo multiplicidad de utilidades.

De igual modo, no en vano se han emitido pronunciamientos de la Corte Suprema en el sentido de diferenciar el contrato de agencia comercial del contrato atípico de distribución³¹, más si se tiene en cuenta que en la definición legal se hace referencia a la distribución como un modo de ejercer el contrato de agencia. El contrato de distribución tiene como fin que el distribuidor adquiera la propiedad de los bienes del fabricante para posteriormente revenderlos en una determinada zona³²; en cambio, el agente no acude a la adquisición de los bienes bajo ninguna circunstancia, pues en los eventos en los cuales el agente asume actividades propias de la distribución, al agente no le afecta cómo se tornen las ventas de dicho producto, pues no las ha adquirido para sí y los riesgos de la alta o baja comercialización serán en todo caso del empresario³³.

La Corte Suprema de Justicia enumera las características más sobresalientes del contrato de agencia comercial: i) la agencia es una forma de intermediación; ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige de manera independiente; iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente relacionar al empresario con consumidores o clientes de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, fabricante o distribuidor, pero en uno y otro caso, sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor y v) el agente tiene derecho a una remuneración³⁴.

Tratadistas conservadores inicialistas en el estudio del derecho comercial, han ubicado al agente comercial y por ende al contrato mismo, como un auxiliar del comercio o del empresario y propio de las actividades mercantiles respectivamente, restando importancia a su introducción independiente en la codificación del año 1971, pues para aquella corriente doctrinal, esta figura no fue novedosa y se dedicaba a repetir íntegramente lo mismo de las codificaciones anteriores en

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2011). Sentencia del 19 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1982). Sentencia del 18 de marzo de 1982. Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2018). Sentencia del 18 de abril de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. *“Frente a la distribución, la agencia comercial se distinguen en que: i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia; ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela; iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece con la distribución”*.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (1995). Sentencia del 31 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Pedro Laffon Piantetta.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2017). Sentencia del 9 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

cuanto a la agencia de negocios se refiere³⁵. En igual sentido, Hernando Cardozo Luna, identificó al contrato de agencia comercial bajo el siguiente argumento:

*“El contrato de agencia comercial sólo apareció como tal en el Decreto 410 de marzo 27 de 1971 por medio del cual se expidió el Código de Comercio, cuando en el Título V del Libro IV se plasmó como ordenamiento jurídico positivo. La materia allí regulada no era ajena a los doctrinantes colombianos quienes la conocían a través de diversos ordenamientos jurídicos foráneos. De otra parte, las actividades, que hoy conocemos como propias del contrato de agencia, eran adecuadas al contrato de comisión que regulaba el anterior Código; sin embargo, había una opinión generalizada que consideraba que esta forma de mandato requería de un ordenamiento especial”*³⁶.

Ahora bien, otra corriente doctrinal, diversa en sus pronunciamientos, pero unívoca y apaciguada en la mayoría de las definiciones que se otorgan sobre el contrato de agencia comercial, ha establecido que el contrato de agencia puede definirse como un tipo de mandato con o sin representación³⁷, cuya característica máxime, o función mayormente conocida, es la de promocionar, a través de un encargo realizado por el empresario, los bienes y servicios de este, debido a que el agente actúa como un intermediario entre la oferta y la demanda con el fin de operar la unión de estos dos extremos pero que además, y no menos importante, contribuye a que dicha demanda se incremente en términos de clientela, de modo que la oferta también lo haga y se suplan las necesidades creadas que caracterizan determinado mercado, teniendo en cuenta que su remuneración, por lo general, depende de los negocios que gestione en favor del agenciado y del

³⁵ NARVÁEZ, José I. Introducción al Derecho Mercantil. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional. Pág. 279-280.

³⁶ CARDOZO, Hernando. La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 15.

³⁷ HINESTROSA, Fernando. *Ibidem*. Pág 761. “Además, existe una abundante reglamentación, doctrinaria, jurisprudencial y legislativa de la agencia comercial hasta llegar al decreto legislativo de 23 de diciembre de 1958, muy corto en su redacción, pero de repercusiones muy vastas y profundas: en su artículo 10. define “el agente comercial es un mandatario, pero un mandatario que tiene interés propio en el mandato”, y en el artículo 3º. consagra una garantía de estabilidad de la relación de mandato, que se destaca para distinguir, no solo teórica, sino también prácticamente, el mandato ordinario o común de este mandato profesional que tiene a prolongarse y que debe tener asegurada una estabilidad fundamental, y que no puede ser cancelado, como el mandato ordinario, a guisa del mandante, porque hay en él un interés común, con lo cual se conjugan la definición del artículo 1. con la estabilidad, seguridad, caracteres específicos de esta nueva categoría de mandato”. En la legislación colombiana, encontramos disposiciones que materializan esta simbiosis entre mandato comercial general y mandato especial (agencia comercial), como es el caso del artículo 25 del decreto 2074 de 2003, compilado en el artículo 2.2.4.1.2.2. del decreto unificador 1074 de 2015 de la normatividad de comercio, industria y turismo, en el que se lee lo siguiente: “De las oficinas de representaciones turísticas. Son Oficinas de Representaciones Turísticas las constituidas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que actúan por virtud del contrato de agencia comercial u otra forma de mandato de acuerdo con lo previsto en el título XIII del Libro IV del Código de Comercio, como intermediarios para la venta, promoción o explotación de servicios turísticos ofrecidos por otras personas, en el territorio nacional o en el extranjero”. (subrayado fuera del texto original).

No obstante lo anterior, doctrinantes tan importantes como JAIME ARRUBLA PAUCAR, son detractores de considerar a la agencia como un tipo de mandato bajo el entendido de una falta de técnica legislativa en su ubicación, pues considera en la décimo cuarta edición de su obra titulada “Contratos mercantiles. Contratos típicos”, que a diferencia de lo que ocurre en el contrato de preposición y comisión en donde sí se adujo que configuraban una modalidad de mandato, en la agencia el legislador no refirió acotación alguna sobre el particular (pág. 229).

buen posicionamiento que haga de los bienes o servicios de que se trate dentro del ramo y la zona que se encuentre explotando a su cargo³⁸.

Cuando se habla de promoción de negocios, se entiende que refiere a la búsqueda de clientes e inicio de tratativas, pero es el empresario quien decidirá si lo lleva a cabo o no; la explotación por su parte, implica para el agente la posibilidad de determinar la viabilidad del negocio y por ende, plenas facultades para llevarlo a su concreción y ejecución, razón por la cual, lo típico es que el agente lleve aparejada ambas actividades³⁹.

1.3. Nuestra definición de contrato de agencia comercial a partir de las características del tipo contractual.

Para efectos de construir una definición que acapare los robustos criterios doctrinales y jurisprudenciales que, a la sazón han emergido con ocasión a la consagración legal del contrato de agencia comercial, posible es señalar que el contrato de agencia es un contrato típico, en el sentido de que, como se ha aducido arduamente, se encuentra consagrado en el Código de Comercio colombiano, sea en su definición como en su regulación esencial, pues no solo está nombrado someramente en la legislación⁴⁰, sino que el ordenamiento describe cuál debe ser el contenido mínimo del mismo, su disciplina y, por supuesto, los elementos que son de la esencia, lo que lleva a afirmar que respecto del contrato de agencia existe una tipicidad legal⁴¹.

Lo anteriormente señalado sirve de contera para especificar que como consecuencia de su tipicidad legal, la agencia es un contrato nominado al reconocerse dentro del mundo jurídico con un *nomen iuris* particular, si se tiene en cuenta que bajo la teoría general de los contratos, estos son nominados cuando teniendo tipicidad social o reconocimiento somero en alguna disposición legal, luego se hallan disciplinados jurídicamente en cuanto a sus elementos y regulación específica, con

³⁸ CÁRDENAS, Juan P. *Op. Cit.*, Pág. 17.

³⁹ VALLEJO, Felipe. *Op. Cit.*, Págs. 46-47.

⁴⁰ BIANCA, Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2007. Págs. 494 y 495. “*El tipo es, en sentido amplio, el modelo de una operación económica recurrente en la vida de relación. A este propósito es necesario considerar que la actividad comercial tiende a uniformarse en determinados modelos que corresponden a las necesidades frecuentes de esa vida de relación. El tipo contractual se divide en legal o social. El tipo contractual legal es un modelo de operación económica que se tradujo en modelo normativo, es decir, en un modelo de contrato previsto y disciplinado por la ley. (...) De otro lado, es necesario tener presente la causa concreta del contrato. Para la calificación del contrato es esencial, sin duda, lo que las partes establecen, pero el contenido del contrato es importante en cuanto concurre a hacer evidente cuál es el interés que ellas efectivamente persiguen. En definitiva, lo que se debe ver es si tal interés corresponde o no a uno de los intereses negociales típicos*”.

⁴¹ CAMACHO, María E. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. En: *Revista e-mercatoria*. Volumen 4, No. 1. 2005. Pág. 3. “*Observemos bien, que al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que debemos entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho. De ahí que la doctrina clasifique la tipicidad en social y legal, comprendiendo por la primera aquella que proviene de fuentes diferentes a la legal, comúnmente, por medio de la costumbre y la jurisprudencia, y por la segunda, aquella que se hace a través de la ley*”. La referencia a la ley, como fuente principal de la tipicidad, al menos de la legal, debe entender en sentido amplio, pues si existe una norma de menor jerarquía que la ley propiamente dicha, entendida como la manifestación del Estado cuyo origen se encuentra en el Congreso de la República también deben tenerse en cuenta todas las otras manifestaciones promulgadas por autoridad competente, bajo un procedimiento reglado, que tienen por efecto crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada, como sucede con los decretos legislativos, decretos reglamentarios, resoluciones, etc.

el reconocimiento de un nombre en particular⁴², sin que pueda entenderse que tipicidad y nominación son términos equivalentes⁴³.

Al detallar en la agencia comercial que el contrato se desarrolla entre dos sujetos activos en el comercio, se desprende la característica de la bilateralidad subjetiva, entendida como la presencia de dos o más sujetos en el desarrollo o ejecución del negocio; además, puede incluirse el carácter *intuitu personae*⁴⁴, puesto que el agente, elegido por el empresario luego de un estudio económico, técnico y legal, le resulta idóneo para desarrollar el encargo de promover y fomentar una clientela en su favor en un espacio en donde él no se encuentra presente, situación que debe contrarrestar con la elección de un sujeto que posea las calidades adecuadas para tal fin.

Así mismo, es imperioso hablar de la bilateralidad objetiva o de la correlatividad⁴⁵ que se desprende del contrato, teniendo en cuenta que el mismo es celebrado y ejecutado entre las partes esperando una contraprestación que se manifiesta como causa de la obligación del otro, es decir, hay una reciprocidad⁴⁶. Lo anterior se explica en las siguientes palabras: la causa de la prestación que espera obtener el agente (remuneración) se aloja en el encargo realizado por el empresario, en todas sus sugerencias y montaje inicial del negocio; mientras que la contraprestación que espera el empresario del agente (promoción y creación de una clientela, así como la promoción de sus bienes y servicios) se aloja en el pago de la contraprestación económica que espera recibir el agente por el desarrollo de su gestión por cuenta y en beneficio del empresario.

⁴² HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico Vol. II. Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 381. Tal y como lo expresa el maestro con referencia a contratos contemporáneos: *“Piénsese, en orden cronológico, en el contrato de franchising (franquicia) en el leasing, el factoring o el contrato de engineering, y más recientemente en la tarjeta de crédito, el paquete turístico, el tiempo compartido, el parking, el camping, y cuantas nuevas figuras de garantía en operaciones financieras o de seguro que surgen al compás del desenvolvimiento mercantil”*. De hecho, tomando el ejemplo clásico del contrato de leasing, se tiene que el mismo es reconocido en el tráfico jurídico por haber adoptado un uso reiterado en las prácticas comerciales y por ende es típico socialmente hablando. Sin embargo, la ley, en sentido amplio, no ha desarrollado una disciplina particular para este negocio jurídico, aunque sí es reconocido socialmente dentro del tráfico jurídico mediante un nombre en especial, lo cual lo introduce en la categoría de contratos nominados.

⁴³ GETE, María. Estructura y función del tipo contractual. Barcelona Bosch. 1979. Pág. 18. Citado por CAMACHO, MARÍA E. En: Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana *Ibidem*. Pág. 7.

⁴⁴ ROMERO, Eliana. Contratos de Distribución Comercial. Ibáñez. 2018. Pág.42.

⁴⁵ BIANCA, Massimo. El contrato. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Pág. 508. *“Que las prestaciones contractuales sean correlativas significa que la prestación de una parte encuentra retribución en la prestación de la otra. Los contratos con prestaciones correlativas con llamados también sinalagmáticos. La correlatividad comporta, normalmente, la interdependencia de las prestaciones, la que en general expresa el condicionamiento de una prestación a la otra”*.

⁴⁶ FACCO, Javier. Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas. Universidad Externado de Colombia. Pág. 109. Comentando la posición de Jacques Cujas (1522-1590) en la interpretación al Corpus Iuris Civilis. *“Con base en dicha noción acotada de contrato (limitada a aquellos acuerdos de los que derivan obligaciones recíprocas), entendemos que se lograba asegurar una operatividad fuerte de la buena fe cimentada en la preservación del equilibrio sinalagmático. Así, el contrato concebido de manera labeoniana, es decir, reducido al synállagma (ultra citroque obligatio), es la expresión que mejor sirve a la preocupación de Cujas tendiente a recuperar el auténtico sentido de la buena fe en materia negocial (...). Son propiamente contratos aquellos (actos) que obligan a una y otra parte, de uno y otro lado y son llamados también synállagma: de ellos nacen obligaciones recíprocas, correspectivas”*.

En virtud de lo anterior, se colige que el contrato de agencia se adecúa al concepto de colaboración empresarial⁴⁷ bajo el entendido que las exigencias de la economía actual y la necesidad de los agentes del comercio en sentido amplio, de unirse entre sí para engendrar proyectos que beneficien sus intereses particulares, enalteciendo en todo momento la actuación basada en la buena fe⁴⁸ y reciprocidad⁴⁹.

Hablando de la remuneración del agente, se trae a colación la onerosidad del contrato de agencia⁵⁰, pues el actuar desplegado por el agente está compensado por una serie de prestaciones económicas, algunas de ellas debatibles como se verá más adelante, pero ciertamente, por una remuneración mediante comisiones, regalías o utilidades que explica el artículo 1322 del Código de Comercio así: “el agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”.

De otro lado, en cuanto a su formación, el contrato de agencia comercial es consensual en tanto que, basta el ánimo y el ejercicio de la autonomía negocial del agente y el empresario para emprender la ejecución del negocio. Si bien el inciso final del artículo 1320 del Código de Comercio⁵¹ asevera la necesidad de registrar los contratos de agencia comercial ante las cámaras

⁴⁷ WILLISTON, Teatrise. On The Law Contracts, pág. 555-556, citado por ARRUBLA, Jaime. En: Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Octava edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. 2015. Pág. 295. “*Concepto. una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc), para obtener una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar, crear una corporación o tener el estatus de una partnership en sentido legal*”.

⁴⁸ MARTÍNEZ, Ignacio. El contrato de agencia. En: Los contratos mercantiles y su aplicación práctica. Bosch – Walters Klawer. Primera edición. Autores varios. 2017. Pág. 428 y 429: Dentro de los múltiples deberes asignados tanto al agente como al empresario, se encuentra el de buena fe, actuación con diligencia y lealtad. “*Esto implica que deberá velar por los intereses del empresario para quien actúa (...). Como obligaciones añadidas al deber general de actuar de lealmente y de buena fe, el artículo 9.2 de la LCA recoge otras obligaciones que el agente deberá respetar. Se trata de una enumeración que entendemos no excluyente de otras posibles y que resulten coherentes con la naturaleza del contrato. Estas son: el deber de diligencia, obligaciones de información al empresario, el seguimiento de sus instrucciones y la contabilidad separada por cada empresario*”.

⁴⁹ ROMERO, Eliana. Contratos de Distribución Comercial. Ibáñez. 2018. Pág. 39. En aras de profundizar acerca del principio de buena fe y reciprocidad, consultar: NEME, Martha. La buena fe en el derecho romano. Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁵⁰ MORALES, Luis. Op. Cit., Pág. 42. “*La agencia comercial es un contrato oneroso; se trata de un mandato remunerado, al cual, como especie de acto de comercio, la gratuidad le es ajena*”. Sobre este particular, difiere el Dr. Jaime Arrubla Paucar en su obra Contratos Mercantiles-atípicos (pág. 241), pues expone que el agente podría asumir las obligaciones propias de dicho contrato de manera gratuita con el objeto de, por ejemplo, hacerse publicidad con los empresarios respecto de su habilidad de conseguir clientes y posicionarse en el mercado, situación que consideramos poco probable, debido a que una empresa de agencia, por pura connotación comercial, no suele forjar sus esfuerzos en puras perspectivas altruistas.

⁵¹ Artículo 1320. Código de Comercio. Contenido del contrato de agencia comercial. El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.

de comercio, no se considera que dicha exigencia sea una solemnidad constitutiva o de existencia del contrato⁵², sino un asunto de publicidad y oponibilidad ante terceros⁵³.

Por último, el contrato de agencia da cuenta de un carácter de tracto sucesivo y permanente en el tiempo, aspecto frente al cual, Jaime Arrubla Paucar concluye que *“la misma función económica que ofrece la figura contractual o su razón de ser histórica dentro del campo del derecho, le imprime la nota de duración, que se opone de forma evidente a los contratos de ejecución instantánea y de duración transitoria. Hacer coincidir la oferta y la demanda, establecer el contacto entre los interesados y permanecer ajeno a la celebración y ejecución del contrato, es lo que caracteriza al mediador o corredor; en muchas ocasiones el agente también desempeña estas labores, solo que la nota de duración le da una naturaleza jurídica propia, distinta a la del corredor, quien solo actúa de manera esporádica y transitoria”*⁵⁴.

En aras de desentrañar de la definición legal los elementos que se entienden comprendidos en el contrato de agencia comercial, se desagrega la definición de la siguiente manera:

- Contrato celebrado entre comerciantes o empresarios. Quiere decir esto que se atiende a la concepción de los sujetos que ejercen las actividades definidas como comerciales en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵, bien sean personas naturales o jurídicas, teniendo en cuenta que el ejercicio del objeto contractual requiere de cualificación y experiencia profesional de quienes acuden a su celebración. Gabriel Escobar Sanín define al agente como un sujeto del comercio

⁵² ALARCÓN, Fernando. La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 22. *“Entonces, podemos definir la inexistencia como la situación de hecho, con repercusiones jurídicas, en la que queda una pretendida disposición de intereses que no alcanzó a perfeccionarse como negocio por carecer de un elemento estructural, esto es de un requisito, solemnidad o actividad que era indispensable para su formación. Un proyecto de negocio jurídico deviene en inexistente cuando hay ausencia de la expresión del querer negocial, cuando carece de objeto, cuando no tiene causa, cuando falta alguno de los elementos que lo configuran y lo determinan, cuando se omite la solemnidad que lo perfecciona y cuando siendo real no se entrega la cosa que ha de ser materia del negocio. El contrato es consensual, señala el Código Civil, cuando para que se perfeccione el negocio es suficiente el solo consentimiento”*.

⁵³ KOTEICH, Milagros y otros. Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 9, 2005. Pág. 29. *“De manera que en el derecho moderno la prescripción de formalidades se encuentra, por lo general, ligada a la necesidad de alertar a los contratantes sobre la importancia económica del negocio a celebrar (como los relativos a inmuebles), sobre los riesgos que lleva aparejados la realización de determinados negocios (como la fianza o la fiducia); así como a permitir la prueba de la existencia y contenido de los mismos con mayor facilidad, sin dejar de lado que la forma se relaciona con el efecto de publicidad que otorga protección a los terceros en la relación contractual y da seguridad a la sociedad entera”*. Sobre este tema, imperioso profundizar el análisis en FORTICH, Silvana. Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual. Universidad Externado de Colombia. 2018.

⁵⁴ ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles. Contratos típicos. Decimocuarta edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. 2015. Pág. 225. De manera que, para el citado autor, las actividades propias de la agencia y que ya se han destacado, como lo son la promoción de negocios y estructuración de clientela, son labores que requieren permanencia en el tiempo, por lo que no se conciben enmarcadas dentro de negocios de ejecución instantánea, como sí de tracto sucesivo.

⁵⁵ Artículo 20. Código de Comercio. Comerciantes – concepto- calidad. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

cuya actividad principal es la mediación por medio de la cual se busca hacer llegar los productos de un empresario al consumidor final a cambio de una ganancia o utilidad⁵⁶.

- Existencia de un encargo consistente en la ejecución de actividades de explotación y promoción. El objeto principal de la labor del agente radica precisamente en seguir las instrucciones que el empresario le ha suministrado para efectos de promover o explotar sus negocios, situación que no coarta, como se verá, la independencia que detenta el agente al momento de desplegar sus tareas de intermediación, pues aún bajo unas instrucciones y/o directrices, el agente tiene implícita una actividad de promoción y generación de clientela que la resalta de una u otra forma respecto de un mandato simple, sin desdibujar la posibilidad de que una agencia degenera en un mandato comercial, cuando se desmontan algunas particularidades del contrato de agencia, circunstancia problemática de este escrito.

La promoción de negocios hace referencia a dar a conocer la actividad del empresario; adelantar diligencias tendientes a conseguir clientes para el empresario; fomentar sus negocios en la plaza⁵⁷. Por su parte, la explotación hace referencia a la celebración de contratos en un ramo y zona determinada y en forma profesional, lo que lleva a hablar de conclusión de ventas, compras, arrendamientos, prestación de servicios, etc.⁵⁸

- Independencia del agente. Ha establecido la Corte Suprema de Justicia que *“solo 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 de la cual promueve o explota, como representante, agente, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado”*⁵⁹, de manera que puede dilucidarse una diferencia importante entre el agente y un empleado del empresario⁶⁰.
- Estabilidad del agente. La agencia comercial es un mandato continuado con vocación de permanencia, manteniendo con el empresario una relación duradera⁶¹. Dice la Corte en sentencia del 2 de diciembre de 1980 que *“al puntualizar el legislador que el agente comercial 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”*, posición que al unísono no se comparte o se comprende con la simplicidad que lo hace la Corte, pues si bien el agente denota estabilidad en el encargo, no se observa que el mandato carezca de esa misma vocación de permanencia debido a la *fides* que

⁵⁶ ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 1987. Pág. 416.

⁵⁷ VALLEJO, Felipe. El contrato de agencia comercial. LEGIS. 1999. Pág. 45.

⁵⁸ VALLEJO, Felipe. *Op. Cit.*, Pág. 47.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona: *“Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole”*.

⁶¹ VALLEJO, Felipe. *Op. Cit.*, Pág. 43.

caracteriza a ambos negocios⁶² y nada obsta para en el mandato⁶³ existan actividades propias de una promoción y/o explotación de negocios en virtud de la autonomía negocial de los sujetos.

Además, pareciese del expresar de la Corte que ésta concibe a la agencia como algo indefinido en el tiempo, lo cual es completamente errado si se tiene en cuenta que por disposición del artículo 1324 del Código de Comercio, la agencia termina por las mismas causas que el mandato, lo que quiere decir que ambos tienen una vocación de permanencia, y esto no le resta el carácter independiente que posee el mandato en el ordenamiento jurídico.

- Prestaciones económicas. Por la actuación que despliega el agente en pro del posicionamiento del empresario y creación de clientela en su favor, este se hace acreedor de prestaciones económicas en particular. En un primer orden encontramos la utilidad, *fee* o porcentaje por negocio celebrado y concluido por el agente, la cual libremente pueden pactar las partes para el desarrollo continuado del contrato⁶⁴, atendiendo al carácter oneroso del contrato de agencia comercial⁶⁵.

Existe otro tipo de prestación económica que se genera a la terminación del contrato de agencia, conocida como “cesantía comercial”, comprendida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio⁶⁶, por medio de la cual el empresario reconoce al agente, al finalizar el contrato, independientemente de la causa que genere su terminación, todas las labores encomendadas a través de una remuneración adicional, consistente en el pago de una doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad pactada entre las partes y recibida por el agente durante los últimos tres años.

⁶² NEME, Martha. *Op. Cit.*,. Pág.371. “Así, la *fides bona* llega a erigirse como verdadero principio sustancial, presente con especial énfasis en las relaciones de carácter contractual, que lejos de una mera exigencia formal de cumplimiento de lo pactado requiere un preciso comportamiento de las partes en virtud del cual se atiendan los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes (...) El valor normativo que de la cláusula *oportere ex fide bona* permite que el pretor considere la *fides bona* como una nueva fuente de obligaciones, como quiera que, en virtud de dicha cláusula, el juez, con base en criterios objetivos, está facultado para determinar cuáles son las prestaciones que conforme a la buena fe le debe una parte a la otra”.

⁶³ Artículo 1262. Código de Comercio. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

⁶⁴ GIRALDO, Carlos. La agencia comercial en el derecho colombiano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes. No. 47. Junio de 2012. Pág. 22.

⁶⁵ CARDENAS, Juan. *Op. Cit.*, Pág. 20 y 21: “Que se actúe por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso el agenciado, las utilidades del negocio. Esto no quiere decir que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia implica que asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello, si no se perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción, sin obtener utilidad”. (Subrayado fuera del texto original).

⁶⁶ Artículo 1324. Código de Comercio. 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. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de septiembre de 2019, indica que “llámese comisión, utilidad o regalía, la retribución puede revestir distintas modalidades. Lo importante es que tenga el alcance de remunerar las actividades que el agente realiza por cuenta y a nombre de un empresario, bien mediante el pago de una cantidad fija o variable, ora representada en un porcentaje de las utilidades o regalías del negocio, ya combinando una u otra forma”.

Por último, se encuentra la “indemnización equitativa” del inciso segundo de la norma referida, la cual se genera en el evento en el que el empresario o agenciado decide terminar el contrato de manera unilateral y sin mediar causa alguna, o cuando el agente sea quien ejerza la potestad de terminación por causa imputable al empresario⁶⁷.

- Actuación por cuenta del empresario. Esta figura contractual trae aparejada la actuación **por cuenta de otro** como un requisito *sine qua non*, propio de los contratos de intermediación comercial, lo cual comporta que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el agente se trasladen al empresario⁶⁸. Oportuno resulta señalar entonces que, al ser la agencia una modalidad de mandato comercial, aquella puede tener o no implícita la representación⁶⁹.

1.4. Influencia de la suscripción del TLC entre Colombia y Estados Unidos frente al contrato de agencia comercial.

La economía colombiana y la de los países en vías de desarrollo ha requerido como pilar fundante del progreso y necesario relacionamiento con otras naciones, la internacionalización y la apertura económica, entendida como aquel proceso que sigue toda nación para permitir un comercio más versátil y fluido a través de la eliminación o morigeración de barreras del mercado que no se acompañen con dicha finalidad y con una estructura de libre economía de mercado⁷⁰.

Entre otras, dicho proceso involucra insospechada pero naturalmente, una serie de implicaciones en diversos ámbitos a nivel económico, político y social que resultan relevantes en cuanto a su aplicación se refiere. En efecto, la razón de ser de dicho tipo de medidas radica en la búsqueda de las naciones de combatir y disminuir la pobreza a través del crecimiento económico, el incentivo

⁶⁷ (...) Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin que exista causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, 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.

⁶⁸ BONIVENTO, José. Contratos mercantiles de intermediación. *Ibidem*. Pág. 150. (...) *El Código de Comercio tipificó la agencia comercial como una modalidad – al lado de la comisión y la preposición – del contrato de mandato mercantil, a la luz del cual, con presencia de los elementos propios de la modalidad específica en cuestión (encargo de promover o explotar, independencia y estabilidad), es imprescindible la actuación del intermediario – agente en este caso – por cuenta de quien realiza el encargo – agenciado, en nuestra hipótesis –, de modo que se debe concluir que estamos ante un elemento que sí es de la esencia de la forma contractual sub-examine. Por fuera de esa consideración, la relación contractual vinculada a actividades de intermediación en el campo de la fabricación y distribución de bienes de un empresario, no podrá calificarse con el rótulo de la agencia comercial y deberá analizarse, bien como otra forma contractual típica (suministro con distribución, por ejemplo), ora como una modalidad contractual atípica, no por ello desprovista, así sea con contenido diferente, de reconocimiento legal”.*

⁶⁹ BONIVENTO, José. Contratos mercantiles de intermediación. *Ibidem*. Pág. 150.: La doctrina mayoritaria ha concluido que, en el caso de la agencia, no es de su esencia la representación o lo que equivale a obrar en nombre de otro, pues el hecho de que el agente obre por cuenta del empresario no implica que deba hacerlo también en su nombre, siguiendo las reglas generales del mandato.

⁷⁰ CHAPARRO, Catalina y otro. Las relaciones económicas internacionales en los países en vías de desarrollo: el caso colombiano. En: Revista Con-texto. Universidad Externado de Colombia. No. 44. Diciembre de 2015. Págs. 96 a 99.

de inversión extranjera y el fomento de empleo que dicha expansión en la economía global, lo que se supone, empieza a generar⁷¹.

No obstante, es imprescindible referir aquellas vicisitudes que la apertura y el relacionamiento con otros estados puede generar en conceptos tan sensibles y arraigados a nuestra misma existencia en un orden estatal como lo es respecto de la soberanía⁷², pues los planteamientos de una negociación entre estados pueden generar modificaciones de situaciones instituidas y consolidadas, pero que deben ceder en virtud de los intereses que se disponen en un arreglo interestatal.

Vale la pena advertir que los TLC han sido instrumentos internacionales de negociación utilizados por países como Estados Unidos para regular relaciones con estados de otros hemisferios, como respuesta a una necesidad de prever el abastecimiento y la satisfacción de necesidades que dicho estado no está en la capacidad de propenderse, bien sea por razones geopolíticas o geoeconómicas⁷³. En América Latina, la introducción de acuerdos de libre comercio ha sido un fenómeno económico visible y discutido en los últimos años⁷⁴, como es el caso de Perú, Ecuador y Colombia, naciones andinas que iniciaron negociaciones con Estados Unidos y que pretendieron emprender un proceso de negociación de manera conjunta para aunar esfuerzos y tratar de unificar las preocupaciones comunes de cada nación para que se vieran reflejadas en el texto final de los acuerdos, sin embargo, por disertaciones entre todas las naciones, las rondas finales tuvieron que desarrollarse individualmente⁷⁵.

⁷¹ BOTERO, Juan. Generalidades del tratado de libre comercio con Estados Unidos. En: El TLC y el Derecho de la Distribución Comercial. Universidad Externado de Colombia, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, Primera edición: 2006. Págs. 223 a 226.

⁷² SANTOFIMIO, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2003, tercera edición. Págs. 394 y 395. “(...) Sin embargo, mientras la revolución americana proclamaba el principio de la soberanía popular, la francesa, influida principalmente por la concepción dominante de MONTESQUIEU, acuñaba el de la soberanía nacional, en donde el ejercicio del poder recaía en el cuerpo ficticio y abstracto de la nación, caracterizado por su universalidad e impersonalidad, que comprendía igualmente al pueblo. En el caso colombiano, durante la vigencia de la Constitución de 1886 se predicaba el ejercicio de la soberanía nacional. El texto de 1991 asume directamente el de la soberanía popular como fuente suprema de la totalidad del poder, así sea el producto del ejercicio directo o indirecto por parte del pueblo. El pueblo, a partir de esta consagración del artículo 3° constitucional, se convierte en protagonista decisorio de los destinos estatales al poseer en su conjunto una serie de prerrogativas que lo introducen realmente en la Constitución y ejercicio de las funciones públicas. (...)”.

⁷³ TOLE, José. Los TLC de Estados Unidos con países latinoamericanos: un modelo de integración económica “superficial” para el continente americano. En: Revista Derecho del Estado. No. 30, agosto de 2013. Universidad Externado de Colombia. Pág. 253. “El modelo estadounidense trazó unos objetivos claros para la futura integración (superficial o shallow integration) con el continente: regular y profundizar en la liberación comercial, y los denominados “temas nuevos”, sin considerar de ninguna manera una unión aduanera que exigiría abandonar una política comercial independiente”. Es por ello que, son diversos los temas que se tocan al interior de un instrumento negocial entre estados de este talante como lo son los TLC, pues en nuestro caso particular, hay acuerdos que van desde la regulación agropecuaria, hasta modalidades de explotación de los bienes intangibles y de propiedad intelectual, tales como los medicamentos y productos relacionados con la salud, bajo la talanquera de una apertura del mercado y una libre circulación de productos en beneficio de ambas naciones.

⁷⁴ Tole, José. Op. Cit., Pág 258. La caída de la Unión Soviética, la proliferación de los ideales neoliberales y el impulso de una libre circulación de bienes y servicios generó que Estados Unidos creara un interés en abarcar mercados latinoamericanos y expandiera la onda de regulación directa con otros países, tal y como lo había hecho previamente con Canadá (ALCCEU) y con América del Norte (TLCAN), evitando de alguna manera que el mercado de estas latitudes fuera tomado por las economías emergentes de Europa.

⁷⁵ BOTERO, Juan. Ibídem. Pág. 228.

La fase de negociación entre Colombia y Estados Unidos se inició en el año 2004 y tras catorce rondas en donde se discutieron muchos de los puntos y de las exigencias del acuerdo, se llegó a su planteamiento final el 27 de febrero de 2006, quedando ratificado a través de la ley 1143 de 2007 llamada “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, junto con las enmiendas y cartas de entendimiento suscritas en Washington el 22 de noviembre de 2006. Sin embargo, el texto final no tuvo la misma suerte de aprobación en Estados Unidos, pues por hechos noticiosos a los que se tuvo acceso desde ese entonces, el partido demócrata de los Estados Unidos no se encontraba de acuerdo con algunos de los postulados constitutivos del acuerdo final y entonces, retrasó su aprobación y por ende su vigencia. Finalmente, el texto es aprobado el 12 de octubre de 2011 y entra en vigor el 15 de mayo de 2012⁷⁶.

A pesar de la simplicidad con la que se puede leer el proceso que se surtió en el estudio del Tratado de Libre Comercio ratificado por Colombia y Estados Unidos, bajo un entramado de dificultades y contraposiciones sobre algunos temas más sensibles que otros, dable es señalar todos aquellos puntos que se tornan relevantes para el estudio del contrato de agencia comercial y los cuales, no fueron ajenos a las discusiones y contrariedades propias de un proceso de debate y de compenetración con una economía completamente distinta, que evoca ante todo, un proceso innovador para el mercado nacional.

En las rondas de negociación, se suscitó la necesidad de efectuar a nivel interno colombiano, una serie de modificaciones a la normatividad reguladora del Código de Comercio en cuanto al contrato de agencia comercial se refiere⁷⁷, particularmente a lo prescrito en el inciso primero y segundo del artículo 1324 referente a la remuneración del agente comercial, debido a que a juicio de Estados Unidos, las prestaciones económicas allí contenidas generaban obstáculos para el uso de dicho contrato en perjuicio de un empresario norteamericano, pues hacía gravosa la contratación de un agente al exigírsele el pago de la llamada cesantía comercial y de la indemnización equitativa estipuladas en el artículo 1324 del Código de Comercio⁷⁸.

⁷⁶ TOLE, José, *Ibidem*. Págs. 290 y 291.

⁷⁷ HURTADO, José. La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolución del alcance del concepto de orden público. La mal llamada “cesantía comercial”. En *Revista Dikaion*. Universidad de la Sabana. Vol 21, No. 1 (2012). Pág. 259, 260.

⁷⁸ LÓPEZ, Adriana. El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos. En *Revista e-mercatoria*. Vol. 10, No. 1, 2011. Universidad Externado de Colombia. Págs 41 y ss. “a. *Eliminar la prestación comercial del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio: Esta solicitud fue hecha con base en la percepción del equipo norteamericano de la que prestación era una fórmula estatutaria, esto es, impuesta por la ley, que no respondía necesariamente a la realidad de la relación comercial y que resultaba incierta y costosa para el empresario. (...) en ese momento veía viable la aplicación de una prestación que remunerara en forma adicional a la comisión los esfuerzos del agente, solo si su aplicación respondía a la voluntad de las partes del contrato de agencia, quienes estaban en libertad de fijar una prestación con base en la fórmula que éstas consideraran justa.*

b. *Modificar el inciso 2 del Art. 1324 del Código de Comercio para hacer que del monto correspondiente a la indemnización equitativa se descuenta el valor equivalente a lo recibido por el agente a título de comisiones: el equipo negociador norteamericano anotó que la llamada indemnización equitativa no era en realidad una indemnización, puesto que no buscaba reparar o indemnizar un daño causado, sino que estaba llamada a aplicarse como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, línea de productos o los servicios objeto del contrato, teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. En ese orden de ideas, la llamada indemnización equitativa debía descontarse del valor equivalente a lo recibido por el agente comercial a título de comisiones. Posteriormente solicitaron que si un contrato de agencia terminaba sin justa*

Así mismo, el análisis del comité negociador de Estados Unidos se pronunció sobre lo dispuesto en el artículo 1318, en lo que atañe a la presunción de exclusividad en favor del agente⁷⁹, pues se solicitó que no se concibiera que el contrato fuese exclusivo salvo pacto expreso en contrario, toda vez que para el empresario dicha estipulación sería desfavorable por no poder valerse de otros agentes que engrandezcan su figura y presencia en la zona prefijada⁸⁰.

Frente a tales requerimientos durante la ronda de negociación, las partes acordaron en el Anexo 11-E que Colombia, a través del poder legislativo⁸¹, procedería a efectuar las modificaciones en la normatividad pertinente con el fin de eliminar la prestación económica del inciso primero del artículo 1324, modificar el inciso segundo de la misma disposición para entender que la indemnización se ceñiría a los referentes básicos de la responsabilidad civil como lo son el daño emergente y lucro cesante, con la aclaración de que Colombia no incidiría en los contratos de agencia previamente celebrados bajo los términos de la ley comercial, habida cuenta de la protección de los derechos adquiridos y su importancia en el tráfico jurídico⁸², lo que quiere decir que los contratos celebrados previo a la entrada en vigencia del tratado de libre comercio, esto es mayo de 2012, se mantendrían en los términos convenidos por las partes y bajo el imperio de la ley que hasta la fecha, aun rige el contrato de agencia comercial⁸³.

causa, la indemnización por dicha terminación injusta se determinara por los principios generales del derecho contractual, esto es, con base en el daño emergente y el lucro cesante; y no fuera calculada como una retribución a los esfuerzos del agente, los cuales eran retribuidos por la comisión.

⁷⁹ RINCÓN, Erick y otros. El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007. Pág. 266.

⁸⁰ LÓPEZ, Adriana. *Op. Cit.*, “c. No exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario: esta solicitud fue motivada con base en la norma consagrada en el artículo 1318 del Código de Comercio, la cual establece que salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. El equipo negociador norteamericano mostró su desacuerdo con esta norma por tratarse de una “presunción” de exclusividad dentro de los contratos de agencia comercial, motivo por el cual sugirieron la no exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario. Para el equipo de Estados Unidos, una presunción de exclusividad a favor del agente obstaculiza el comercio, perjudicando tanto al agente como al empresario. La existencia de la exclusividad dentro del contrato de agencia, perjudicaría al empresario pues limitaría su posibilidad de servirse de varios agentes en una misma zona y ramo de actividades o productos, al igual que perjudicaría a los agentes como grupo, pues se restringiría y disminuiría el número de agentes que pudieran actuar en una misma zona, para el mismo ramo de actividades o productos”.

⁸¹ En el literal a del numeral 1 y del literal a del numeral 2 del Anexo 11-E, se concluyó que las partes se comprometían a modificar y/o derogar las normas que hicieran referencia al pago de sumas diferentes a la remuneración principal. Si llegase a existir dicho pago extra, debía obedecer a mera liberalidad de las partes, pero no a imposiciones de ley.

⁸² Constitución Política de Colombia. Artículo 58: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social” (...).

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 1974. MP. Eustorgio Sarria: “La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Tal noción se relaciona de modo íntimo con el problema de la retroactividad de la ley. Por “derecho adquirido” ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona, natural o jurídica, que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad están garantizadas, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción. Ajusta mejor con la técnica denominar “situación jurídica concreta o subjetiva”, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y “situación jurídica abstracta u objetiva” a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto

Como consecuencia de dichos compromisos, Colombia ha realizado un intento legislativo, del que se tiene noticia, para reformar la normativa del contrato de agencia comercial, sin que a la fecha se haya consolidado un cambio en el Código de Comercio, toda vez que las disposiciones del artículo 1318 y 1324, que fueron atacadas durante el proceso de negociación, se mantienen incólumes en el ordenamiento jurídico colombiano⁸⁴.

2. LA CESANTÍA COMERCIAL: UNA DISCUSIÓN DE ANTAÑO.

2.1. Alcance de la figura y aproximación a la problemática de su reconocimiento como prestación económica.

Ya se ha hecho referencia en líneas generales a las prestaciones económicas derivadas del contrato de agencia como uno de los elementos que componen dicho esquema negocial, teniendo en cuenta su característica de onerosidad y bilateralidad objetiva desde el punto de vista sinalagmático.

Pues bien, cabe recordar que la prestación que se analiza en este aparte, también llamada compensación por clientela, prestación retributiva, entre otras denominaciones, a la terminación del contrato, independientemente de la causa que origine dicho rompimiento, concede en favor del agente el 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 menor⁸⁵, tal como lo dispone el artículo 1324 del Código de Comercio.

legal que la crea ha jugado ya jurídicamente su papel en favor o en contra de una persona, en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 242 de 2009. Expediente D-7388. MP. Mauricio Gonzáles Cuervo. “*Los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, que, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respaldado frente a las leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento”.* En igual sentido, la sentencia C 168 de 1995 emitida por el MP. Carlos Gaviria Díaz de la Corte Constitucional.

⁸⁴ Una vez revisada la página web del Senado de la Republica, se puede avizorar la existencia de un único proyecto de ley que ha cursado en dicha instancia dentro del periodo de legislatura comprendido entre 2012-2013(<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2012-2013/articulo/256-por-medio-del-cual-se-regula-la-agencia-comercial-de-bienes.>).

Dicho proyecto fue radicado el 21 de septiembre de 2012 bajo el número 146 por Alfredo Deluque, Representante a la Cámara por La Guajira, pero fue archivado por falta de conciliación. El contenido del mencionado proyecto se constituye así: El artículo 1: hace referencia al ámbito del proyecto de ley, en ella se establece que en los contratos de agencia comercial de bienes estarán sujetos a las disposiciones de esta iniciativa y en lo no previsto se aplicará lo dispuesto en el Código de Comercio, en materia de agencia comercial. En el artículo 2, se establece la naturaleza de la iniciativa, toda vez que se trata de un contrato de agencia comercial de bienes cuando de la naturaleza el objeto contractual se determine que la prestación principal es la promoción, explotación, fabricación o distribución de bienes. En el artículo 3, en cuanto a la terminación del contrato de agencia comercial, se dispone que permite por las mismas causas del mandato, y en materia de responsabilidad e indemnización de perjuicios se aplicarán las reglas generales. En el artículo 4 se establece la vigencia.

⁸⁵ VALLEJO, Felipe. *Ibídem*. Pág. 87: “*La prestación contemplada en el inciso primero del artículo 1324, tal como está definida en el texto, es una retribución supe*

Válida es una acotación previa al estudio de la figura de la cesantía comercial dentro de nuestro ordenamiento, relacionada con el origen histórico que algunos atribuyen a la consolidación de dicha prestación, particularmente en aquellas legislaciones en las cuales se regula el contrato de agencia comercial⁸⁶. El origen de esta prestación económica lo han atribuido ciertos autores a la ley francesa de junio 18 de 1937, la cual, al regular la situación jurídica de los agentes representantes de casas comerciales, estableció a su favor la denominada “prestación por clientela” que fue regulada posteriormente por la jurisprudencia de dicha corriente doctrinal⁸⁷.

Ripert determinó las características de tal prestación así: *“su establecimiento se justificó en el hecho de que los representantes de comercio creaban o desarrollaban una clientela en provecho de la casa que representaban, sin obtener beneficio alguno de ello, por lo cual mediante la citada ley se buscó el que obtuvieran una compensación a la finalización del contrato; el valor de la prestación se calcula considerando simplemente la clientela constituida y desarrollada por el representante”*⁸⁸

Así mismo, hay conceptos que adjudican el auge de dicho concepto económico al código civil italiano de 1942⁸⁹, debido a que *“el contrato de agencia que sea por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse, siempre que dé preaviso de ello a la otra, dentro del término establecido en los usos, o bien aun sin preaviso, siempre que se abone a la otra parte una indemnización proporcional”*⁹⁰.

mentaria (diferida) establecida a cargo del empresario y en favor del agente comercial. La ley consagra el derecho a esta prestación en forma automática y sin calificarla siquiera. Siendo ella procedente en todo caso de terminación del contrato, medie o no culpa del empresario, se ha dicho que reviste naturaleza de retribución extraordinaria o pago diferido instituido por la ley”.

⁸⁶ CÁRDENAS, Juan. Op. Cit., Pág. 105 y 106: *“En la mayoría de los países en donde se ha regulado positivamente esta figura, se establece una contraprestación especial para el agente a la terminación del contrato, pero su naturaleza es discutida. Así, se dice que tiene un carácter de previsión social, que es una remuneración diferida; una indemnización o, en fin, una retribución por un aporte económico que realiza el agente. De otra parte., los supuestos de hecho por los cuales se causa esta contraprestación varían de país a país. En algunos se la prevé para todos los casos de terminación del contrato, sin importar la causa; en otros, se limita al caso en que el contrato que se extingue es a término indefinido (...) También las bases sobre las cuales se calcula esta prestación son variadas; sin embargo, la orientación predominante es no señalar una suma fija, sino determinar en cada caso el valor de la prestación, según las circunstancias peculiares de la agencia”*.

⁸⁷ ROMERO, Francisco. La cesantía comercial en la agencia mercantil. En Revistas Jurídicas CUC. No. 6, septiembre de 2010. Barranquilla. Pág: 69.

⁸⁸ RIPERT, Georges. Traite elemetaire de droit comercial. Ed. Francesa, Paris, 1947, p 832. Citada por Juan Sehlesinger Vélez (1982). El contrato de agencia mercantil. Tesis Doctoral p. 155 Bogotá. Citado por Francisco Romero Barraza. La cesantía comercial en la agencia mercantil. En Revistas Jurídicas CUC. No. 6, septiembre de 2010. Barranquilla. Pág: 69.

⁸⁹ Artículo 1751 del Código italiano: *“(...) si el contrato por tiempo indeterminado se resuelve por hecho no imputable al agente, el proponente está obligado a abonarle una indemnización proporcional al monto de las remuneraciones que se le han liquidado en el curso del contrato y en la medida establecida por las normas corporativas, por los usos, o en su defecto por el juez, según equidad. De tal indemnización debe de traerse todo aquello a lo que el agente tiene derecho a obtener por efecto de previsión voluntariamente realizado por el proponente. La indemnización se debe también si la relación de agencia se ha resuelto por invalidez permanente y total del agente. En caso de muerte del agente la indemnización corresponde a los herederos”*.

⁹⁰ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. Buenos Aires. Pág. 62.

De manera que, quienes se amparan en este origen, mantienen que bajo ciertas premisas⁹¹, la legislación italiana notó la importancia de reconocer que las labores del agente comercial iban encaminadas más allá de lo que usualmente se había creído, pues el favorecimiento al empresario es de tal magnitud, que su importe hacía merecedor al agente de una retribución que en términos disímiles a los hoy acuñados, denominaron “indemnización”, término que ha generado un sin número de críticas en los sectores que no consienten que en el derecho italiano se encuentre el origen de tan discutida prestación, pues advierten que la precisión terminológica con la que se habla en el derecho italiano de “indemnización” basta para entender que nada tiene que ver con una prestación retributiva, por la función diferente que de cada una se desprende⁹².

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido pacíficas en la aceptación de la cesantía comercial como una prestación económica inherente al contrato de agencia comercial⁹³, toda vez que en las diferentes etapas históricas del derecho comercial, el contexto social en el que se ve inmersa la práctica mercantil ha sufrido cambios y mutaciones. Una primera opinión afirma que, en principio, dicha prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio es un reconocimiento fehaciente e inherente para el agente por sus gestiones de creación de clientela en favor del empresario y que por tal razón, resulta imposible que las partes, por pacto entre sí, modifiquen o desconozcan la disposición legal en comento⁹⁴.

⁹¹ SEHLESINGER, Juan. El contrato de agencia mercantil. Tesis Doctoral p. 155 Bogotá. Citado por Francisco Romero Barraza. La cesantía comercial en la agencia mercantil. En Revistas Jurídicas CUC. No. 6, septiembre de 2010. Barranquilla. Pág: 70: “*“característica compensatoria del enriquecimiento sin causa que favorecía al empresario a la terminación del contrato, en razón a la clientela conseguida y mantenía por agente, y el crédito que este lograba para los productos del empresario; protectora de la situación de las partes en los eventos de terminación del contrato, mediante el establecimiento de un pre aviso, o en su defecto, de una indemnización equivalente; equitativa por dos razones: a) al establecer que el valor de la indemnización debía calcularse con base en la clientela y volumen de negocios logrados por el agente, y en su defecto de poder determinar la magnitud de dicha gestión, mediante su fijación por el juez, peritos o, en último caso, por los usos y costumbres comerciales. b) Al no otorgar al agente derecho a la indemnización en el caso que el contrato terminara por culpa suya o por fuerza mayor”*”.

⁹² ARRUBLA, Jaime. Contratos atípicos. *Ibidem*. Pág. 240: “*Algunos comentaristas partidarios de la tesis de la irrenunciabilidad acuden al Código italiano para justificar su intransigencia. Resulta que el Código italiano no trae norma similar a la del inciso primero que hemos venido comentando (...) Es claro que la norma italiana consagra una verdadera indemnización y no una prestación adicional como la nuestra, y tal remisión al derecho comparado tampoco puede ser base para influir en el criterio interpretativo en Colombia. Es evidente que en muchos aspectos se siguió de cerca la legislación italiana, pero también es cierto que este punto no fue uno de ellos”*”.

⁹³ En palabras de VALLEJO, Felipe, *ibidem*. Pág, 86, no existe a su juicio, un artículo más impreciso y confuso que el artículo 1324 del Código de Comercio colombiano, pues dilucida que el legislador quiso incluir unas prestaciones económicas que, a la final, pareciesen tener la misma función. Conclusión a la que arriba cuando analiza la cesantía comercial y la indemnización, contenidas en la norma referida. “*El legislador, inicialmente pensó, seguramente, en reconocer al agente dos cosas bien distintas: i) una retribución extraordinaria (prestación) pagadera al término del contrato y ii) la indemnización ordinaria de perjuicios cuando su contrato fuera revocado sin justa causa. En relación con la primera, es decir con la prestación, existían dos soluciones (alternativas) para determinar su importe: a) la prestación podía liquidarse de antemano y directamente gracias a una fórmula prevista en la ley; o b) ella debía ser estimada por peritos con base en los criterios fijados en la propia ley según las concretas circunstancias del caso. Pero resulta que el legislador (o sus muchas manos) en lugar de escoger una de estas soluciones y desechar la otra, adoptó ambas soluciones. Incorporó la primera con el nombre de prestación, conocida vulgarmente como cesantía comercial, acompañada de una fórmula aritmética para determinarla. E incorporó la segunda en la forma de una indemnización de carácter retributivo de los esfuerzos desplegados por el agente para acreditar el producto, el servicio o la marca del empresario, refiriendo su tasación a peritos”*”.

⁹⁴ Dentro de quienes consideran que el reconocimiento de la cesantía comercial o compensación por clientela es inherente al contrato de agencia comercial se encuentran los siguientes autores: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Álvaro Pérez, entre otros.

En opinión disímil, hay quienes consideran que dicha prestación es una retribución que puede ser renunciada por las partes en ejercicio de su autonomía privada. La tesis tiene fundamento en razón a que tal prestación no se acompasa con la realidad de la ejecución contractual en el mercado y porque su justificación, esto es la creación de clientela en favor del empresario, ya se encuentra reconocida en debida forma a través de la remuneración principal o general pactada entre las partes, entendida como la comisión, regalía o utilidad⁹⁵.

Así las cosas, ante las distintas posiciones que hay sobre el particular, la problemática que se ha creado bajo la existencia de la cesantía comercial en el ordenamiento jurídico, radica en determinar si en efecto las partes pueden prescindir de ella dentro del texto negocial o, si por el contrario, a pesar de no estipularse, la misma se entiende incorporada dentro del negocio celebrado en los términos del artículo 1324 del Código de Comercio, sin perder de vista la discusión que se ha suscitado respecto del tipo de norma mencionada en cuanto a su imperatividad o función meramente supletiva.

Esta discusión, como se vio en el acápite anterior, no fue ajena a las negociaciones que Colombia sostuvo con Estados Unidos en el marco del TLC, escenario que sirvió para, nuevamente, remover con mayor ímpetu toda la discusión sobre el particular y que de antaño, ha generado inmensas discusiones en el ordenamiento jurídico colombiano que a la postre, no ha brindado una solución satisfactoria para los sectores en pugna, pues a pesar de los intentos jurisprudenciales de marcar un hito en el tema y zanjar la problemática, mayor ha sido el revuelo generado en los sectores académicos y prácticos por la posible insuficiencia con la que se ha tratado de soslayar la aplicación de una norma que sigue viva dentro del ordenamiento jurídico y que no deja de ser controversial en el día a día de la economía nacional.

2.2. La cesantía comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. Perspectiva de existencia desde los elementos del negocio. Posiciones jurisprudenciales.

Desde la teoría general del negocio jurídico⁹⁶, se ha establecido que, dentro de su tipología más frecuente, esto es el contrato, convergen los elementos que lo conforman y los cuales, dotan de contenido el negocio del que se trate⁹⁷, con el fin de obtener la finalidad perseguida al usar una

⁹⁵ Quienes contradicen el reconocimiento y pago de la cesantía comercial se encuentran: Arrubla Jaime, Cardozo Hernando, entre otros.

⁹⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Vol II. *Op. Cit.*, Pág. 113: “*creación cultural con una función determinada, ha de indagarse sobre su materialidad y su esencia, y en cuanto objeto de una disciplina normativa amplia y precisa, es natural observarlo de entrada como un supuesto de hecho, o dicho en otros términos, como el conjunto de factores o elementos cuya presencia previene el ordenamiento o la norma específica, para la producción de los efectos correspondientes*”.

⁹⁷ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Vol II. *Op. Cit.*, Pág. 113: “*el contenido es la materialización del acto dispositivo, su esencia misma, el tenor de sus cláusulas, el significado del comportamiento, en fin, la proyección del negocio en cuanto conducta reguladora de intereses: la trama de disposiciones del reglamento negocial, es una palabra, “todo aquello que está dicho o escrito en el contrato. (...) El contenido así entendido, tiene dos facetas o, mejor, puede ser considerado desde dos aspectos: uno estructural, otro funcional. Al escoger una determinada figura se está identificando un propósito, a la vez que unos resultados, correspondientes a este, lo cual a su turno implica un contenido estructural, que determina el cumplimiento de la función negocial.*”.

BIANCA Massimo. *Op. Cit.*, Págs. 338 y 339: “*En definitiva, el contenido hace concreto el acto de autonomía privada, esto es, el autorreglamento de las partes; el contenido del contrato, por lo mismo, se debe diferenciar de las*

figura reconocida en la ley o creada a partir de la voluntad de las partes. Es por ello que, se habla de los elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio⁹⁸, como los derroteros para la composición negocial y que marcan la existencia, validez y eficacia de cada negocio.

Ante tal tripartición de los elementos del contrato, históricamente se ha tratado de ubicar doctrinal y jurisprudencialmente a la cesantía comercial como prestación problemática y generadora de arduas discusiones en diferentes ámbitos de los estudiosos del derecho comercial. Pues bien, imperioso resulta hacer una breve referencia al contexto originario de la figura en el derecho colombiano, a partir de la expedición del Código de Comercio de 1971 y de sus proyectos de estructuración en donde se encuentra, a juicio de muchos, la explicación circunstancial y existencial de la cesantía comercial.

En el proyecto de 1958, se plasmó el reconocimiento al agente de una indemnización a la terminación del contrato, tasada por peritos, con el fin de evitar los abusos de los empresarios en cuanto el ejercicio unilateral y abusivo de la terminación intempestiva de los contratos de agencia, así como la disuasión de un enriquecimiento sin justa causa del empresario como secuela del “good will” adquirido por la acreditación de la marca con base en las actividades desarrolladas por el agente⁹⁹.

Posteriormente, el proyecto de ley de 1967 planteó la consagración de una remuneración adicional tal y como se concibe hoy en día; incluso en la manera de liquidar el valor, con la finalidad de retribuir el trabajo y el esfuerzo empleado por ese agente del comercio, en virtud al beneficio creado en pro del empresario, materializado en la acreditación de sus productos, mayor reconocimiento y ampliación de clientela, beneplácitos todos obtenidos a expensas de las actividades del agente. De allí que se concluya que el espíritu de tal proyecto era el de proteger a un gremio en particular para evitar que los empresarios nacionales y/o extranjeros se dieran a la tarea de terminar los contratos de agencia sin más ni más, una vez el agente hubiese hecho una importante labor, ya fuera con el fin de controlar de manera directa el mercado o por medio de un agente diferente y bajo disímiles términos de negociación respecto de aquel que empleó todo su esfuerzo en mantener un mercado en su favor¹⁰⁰.

determinaciones legales que concurren a integrar la relación contractual. (...) El contenido del contrato comprende lo que las partes establecen con miras, bien a los resultados materiales, bien a los efectos jurídicos”.

⁹⁸ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Vol II. *Op. Cit.*, pág. 120, citando a Pothier: “Lo natural es lo que pertenece a la figura de suyo, según el ordenamiento, esto es, por disposición consuetudinaria o precepto legal salva estipulación en contrario o diferente. Los naturalia, en contraste con los essentialia, fueron vistos por el voluntarismo como expresión de una voluntad presunta del sujeto o los sujetos negociales (normas supletorias), y en todo caso, dado que los particulares pueden modificar esas reglas de normatividad dispositiva, se sostuvo que “el legislador no hace más que proponer a los contratantes un modelo de reglamentación, que son libres de sustituir dicha reglamentación legal con una contractual, que para el juez tendrá la misma autoridad de la ley, sin que pueda sustituir la disposición particular con la contenida en una norma supletoria. Lo accidental es lo específico de la disposición en concreto, que, necesaria y obviamente, ha de prevalecer como contenido propio”.

⁹⁹ NARVÁEZ, José. *Op. Cit.*, Pág. 283. En complemento de este asunto, CARDENAS, Juan. *Op. Cit.*, indica que se gestaron posiciones que para explicar la existencia de la prestación llamada cesantía, aducían que se creaba entre agente y empresario un contrato de sociedad en donde el agente participaba poniendo la clientela. Sin embargo, esta posición no trascendió debido a que no puede comprenderse que exista entre empresario y agente un *animus societatis* indispensable en un contrato de sociedad y además, el empresario tiene prerrogativas frente al agente, pero de ninguna manera, equiparables a las que tiene un socio dentro de una sociedad comercial.

¹⁰⁰ NAVÁEZ, José. *Op. Cit.*, Pág. 284: “En la exposición de motivos del mismo se arguía que la suma adicional a la remuneración pactada, buscaba recompensar el trabajo y habilidad de este auxiliar, puesto que el empresario veía

La prestación económica de la que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, de talante retributivo, se consagró entonces, en su inicio, como una respuesta a las preocupaciones que para la época eran imposibles de obviar en tanto que, había una conducta reiterada de los empresarios, principalmente extranjeros, de revocar los encargos conferidos a través del contrato de agencia, perjudicando en gran medida a los agentes colombianos que, empleando toda su fuerza y disposición, habían logrado para esos empresarios beneficios cuantiosos y sobre todo, reconocimiento y posicionamiento en el mercado¹⁰¹.

Con base en dicha concepción, se ha considerado por parte de una corriente doctrinal que dicha prestación es susceptible de renuncia por acuerdo entre las partes, teniendo en cuenta que su naturaleza regula un aspecto eminentemente patrimonial del contrato de agencia, que solo le incumbe a quienes acuden a su celebración y no a la comunidad en general. Esta postura comunica el tema de manera indefectible con la concepción de orden público y derecho cogiente¹⁰², pues sostiene que solamente son irrenunciables las prestaciones que trascienden a los intereses individuales¹⁰³ y que afectan en realidad derechos sustanciales de una comunidad, como lo sería, por ejemplo, la cesantía concebida desde la perspectiva del derecho laboral en el conglomerado de los trabajadores subordinados a un empresario empleador¹⁰⁴.

acreditados sus productos o servicios y gana siempre una clientela que aquél logra mediante su dedicación (a veces exclusiva), con la apertura de uno o varios establecimientos de comercio (almacenes, oficinas, etc.), con empleados que contrata a su servicio, con el arrendamiento de locales, con propaganda por diversos medios de comunicación, etc., todo lo cual representa un verdadero good-will que en definitiva solamente aprovecha al empresario agenciado”

¹⁰¹ CÁRDENAS Juan. Op. Cit., Página 114: “Era el caso de los grandes consorcios internacionales que, una vez acreditada su marca, terminaba el contrato, produciéndose así graves traumatismos para la economía nacional, al afectar el capital vinculado al desarrollo y eliminar fuentes de trabajo”.

¹⁰² Para la corriente doctrinal que, de consuno, estima que la cesantía comercial es renunciable por acuerdo en ese sentido entre las partes, la norma está lejos de ser de orden público y por ende imperativa, pues dicha norma no es de protección y no pretende abrazar a los agentes con un manto protector para impedir abusos, pues contrario a lo que inicialmente se concebía, el agente no es ningún sujeto de especial protección ni presenta debilidad manifiesta, pues en realidad, es una persona conocedora del comercio y par con el empresario. En este sentido: ARRUBLA Jaime en Contratos mercantiles. Contratos típicos. Decimocuarta edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. 2015; CARDOZO, Hernando en La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano. Ed. Pontificia Universidad Javerian; ESCOBAR, Sanin en Negocios Civiles y Comerciales I. Negocios de sustitución. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1985; entre otros.

BIANCA, Massimo. Op. Cit., Pág. 534 y 535. “*En general las disposiciones imperativas se aplican directamente a la relación contractual, no obstante la previsión diferente de las partes, de manera e realizar una integración imperativa del contrato. La disciplina autoritaria del contrato constituye, sin duda, una limitación a la autonomía contractual, que sin embargo se ve como constitucionalmente legítima y aun obligatoria, en cuanto se dirige a impedir que el ejercicio de la actividad económica se ponga en contraste con la utilidad social*”.

¹⁰³ CARDOZO, Hernando, Op. Cit., Pág. 58. Aduce el autor que en virtud de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil, que refieren a la posibilidad de renunciar a ciertos derechos siempre que no se desconozcan normas de orden público e imperativas, las partes de un contrato de agencia comercial pueden acordar válidamente que ese pago no se efectúe, debido a que en virtud de la autonomía privada, pueden las partes excluir dicha prestación sin que con ello se desdibujen los demás elementos del contrato de agencia comercial.

¹⁰⁴ CARDOZO, Hernando. Op. cit., pag. 59. “La remuneración del agente y del trabajador son diferentes. La del primero no tiene un contenido social al paso que la del segundo sí. No puede afirmarse que la disposición del artículo 13424 sea de naturaleza irrenunciable como las del Código Sustantivo del Trabajo, es decir de carácter social, porque a su juicio, lo que adoptó el legislador en relación con este punto de la agencia comercial fue un criterio técnico para facilitar el pago de una remuneración, o regular la indemnización, para evitar un enriquecimiento sin causa por parte del agenciado al mandato de la terminación del contrato”.

Aunado a lo anterior, se ha entendido desde esta posición que en las normas que regulan el contrato de agencia comercial no existe ninguna referencia prohibitiva que impida a las partes obviar el pago de la prestación de la cesantía comercial en favor del agente, razón que fundamenta con más asidero, a su juicio, el hecho de que se pueda renunciar al pago de tal prestación, pues el espíritu del legislador no fue el de imponer ese pago como obligatorio, sino con un carácter dispositivo entre las partes¹⁰⁵ que en virtud del ejercicio de su autonomía privada, pueden deliberada y válidamente, tomar, modificar o eliminar de tajo, elementos consignados en las disposiciones legales, pero que en nada tocan con los límites de la autonomía¹⁰⁶, pues no infringen disposiciones de orden público¹⁰⁷, especialmente aquellas categorías que han surgido sobre el particular y atendiendo al cambio de paradigma que ha sufrido el estudio de los contratos en el derecho moderno, esto es, orden público económico, de protección y de dirección¹⁰⁸, los cuales pueden incluso morigerar e intervenir en el ejercicio de la autonomía privada.

¹⁰⁵ VALLEJO, Felipe. Op. Cit. Pág 114. Indica que las normas que regulan el contrato de agencia no refieren la prohibición de excluir el pago de la cesantía comercial, por lo que se hace completamente renunciabile. Además, que no tiene nada que ver con el acatamiento del orden público, porque en realidad, lo que regula es una situación que incumbe solo a particulares contratantes y no a la comunidad. En el mismo sentido, CARDOZO, Hernando, Op. Cit., pág. 59, manifiesta que el Código, al no tener una norma que no prohíba la ausencia de pago, permite inferir que la prestación es disponible y por ende, pueden las partes pactar algo menor, igual o mayor o renunciar a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1324. Además, concluye que los contratos de agencia comercial son de libre negociación y no de adhesión, por lo que elementos de índole patrimonial son perfectamente disponibles, eliminando de tajo, algunos argumentos de tesis contrarias que sostienen la fragilidad o debilidad del agente frente al empresario.

¹⁰⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Vol I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 325 a 329: *“La vida en común presupone de por sí límites, que se tornan numerosos y estrictos en la medida en que la socialización es más amplia e intensa, las diferencias de condición de los distintos miembros sociales son mayores y más graves, y la sensibilidad ética y política se incrementa. Presentes siempre, en los tiempos modernos las restricciones de la autonomía privada se enfocan a la vez que se encauzan por las nociones de orden público y buenas costumbres, sin dejar de aludir a las normas imperativas, lo que hace más difuso el panorama, con acento variado, ondulante, cuyos orígenes y razón de ser son por cierto interesantes. La autonomía negocial, ha solido decirse, se encuentra sometida a límites, expresados de ordinario en los conceptos de orden público y buenas costumbres”*.

¹⁰⁷ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Vol I., Op. Cit. Pág. 341 a 346: *“Cuando quiera que se detiene la atención sobre el concepto de orden público surgen dificultades para determinar la noción misma y perplejidad para abarcar sus dimensiones ondulantes y expansivas. (...) Agrégase que por orden público, se entiende, sin que sea sencillo plasmar una definición precisa de él, el conjunto de normas en cuyo cumplimiento está atenta la sociedad vivamente, dado que constituye un núcleo de intereses primarios, básicos para la armonía y progresos sociales. El contenido de orden público varía, pero el molde permanece. (...) Dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que juzgan más conveniente para la comunidad entera, como se la confiere socialmente más útil en el momento y según las circunstancias. Cuál es el contenido cierto del orden público o, más concretamente, cómo establecer si una determinada conducta es lícita o indiferente, o es contraria a aquel, es algo que, cual sucede con las buenas costumbres, es impreciso, y por lo mismo incierto e inseguro”*.

¹⁰⁸ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones Vol. I. Op. Cit., Pag. 341-446. Para el autor, el orden público refiere al conjunto de normas que una comunidad considera viables y susceptibles de atención, al contemplar las vivencias básicas y generales para la convivencia social. Dicho orden público, ante la apertura multi concepto que se ha advertido, tiene diferentes manifestaciones. El orden público económico, dividido en dirección y protección, busca la planificación de la economía y estabilización de ciertas instituciones que permiten la correcta distribución y eficiente utilización de recursos. Su primera manifestación se da a través del orden público de dirección, que busca tutelar intereses individuales en razón de determinada posición económica, social, de tiempo, etc., de manera que busca la supervisión y control estatal de la autonomía privada. Otra manifestación de orden público es el de protección, el cual se trata de restricciones de la libertad en obsequio de la libertad de otros, con el fin de resguardar a una de las partes del contrato.

En consecuencia, los argumentos que definen la renunciabilidad de la cesantía comercial pueden relacionarse de manera sintetizada así¹⁰⁹:

- Ninguna norma del Código de Comercio establece de manera expresa, como sí lo hace en otras normas, que el pago de la cesantía comercial sea irrenunciable, de lo que se puede concluir que el legislador quiso que fuera renunciable.
- La libertad contractual es plena y solo se limita bajo supuestos expresamente definidos, razón por la cual, al no haber prohibición expresa de renuncia sobre el pago de la cesantía comercial, se puede prescindir del mismo. Además, lo que se regula es eminentemente patrimonial y de incumbencia individual de los contratantes.
- No puede protegerse a un comerciante que está en igualdad de condiciones a otro¹¹⁰.
- No se puede entender que, porque la ley comercial acogió una fórmula similar a la de la ley laboral para liquidar esta prestación, la cesantía comercial es de carácter irrenunciable.
- La norma no es orden público puesto que los agentes son comerciantes independientes, empresarios, casi nunca se trata de pobres, por el contrario, debido a su actividad mediadora, son comúnmente personas solventes. Tiene menores riesgos que la empresa productora, por lo general su utilidad está debidamente garantizada, no tiene grandes cargas laborales como los empresarios y por el número de trabajadores de sus empresas no presentan fuertes conflictos de carácter colectivo¹¹¹.

Ahora, en contraposición a lo dicho anteriormente, se encuentra el debate desde la posición que concibe que la cesantía comercial, como prestación económica propia del contrato de agencia comercial no es renunciable en ninguna circunstancia, aun cuando exista pacto expreso que así lo determine.

Bajo esta hipótesis, frente a la prestación o retribución por clientela, puede concebirse que su finalidad o justificación de existencia radica en la búsqueda de un reconocimiento al agente por las labores desempeñadas en la ejecución del contrato, puesto que, pese a su terminación, por cualquier razón, en todo caso el empresario continuará disfrutando de los beneficios derivados de las actividades llevadas a cabo por el agente, particularmente respecto de la clientela, pues la que se cosecha en vigencia del contrato con el agente, eventualmente y con las condiciones que del tiempo emanen, podrá postergarse y acrecentarse con el tiempo aunque la relación con el agente termine, situación que refleja la razón principal a la que puede atribuirse la prestación analizada¹¹².

¹⁰⁹ CÁRDENAS, Juan. Op. Cit., Págs. 112 a 114.

¹¹⁰ ESCOBAR, Gabriel. *Negocios Cíviles y Comerciales I. Negocios de sustitución*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1985. Pág. 440: *“la prestación del 1324 no tiene finalidad proteccionista, sino simplemente la de restablecer 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 de la otra. En el contrato de agencia la relación cubre a dos comerciantes independientes jurídica y económicamente, puesto que conservan su propia autonomía personal y tienen su organización propia. Por consiguiente, dicha prestación es renunciable por lo que acaba de decirse y por no ser la agencia esencialmente onerosa”*.

¹¹¹ ARRUBLA, Jaime. Op. Cit., Pág. 238.

¹¹² PÉREZ, Álvaro. Citado por CARDOZO Hernando. En *La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano*. Pág. 60: *“En realidad, se ha establecido aquí una retribución adicional a la comisión pactada y se ha hecho en consideración a que el agente ha efectuado una promoción o explotación de negocio en beneficio del empresario, que a la postre va a recoger. Efectivamente, en el contrato de agencia como ustedes pueden ver el agente está sujeto a las instrucciones que le dé el empresario. Además de eso tiene la obligación de promover o explotar negocios, es decir,*

Respecto del interés general e individual que se discute frente al reconocimiento o no del pago de la cesantía comercial, en la consciencia de esta corriente, el desconocimiento de la prestación sí irrumpe en el contexto general de la economía y del sector de los agentes, pues en la cotidianidad del contrato, si se entiende que la prestación es renunciable, la totalidad de los empresarios optarían por desconocerla y la norma devendría en derecho vigente pero no vivo¹¹³.

De igual manera que con la posición doctrinal anterior, a continuación, se esbozan de manera general los argumentos que la doctrina favorecedora de la cesantía comercial ha puesto sobre la mesa para argumentar que la mencionada prestación no es renunciable¹¹⁴:

- El ideal de la cesantía es amparar a los agentes de las decisiones del empresario referentes a la revocación del encargo y a la terminación del contrato.
- Teniendo en cuenta *“que por el contrato de agencia se burlaba la ley laboral. la existencia de una desigualdad entre las partes, al regular el contrato se procuraba establecer un equilibrio de prestaciones, de tal manera que la actividad del agente se viera compensada con una remuneración adicional a la terminación del contrato, cuyo monto equipara la pérdida o empobrecimiento que aquel sufría frente al enriquecimiento del agenciado. De estos presupuestos y finalidades concluyen que la prestación tiene un carácter de orden público”*¹¹⁵.
- La norma es de orden público porque se tutela el gremio de los agentes, considerados como débiles frente a los empresarios que son económicamente fuertes¹¹⁶. Por la finalidad de protección, es una norma de orden público.

de conquistar, mantener o recuperar el mercado, y eso no lo hace en su propio beneficio, sino en beneficio del empresario. Se ha considerado que la sola comisión no es suficiente, entre otras cosas porque puede pactarse una comisión baja, porque la comisión puede no existir o existir en una cuantía mínima en los casos en que, la comisión depende de una serie de factores. O sea que como ya expliqué al principio, se ha previsto que el riesgo del negocio sea del agente y si el riesgo del negocio es del agente puede suceder que éste no reciba beneficios o los reciba muy pequeños, en tanto que a la postre y a pesar de ello puede el empresario recibir grandes beneficios. Y esto ocurre cuando durante la vigencia del contrato el agente lucha activamente para abrirse el mercado, para conquistarse el mercado, y no tiene éxito durante ese lapso, pero su actividad va a tener frutos futuros”.

¹¹³ GAVIRIA, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica Dike. Tercera edición, 1989. Pág. 300 a 309. Indica el autor que la renuncia a la prestación estudiada 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 eliminación contractual de las prestaciones consagradas en el artículo 1324 del Código de Comercio. Además, en palabras textuales afirma que: Pág. 307 y 308 *“A mi modo de ver, las garantías que consagra el artículo 1324 son de carácter irrenunciable, pero, ¿qué ha sucedido a este propósito con la doctrina de la Corte? Al permitir ésta una clara pero incorrecta separación entre agencia y suministro ha proporcionado que en la práctica, para no pagar tales prestaciones irrenunciables, las personas celebren contratos de suministro –distribución-encargo, en lugar de contratos de agencia comercial; (...) de continuar con esta doctrina, tendremos que asistir a la muerte real y definitiva de la agencia comercial aunque siga con vida en el código, y a la frustración de los propósitos claros del legislador, en el sentido de amparar al distribuidor con una protección legal adicional, para que la riqueza inmaterial que este crea con su labor, consistente en una clientela y en un prestigio, no pase al empresario, al terminar el contrato de agencia, sin una retribución justa y adecuada”*.

¹¹⁴ CÁRDENAS, Juan. Op. Cit, Págs. 114 a 121.

¹¹⁵ CÁRDENAS, Juan. Op. cit. Pág. 115.

¹¹⁶ PELÁEZ Eduardo. Realidad actual de la agencia mercantil. En: Revista de Derecho. Colegio de Abogados de Medellín. 1978. No. 102. Pág. 61: *“se hace evidente para mí que el artículo 1324 del Código de Comercio trata de proteger una gran clase social que por sus específicas condiciones cumple en el sistema económico general la misión*

- El Consejo de Estado (en sentencia de 22 de noviembre de 1982) indicó que la Constitución Nacional cobija no solo el trabajo desde la perspectiva laboral, sino el trabajo humano en general, lo que justifica que se otorgue dicha protección y reconocimiento especial, lo que hace que esa norma sea de orden público.
- El carácter imperativo de las normas del contrato de agencia se vislumbra a raíz del artículo 1328 del Código de Comercio que establece que “para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se entenderá por no escrita”, es decir, que solamente el mismo código es quien puede indicar en qué eventos puede pactarse en contrario, estando las normas de la prestación económica fuera de esa órbita de pacto en contrario.
- *“Es necesario concluir que en el sistema jurídico colombiano la noción de orden público no tiene un carácter excepcional, sino que es una realidad permanente. Además, que no se puede entender limitada a aquellos casos en que la norma es claramente imperativa o prohibitiva, pues comprende también aquellas normas que, sin ser expresamente imperativas, obedecen a principios de orden público. De manera que un acto puede tener objeto ilícito, no solo cuando sea contrario a una norma que refleja principios de orden público, sino también cuando sea contrario a una norma que refleja principios de orden público, e inclusive, cuando pugne con principios de orden público no contenidos en ninguna norma expresamente. Y aunque la norma propenda de manera directa a satisfacer un interés individual, si por medio de ella el legislador quiere cumplir determinado fin, de aquellos que señala la Constitución Nacional, que de otro modo no se cumpliría, la norma puede ser de orden público”*¹¹⁷.
- Si bien en el proyecto del año 58 no se establecía claramente que las normas fueran imperativas, la intención de protección y de evitar abusos se contemplaba en la exposición de motivos, pues era común en el país que las empresas agenciadas terminaran unilateralmente el contrato de agencia, para aprovecharse del mercado creado por el agente, causándole graves perjuicios.
- Hay que revisar los antecedentes del Código de Comercio. *“En 1958 “la comisión revisora trabajó sobre esta codificación y en una de sus reuniones (acta 360), el autor del proyecto de ley 27 de 1967, Aníbal Fernández de Soto, expuso ante la comisión los fundamentos y finalidades del proyecto, poniendo énfasis en su carácter imperativo. El artículo 1419 del proyecto disponía “salvo estipulación en contrario, a la expiración del término del contrato, el agente tendrá derecho a una equitativa indemnización fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca o la línea de productos o de servicios objeto del contrato”*¹¹⁸: Entonces se puede divisar que la expresión “salvo estipulación en contrario” fue retirada completamente de la norma que hoy día se conoce, lo que explica que el espíritu del legislador, en realidad, es el de mantener dicha norma con un carácter imperativo y no renunciabile.

Tal y como se advirtió en líneas anteriores, la discusión ha trasegado tanto doctrinal como jurisprudencialmente, siendo las posiciones judiciales muy importantes en este tema, al ser la

de llegar hasta el consumidor. Si ello es así, las normas que regulan esta actividad afectan directamente el orden público, en su aspecto del interés social”.

¹¹⁷ *Ibíd.* Pág. 119.

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág. 120.

fuente que, de contera, ha marcado las pautas prácticas y la vivencia de la ejecución del contrato de agencia comercial. Por lo tanto, viable resulta en este punto hacer referencia a las sentencias emitidas, principalmente, por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, como decisiones definitivas, tomadas en los recursos de casación y que resultan relevantes particularmente, en materia de cesantía comercial.

En pronunciamiento relativamente inmediato a la fecha de expedición del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, la Corte Suprema de Justicia, en fallo proferido por Germán Giraldo Zuluaga el 2 de diciembre de 1980¹¹⁹, estimó que la prestación comentada es de naturaleza irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, acotación que concatena de alguna forma con aquella doctrina que concibe que la irrenunciabilidad de la prestación es proteccionista del orden público social y económico.

Posteriormente, en una sentencia que analizó las características del contrato de agencia para diferenciarla de otros tipos contractuales como la compraventa o suministro, a través de salvamento de voto¹²⁰, se refirió que la prestación adicional creada en favor del agente se mide teniendo en cuenta lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario¹²¹, lo cual permite entrever que la posición diferente de la jurisprudencia comentada, en ese momento, vio en la cesantía comercial una prestación especial que reconoce particularmente la creación de una clientela presente y futura en favor del empresario.

En igual sentido, hay pronunciamientos que consideran que la cesantía comercial es un pago que se debe reconocer al finalizar el contrato de agencia por la disposición legal que así lo establece, pues dicha prestación, en palabras de la Corte, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento¹²². Así mismo, el alto tribunal ha esbozado un panorama muy interesante y

¹¹⁹ “Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso primero, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que, en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y que tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo jurídicamente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación”.

¹²⁰ El salvamento de voto fue propuesto por el magistrado Javier Tamayo Jaramillo.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 31 de octubre de 1995. MP: Pedro Lafont Pianetta). “ (...) pero nada impide que, además de la simple compraventa, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa, mediante remuneración adicional (que puede consistir en un precio más favorable que para los demás distribuidores) a impulsar el producto y, en general, a ser su representante o agente, y en tales circunstancias las prestaciones a que tiene derecho el agente en caso de que se termine el contrato de agencia, se medirán teniendo en cuenta únicamente lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario. (...). Desde luego, que esta prestación adicional tiene que ser pactada como un elemento diferente de la simple compraventa para revender. El impulso del producto, por sí solo tipifica el contrato de agencia. Se requiere que ese servicio sea acordado con el empresario y que sea remunerado, como una prestación diferente de la utilidad que a cualquier vendedor le dije el producto”.

¹²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 18 de marzo de 2003. MP: Jorge Santos Ballesteros: “No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de 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 fuere menos, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como si sucede con la otra obligación de

benefactor tanto para el agente como para el empresario, toda vez que, a partir del análisis de una cláusula bien particular para la época, componente del contrato de agencia analizado y referente a la cesantía comercial, las partes acordaron la posibilidad de pagar de manera anticipada y periódica dicha prestación.

Por ende, el reto para la jurisprudencia en ese momento fue estudiar la viabilidad jurídica de aceptar una estipulación de este tipo, en aras de determinar si la misma generaba una renuncia injustificada de la cesantía en perjuicio del agente. Una vez efectuado el análisis, la Corte, en un sabio y equilibrado juicio, consideró que dicha estipulación no infringe los derechos del agente y que contrario a ello, enaltece la capacidad de autorregulación de los contratantes, debido a que la prestación se reconoce, solo que de manera antelada a la finalización del contrato, sin que ello implique renuncia¹²³, pues en todo caso, la prestación económica se concibe como el reconocimiento a la materialización de un bien mercantil en favor del empresario.

En pronunciamiento más reciente, en el año 2011¹²⁴, el órgano de cierre de la jurisdicción civil, en aras de zanjar la discusión suscitada desde años atrás, y con el ánimo de dictaminar una posición unívoca sobre el particular, determinó mediante sentencia sustitutiva que la cesantía comercial como prestación económica es renunciable en cualquier instancia de la ejecución del contrato e

que trata el inciso 2, del mismo artículo 1324 del Código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso”.

¹²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2005. MP: Carlos Ignacio Jaramillo: “Efectivamente, la cláusula en cuestión alude a dos circunstancias aparentemente disímiles, pero que en realidad son complementarias dentro del contexto de la estipulación: la primera, que atañe al pago de la obligación a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio, mediante la entrega mensual al agente de la doceava parte del promedio de la comisión devengada; y la segunda, que guarda relación con la renuncia del derecho, entendido como la dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello, según la definición dada por el diccionario de la Real Academia Española, pero que no podía desligarse de aquella otra previsión liminar, en la que el agente reconocía el cumplimiento anticipado de ese deber de prestación por parte del agenciado, menos aún si, en forma expresa, la renuncia se circunscribió a la posibilidad de reclamar el pago aludido a la terminación de este contrato (...), por estarla devengando a medida que este contrato se vaya ejecutando. (...).

A la terminación del contrato el representante no tendrá derecho a percibir la doceava parte del promedio de la comisión antes mencionada, por estarla devengando a medida que este contrato se vaya ejecutando. Por eso, entonces, se habló de renuncia, no porque se quisiera inexorablemente burlar el derecho del agente, sino porque este no podía, al finalizar el negocio jurídico, reclamar el pago de una obligación ya solucionada. (...)

Empero, a ello no se opondrá que las partes, en tanto obran de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración comercial pueden acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por el deudor (empresario agenciado). Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de octubre de 2011. MP: William Namén Vargas. “La prestación que se paga a la terminación de la agencia comercial es renunciable desde la celebración del contrato. La Corte Suprema de Justicia modificó su jurisprudencia fijada desde el año 1980 respecto de la prestación que se paga al momento de terminar el contrato de agencia comercial (la llamada cesantía comercial) al establecer ahora que es un derecho de naturaleza contractual y patrimonial, que en nada compromete el orden público, y por tanto es susceptible de disposición por las partes desde la celebración del contrato o durante su ejecución, ya sea para excluirlo totalmente, limitarlo o modificarlo. Estas estipulaciones en principio se entienden lícitas y ajustadas a la buena fe y justo equilibrio de las partes, sin embargo, añade la Corte, no deben configurar ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, ni aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una de las partes”.

incluso, desde la celebración del mismo, pues nada obsta para que las partes, en la etapa de configuración negocial o en la ejecución, en virtud de la autonomía negocial, atendiendo los límites que esta impone, excluyan el reconocimiento de dicha prestación o incluso, modifiquen su monto y manera de pago (pago anticipado, compensaciones, transacciones etc.).

Dicha determinación del alto tribunal se fundamenta en que no existen razones suficientes y convincentes para considerar al agente como una parte débil de la relación contractual como antes se hacía, pues lo que se avista en la realidad de tales contratos, es que el agente es un empresario que cuenta con todas las facultades del mercado para ejecutar sus actividades con una importante posición negocial.

En esta ocasión, la Corte fue más allá y adentró el estudio alrededor del concepto de orden público, al considerarlo como un elemento mutable y variante conforme lo hace la sociedad, pues estimó la Corte que el orden público no es el mismo de hoy en día en comparación con aquél imperante en el tiempo al que se remonta la anterior visión de la Corte Suprema de Justicia frente a la irrenunciabilidad como pilar fundante del reconocimiento de la cesantía comercial; además, en sentir de la Corte, esta posibilidad de renunciar a la cesantía o a redefinir su contenido no genera desde ningún punto de vista turbación al orden público, buenas costumbres e interés general, toda vez que dichos acuerdos tienen alcance *inter partes* y solo le interesan a quienes en ellos convergen.

Finalmente, considera la Corte que la libertad contractual solo puede ser coartada mediante prohibiciones de ley que determinen la imposibilidad de pactar en contrario, lo que a su juicio no ocurre en el caso particular, debido a que no hay prohibición expresa que limite la disposición de la prestación económica contemplada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Para precisar la facultad de disposición que tienen las partes para eliminar o configurar a su acomodo el contenido de la cesantía comercial, la Corte llama la atención sobre los límites generales que enmarcan el ejercicio de la autonomía privada o negocial, que se detalla así: orden público, buenas costumbres, requisitos de validez del acto dispositivo, no abuso del derecho ni de una posición de dominio, no aprovechamiento del estado de debilidad de la contraparte, buena fe, cláusulas abusivas, etc., aspectos que pueden enrostrarse en contra del empresario en caso de desconocerlos y perjudicar al agente con el no pago de la cesantía comercial, por devenir dicho acuerdo en un manifiesto desequilibrio económico del contrato.

A pesar de la aparente claridad y determinación con que la Corte había al menos tratado de fijar una postura unánime y firme frente al pago de la cesantía comercial, en el 2017¹²⁵, mediante

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia., 9 de noviembre de 2017, Ref. SC18392 M.P. Armando Tolosa Villabona. “(...) Pero en este caso, ocupa la atención de la Corte la remuneración, prestación o “cesantía”, no de raigambre laboral; sino el derecho mercantil a favor del agente a la terminación del contrato de agencia, frente al empresario o agenciado; pero en forma simple y llana, sin consideración personal y por tanto, automática, por cuanto aun cuando se entrelazan dos o más sujetos de derecho, en su condición de personas jurídicas o naturales, fluye del ordenamiento mercantil patrio, que la finalidad de la remuneración es proteger al agente. En efecto, el empresario deberá pagar a la terminación, según la voz impositiva del legislador *ad pedem litterae* plasmada el inciso primero del art. 1324 del Código de Comercio cuando ordena “el agente **tendrá derecho** a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión (...) sin que corresponda a una indemnización resarcitoria al daño causado por terminación injusta o unilateral”.

sentencia de casación civil, la Corte Suprema de Justicia dio un vuelco inesperado a la posición adoptada en jurisprudencia anterior, debido a que optó por revivir la discusión de los años 80 y estableció unos lineamientos claros para adoptar una postura de renunciabilidad de la cesantía comercial.

El fallo en comento determina que la renuncia del agente al pago que el empresario tiene a su cargo respecto de la prestación económica analizada, procede únicamente cuando el derecho crediticio se ha causado y se encuentra consolidado en el patrimonio del agente, es decir, a la finalización del contrato, lo cual quiere decir que si bien la Corte no desconoce el carácter dispositivo de este derecho económico, vuelve a establecer que procede solamente a la finalización del contrato y no desde su inicio o durante la ejecución como lo previó en el 2011, pues a su parecer, no se puede renunciar a lo que no se tiene patrimonialmente hablando. De ello se colige entonces que actualmente, la Corte retomó la tesis primigenia en la que se concibe que puede haber renuncia de la cesantía comercial solamente al finalizar el contrato, no en su celebración ni durante su ejecución, tomando una posición más favorecedora para el agente.

Así las cosas, bajo este esbozo de la concepción jurisprudencial sobre la cesantía comercial a lo largo del tiempo, puede concluirse que en sus inicios, y aún en el pronunciamiento más reciente, se ha concebido como un elemento inherente e indiscutible del tipo contractual en tanto que, la prestación económica trasciende para convertirse en un aspecto esencial y fundante del negocio jurídico en particular; mientras que la concepción anterior, en donde se irrogó su plena disponibilidad, advirtió sobre un carácter eminentemente accidental e incluso natural de la prestación, al dejarla sometida única y exclusivamente a la autonomía privada de los contratantes.

2.3. La cesantía comercial es un elemento diferenciador del contrato de agencia respecto de otras figuras contractuales de intermediación.

La agencia comercial, como tipo contractual propio de actividades de intermediación, ha sido concebida como una modalidad compleja para ejecutar actividades de distribución, entendido desde su sentido más amplio¹²⁶. Sin embargo, es oportuno exaltar que en sus orígenes, como se

¹²⁶ PEÑA, Lisandro. Contratos mercantiles nacionales e internacionales. Editorial Temis, Universidad Santo Tomás. Tercera edición. 2010. Pág 354 y siguientes: *“Si el empresario o comerciante tiene interés en que sus productos, bienes o servicios, lleguen rápidamente al consumidor final, llámense textiles, licores, calzado, víveres u otros de consumo masivo, esta figura contractual es el medio más apropiado para lograr su propósito, ya que el fabricante, productor o importador, se vale de personas organizadas comercialmente, llamados distribuidor o repartidor, para que coloques sus bienes entre otros comerciantes o directamente al consumidor final”*. A pesar de ser la agencia comercial un contrato que entraña actividades de distribución, el autor señala diferencias entre ambos tipos, para tener en cuenta: Pág. 359: *“En el contrato de agencia actúa por cuenta ajena y no realiza compras en firme, mientras que en el contrato de distribución, el distribuidor actúa como un intermediario independiente respecto del fabricante exportador, y lo hace en nombre propio y como comprador final para todos los efectos; por tanto, siempre asume los riesgos de la operación. Pero a pesar de esta diferencia, es habitual en la práctica empresarial denominar “agentes” a los distribuidores, lo que puede causar confusión. Por tanto, cuando el empresario quiera ejercer mayor control sobre la ejecución del contrato y sobre la clientela, la mejor alternativa es contar con un agente, ya que el distribuidor, como revendedor autónomo, ejerce mayor control directo sobre el cliente final”*. Sin embargo, tomando lo preceptuado por nuestra Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos, nada obsta para que en un mismo empresario recaigan las calidades de agente y de distribuidor, pues no desdibuja ninguna de las figuras; empero exige que en el evento de ser concurrentes, se delimite de manera clara cómo va a operar cada figura para no confundir la ejecución de los negocios y arribas a equívocos en la interpretación.

indicó al inicio, los tipos contractuales que le antecedieron fueron la comisión y corretaje¹²⁷, contratos que se encuentran también regulados en el en el Título XIII del Código de Comercio colombiano, pero que fueron insuficientes en su momento para cubrir la totalidad de las actividades que el empresario requería ejecutar ante una inminente revolución industrial y ampliación de los mercados¹²⁸, situación que justifica de manera fehaciente la existencia del contrato de agencia comercial como una figura independiente que permitió a los comerciantes profundizar en sus negocios y expandirse sin mayores inconvenientes, aboliendo un sin número de barreras y complejidades que la ausencia de un tipo contractual de tal envergadura, entrañaba en su operación.

Por su parte, la comisión es un contrato típico y derivado del mandato, que tiene por objeto que una persona, que se dedica profesionalmente a ello, ejecute uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena¹²⁹. El corretaje, es el contrato en virtud del cual, una persona conocedora de los mercados, se ocupa como agente intermediario para poner en contacto o en relación a dos o más personas para que celebren un negocio, sin que por ello esté vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación¹³⁰. Y el contrato de mandato, especialmente el contemplado en materia comercial, es un contrato mediante el cual, una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, implicando o no la representación¹³¹.

Al revisar la regulación de cada una de las figuras con las que se ha asociado históricamente a la agencia comercial, se puede advertir que todas tienen en común una tarea de intermediación, pues el sujeto de cada figura, llámese mandatario, corredor, comisionista y agente, tiene a su cargo ejecutar determinada actividad por cuenta ajena, lo cual devela que detrás de estos contratos, hay un sujeto que se beneficia de la labor desempeñada por el sujeto intermediario. Empero, hay

¹²⁷ CÁRDENAS, Juan. Op. cit. Pág. 5: *“El desarrollo industrial y la velocidad de las comunicaciones hicieron necesaria la creación de nuevas figuras que sirvieran de auxiliares de del comercio. Así, por ejemplo, surgió la del viajante o agente viajero, quien al servicio de una o varias empresas se dedicaba a visitar distintas plazas para colocar los productos de su patrón. Aparece también el agente comercial como una figura mixta que toma elementos de la comisión, de la mediación o corretaje, le viajante o agente viajero y de otras instituciones mercantiles, el cual es un instrumento particularmente apto para la actividad mercantil (como el contrato de comisión) que hasta entonces constituía la forma más utilizada de intermediación”*.

¹²⁸ *Ibidem*. *“El empresario ya no podía asumir directamente todos los negocios que se relacionaban con su actividad. La producción en masa había impuesto la comercialización en masa, Aquel requería una persona que se dedicara de manera permanente y estable a promover sus negocios en otras plazas. No le bastaba el comisionista cuya vinculación con el empresario era, por lo general transitoria. Ante este imperativo, podía optar por os soluciones. En primer lugar, colocar en tales plazas un empleado que se dedicara a fomentar sus negocios y, eventualmente, a celebrar sus contratos. Esta solución era práctica en aquellos lugares donde el empresario tenía ya una situación definida y desarrollaba un considerable número de negocios. En segundo término, el empresario podía contratar con alguna persona para que, de manera independiente y estable, asumiera la promoción de sus negocios; surge entonces la figura del agente (...) El agente es una figura que responde a precisas necesidades económicas y que es mixta, por cuanto en ella se reúnen elementos de diversas instituciones mercantiles. Así, de la comisión y de la mediación toma su carácter de intermediación. De la comisión toma su forma independiente y su actuación por cuenta de otros. Del agente viajero o viajante toma su actitud de promoción, representación y su relación permanente; aunque con modificaciones, entre otras cosas, porque el viajante, como su nombre lo indica, se traslada de un lugar a otro en tanto que el agente permanece en determinado lugar. Es por esta naturaleza mixta por lo que en diferentes países donde el contrato de agencia no está tipificado por la ley, la doctrina y la jurisprudencia acuden a la comisión, al mandato y a la mediación, para explicar su naturaleza y efectos”*.

¹²⁹ Código de Comercio. Artículo 1287 a 1311.

¹³⁰ Código de Comercio. Artículo 1340 a 1346.

¹³¹ Código de Comercio. Artículo 1262 a 1286.

algunas diferencias que, en efecto, justifican y dan cuenta de la razón por la cual, cada figura goza de tipicidad legal y tiene una regulación independiente.

Por ejemplo, al revisar el contenido negocial del contrato de comisión, se puede advertir que en dicho contrato el comisionista, actuando como mandatario sin representación, busca la celebración de un negocio en particular, con lo que se agota la comisión y deriva un provecho económico; mientras que el agente, tiene a su cargo la creación de una clientela con una mayor proyección en el tiempo, pues la ejecución de las obligaciones no se agota con la celebración de determinado negocio, sino con el posicionamiento y fortalecimiento de un mercado en favor del empresario.

En cuanto a la remuneración, se tiene que el comisionista obtiene una comisión por el negocio celebrado y nada más que eso, en cambio, en diversas legislaciones en donde se prevé la agencia comercial, se reconoce un valor económico adicional para el agente al terminar el contrato, a fin de compensar su labor de promoción, que se devela en la concreción de negocios celebrados luego de finalizado el contrato de agencia comercial¹³².

Del corretaje también se infiere que el corredor busca unir dos extremos de un posible negocio para que efectivamente lo celebren, sin intervenir en el negocio, a cambio de una única remuneración. El agente, por su parte, no busca unirlos para la ejecución de un negocio aislado, sino que busca promover un negocio propiamente dicho y dotar de reconocimiento al agenciado o empresario en un mercado particular. El agente, cuando esté facultado para hacerlo, podrá celebrar contratos en nombre y representación del agenciado.

Ahora bien, procedente resulta hacer una breve referencia al contrato de mandato, teniendo en cuenta que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han afirmado que el contrato de agencia es un tipo de mandato. Hay quienes consideran que la principal diferencia entre la agencia y el mandato es la estabilidad y proyección a futuro que existe en el contrato de agencia¹³³, diferente a la temporalidad del mandato, toda vez que el mandato, por definición, se crea para que el sujeto encargado o mandatario, ejecute determinada actividad y cuando ello suceda, el contrato está llamado a la extinción¹³⁴.

¹³² CÁRDENAS, Juan. Op. cit. Pág. 38.

¹³³ PÉREZ VIVES. Diferencia entre la agencia comercial, el mandato, la compraventa, el suministro, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra. En: Derecho Colombiano. --Año 11, Vol. 28, no. 140 (Ago. 1973). Pág. 127: *“la tendencia a considerar la agencia comercial como una forma de mandato es notoria en Francia y Estados Unidos. No obstante, las diferencias entre una y otra figura son evidentes. En primer lugar y aunque tanto el mandatario como el agente reciban un encargo, el objeto de éste es diferente y el alcance de la intermediación diverso en uno y otro caso. En la agencia comercial, la promoción y explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aún en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados estos, el lazo entre mandante y mandatario y su ocasional cliente se extingue (...)”*

¹³⁴ LÓPEZ ADRIANA. Op. cit. Trae a colación la autora el siguiente fragmento de PÉREZ Álvaro, en donde se hace alusión a las diferencias y similitudes existentes entre el contrato de agencia comercial y mandato: *“la tendencia a considerar la agencia comercial como una forma de mandato, es notoria en Francia y en Estados Unidos. No obstante, las diferencias entre una y otra figura son evidentes. En primer lugar y aunque tanto el mandatario como el agente reciban un encargo, el objeto de éste es diferente y el alcance de la intermediación diverso en uno y otro caso. En la agencia comercial, la promoción y la explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aun en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados éstos, el lazo entre mandante y mandatario y entre éste y su ocasional cliente se extingue. En tanto que el agente busca crear una clientela*

En cambio, cuando se celebra un contrato de agencia comercial, se espera que las actividades del agente tengan una extensión y perduren en el tiempo, debido a la carga designada en el agente, consistente en la creación de clientela en favor del empresario y la ampliación del mercado¹³⁵, que son finalidades que no se espera que sucedan en un corto plazo sino con el trasegar de los años y con el fortalecimiento de la relación entre agente y agenciado y agente con el mercado en general, principalmente con los consumidores finales¹³⁶.

Sin embargo, a nuestro juicio, un elemento diferenciador que determina la existencia de uno y otro tipo contractual es el reconocimiento que el mismo ordenamiento jurídico le otorga al agente comercial a través de la consagración de una prestación económica tan particular como lo es la cesantía comercial, habida cuenta que, en primer lugar, ninguno de los contratos con los cuales se ha realizado el ejercicio de asimilar la agencia lo contemplan y segundo, porque es la especificidad y cualificación que exhibe el agente al ejecutar su encargo, lo que hace que la normatividad reconozca que al finalizar el contrato por la razón que sea, el empresario debe reconocer y pagar al agente una prestación retributiva por la consecución de clientela y apertura del mercado efectuado, teniendo en cuenta que esa clientela constituida por el agente cuyo contrato se termina, es una clientela que ese empresario va a continuar explotando en beneficio suyo, aun después de terminar el contrato de agencia, bien sea de manera directa o por intermedio de un nuevo agente comercial, situación que la normatividad reconoce, contempla y atribuye a manera de carga en cabeza del empresario.

2.4. La concepción renunciante de la cesantía comercial tiene efectos en la causa del agente, el equilibrio del contrato y el contenido negocial del tipo.

Como se indicó líneas atrás, la cesantía comercial es una prestación económica derivada del contrato de agencia que ha generado multiplicidad de pareceres sobre su existencia y reconocimiento, lo que se decanta en una dificultad para determinar con vehemencia su carácter renunciante o irrenunciante, tal y como se avista desde la jurisprudencia existente sobre el particular, pues en 2011, cuando se pensó que el tema había sido concluido bajo la premisa de plena renuncia a la prestación, la Corte, seis años más tarde, reaviva el debate sobre la el reconocimiento y pago de la cesantía y de los parámetros bajo los cuales solo existe una hipótesis de renuncia al finalizar el contrato de agencia comercial.

para las cosas o servicios que distribuye, coloca o promueve por encargo del principal o empresario; de allí, la estabilidad de esta forma de intermediación, en contraste con la transitoria actividad del mandatario. Y el hecho de que terminado el contrato de agencia, subsistan las relaciones entre el principal y la clientela formada por el agente, en beneficio de aquel”.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ En contraposición con lo referido por este sector doctrinal, se considera que no puede perderse de vista que la duración en el tiempo de un contrato no está llamada a reconocerse por el tipo contractual que se realice, sino en las estipulaciones realizadas por las partes que doten de contenido al instrumento negocial elegido, así como al cumplimiento que cada una de las partes ejerza respecto de sus obligaciones, pues cabe señalar que, tal y como sucede con otro tipo de contratos, la agencia puede ser terminada unilateralmente por cualquiera de las partes ante el cumplimiento de la otra, situación que subraya que, el contrato, independientemente de la tipología, puede durar el tiempo previsto, más de aquel (renovaciones o prórrogas automáticas del mismo debido a los excelentes resultados obtenidos con su ejecución) o mucho menos de lo que las partes han esperado.

Pues bien, valga decir que la tesis de la irrenunciabilidad de la cesantía comercial constituye una acertada concepción, tomando como base el principio del equilibrio del contrato, la causa desde la perspectiva del agente y la estructura del tipo contractual, a partir de los elementos que lo conforman. El equilibrio del contrato, basado en el ideal del synalagma y reciprocidad¹³⁷, denota un derrotero fundamental en este punto del estudio, a partir de los momentos en los cuales se analiza su incidencia, es decir, al inicio cuando se celebra el contrato y posteriormente, cuando el mismo se encuentra en fase de ejecución.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el equilibrio del contrato se analiza en dos fases diferentes¹³⁸: la primera de ellas es al inicio del contrato, por ejemplo, cuando las partes se encuentran estructurando el programa contractual de agenciamiento y para el caso en particular, deciden excluir de manera tajante el reconocimiento de la cesantía comercial. La segunda fase, es cuando el contrato se encuentra en ejecución y por una decisión sobreviniente, “las partes deciden” excluir el pago de la cesantía comercial, a pesar de haberla reconocido en algún lapso con anterioridad.

Así, el equilibrio del contrato, puede entenderse como el principio que exige a todas las partes de un contrato la asunción de cargas moderadas para que, a su vez, la otra parte cumpla con el objeto del contrato y se satisfagan entre sí, todos los intereses que convergen en la celebración del negocio¹³⁹, en virtud del principio de buena fe¹⁴⁰.

¹³⁷ NEME Martha. Op cit. Pág. 203 a 206, trayendo a colación a Gallo; “*El sinalagma obtenía su disciplina de la buena fe, inspiradora y reguladora del acuerdo celebrado entre las partes y de las relaciones que del mismo derivaban. La conciencia de ello fue la que condujo a LABEÓN a identificar el elemento característico del contrato en la bilateralidad objetiva o sinalagmática, en cuanto la misma es expresión viva de la reciprocidad o correspectividad de la obligación, razón por la que definió el contrato como el acto productor de obligaciones recíprocas “ultra citroque obligationem”, poniendo en consecuencia el acento sobre la reciprocidad, la cual deriva LABEÓN del término griego “ouvállayua” cuya mayor flexibilidad será percibida por ARISTÓN, quien a partir de la misma elaborará su propia noción de contrato con base en una más amplia concepción del significado de sinalagma, en el que en todo caso se encuentra presente el perfil de la bilateralidad objetiva o reciprocidad, pero cuyo centro es ubicado por ARISTÓN en la prestación, a diferencia de LABEÓN para quien el sinalagma es un entrelazamiento de obligaciones”*”.

¹³⁸ CHAMIE, José Félix. Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 14. 2008. Pág. 114:” *Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función d criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones y, por ende, la equidad en el intercambio (equality in the exchange) al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado. Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar entonces cualquier desproporción grave entre las prestaciones (gross disparity), que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra, bien sea a causa del aprovechamiento de un estado de necesidad o de peligro (rectius: estado de debilidad) al momento de la celebración del contrato, o, bien sea durante su ejecución, a causa del cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que hacen más oneroso el cumplimiento, para evitar, además, cualquier abuso de la función instrumental del tipo contractual”*’.

¹³⁹ NEME Martha. Op. cit. Pág. 228: “*Hemos ya señalado cómo desde la perspectiva de ARISTÓN el restablecimiento del equilibrio constituye uno de los atributos del sinalagma mismo, el cual se realiza no sólo por vía de la reciprocidad de las obligaciones sino también mediante el mecanismo de la limitación de las obligaciones contractuales, en los casos en que hacerlas valer según su tenor literal contrastaría precisamente con el principio de buena fe. En efecto, tal y como lo ha señalado la doctrina, es justamente la buena fe como principio jurídico “la que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, con el fin de reequilibrar las posiciones de los contratantes, eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados”*’.

¹⁴⁰ *Ibíd*em. Pág. 377 y 378; “*En ese orden de ideas bona fides negotiae obliga, no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorable, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las*

Y es que bajo ese marco estructural de los principios más importantes de la contratación, no puede advertirse válidamente que al inicio del contrato de agencia o durante su ejecución, se excluya el pago de una prestación que es inherente al contrato y que retribuye de manera plena la labor que hace el agente en favor del empresario por la creación y mantenimiento de una clientela, clientela que como se ha iterado, beneficia al empresario aún después de terminar el contrato con el agente por cualquier causa.

De modo que, desconocer ese pago, en cualquier lapso del iter contractual, arremetería contra los derechos del agente de percibir una remuneración plena y legalmente establecida por el trabajo realizado y cuyos frutos benefician al empresario a futuro, pues dicha clientela va a generarle réditos bien sea que la trabaje de manera directa o con otro agente intermediario.

Ante tal perspectiva, habría un claro rompimiento del equilibrio del contrato y un evidente abuso del derecho¹⁴¹, pues mediante una cláusula que establezca que el empresario no va a pagar la cesantía comercial, el empresario estaría causando, a su propio beneficio, una afectación patrimonial palpable al agente, quien ha edificado una estructura óptima para desarrollar las

circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la Buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones contractuales (...) A contrario sensu la función integrado la función integradora de la buena fe puede llegar a generar la restricción o modificación de las obligaciones previstas por las partes contratantes, cuando así lo imponga la necesidad de restablecer el equilibrio contractual”.

¹⁴¹ NEME Martha. Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variadi. Ensayos de derecho privado. No. 7. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018. Pág. 50: “En cuanto se refiere a la relación entre el principio de buena fe y el abuso del derecho, se debe señalar que a nuestro juicio el abuso del derecho es una de las cláusulas generales por medio de las que se expresa el principio de buena fe. En efecto, la prohibición de abuso del derecho se erige en elementos de sistematización de la experiencia acumulada en la aplicación de algunos de los valores mediante los que se expresa el principio de buena fe (...). Pág. 70: “En el derecho colombiano, la jurisprudencia y la doctrina han evidenciado algunos criterios pertinentes en la determinación del carácter de abusivo de los actos mediante los que se ejercen derechos o facultades: en la jurisprudencia se destacan criterios como el “funcional”, de manera que se entiende abusivo el acto realizado de forma desviada de la finalidad que le es propia, finalidad que puede asumir el carácter de misión social y económica; otras jurisprudencias hacen alusión incluso a los criterios de commensuración, equilibrio y ponderación; la doctrina por su parte introduce criterios relativos al “modo” de realización del derecho, remitiéndose a la “moderación”, con expresa referencia al “modo civiliter” celsiano, propia de quien actúa “civilmente”, “como buen ciudadano”, el que conduce, a su vez, el criterio “relacional”, según el cual el ejercicio del derecho deberá tener lugar con el menor daño posible a la otra parte. Así mismo, se hace referencia al criterio de “necesidad” conforme al cual el acto innecesario o ineficiente debería valorarse como abusivo; en una postura omnicompreensiva se sostiene que los valores y principios constitucionales se erigen criterios adecuados para determinar el carácter abusivo de un derecho, con particular alusión a derechos humanos”.

actividades única y exclusivamente en beneficio del empresario¹⁴², esfuerzo que no verá retribuido en los términos en los que la ley lo concibe¹⁴³.

Así las cosas, al no reconocer en la práctica el pago de la cesantía, válido es indicar que con tal conducta, el empresario está desmejorando de manera ostensible la situación del agente, quien desde un inicio, ha visto en el contrato de agencia comercial un tipo negocial benéfico que retribuye de manera adecuada todo el esfuerzo que implica la creación y conservación de clientela, así como la apertura de un mercado que a fin de cuentas no lo beneficia a él sino al empresario, pues es el nombre, la marca y los productos del empresario los que el agente posiciona dentro de un mercado y de lo que, por supuesto, el empresario saca provecho tanto en el momento de celebración de los negocios que consigue el agente como a futuro, pues cabe reiterar que el agente no solo se preocupa por la celebración de negocios independientes o vistos de manera aislada e inmediata, sino que procura posicionar un negocio globalmente considerado para que la clientela que se cree alrededor del empresario se mantenga constante y crezca exponencialmente, de manera tal que el agenciado devenga en un establecimiento o marca de renombre dentro de la zona entregada al agente tanto en el corto como en el largo plazo.

Esto se traduce en que de una relación que es bilateral tanto subjetiva como objetivamente hablando, solo una de las partes se va a ver completamente beneficiada¹⁴⁴, o al menos en los términos de ley, con la ejecución del contrato, toda vez que el empresario sí obtendrá la materialización del objeto o mejor, del interés con el que ha celebrado el contrato, pero el agente, bajo una óptica errada de renunciabilidad de la prestación, no satisface la totalidad de su interés, si se tiene en cuenta que del tipo contractual analizado se concluye que por disposición legal, el agente no solo tiene derecho a una regalía o utilidad fija, sino a una prestación calificada que

¹⁴² CHAMIÉ, José. Op. cit. Pág. 115 y 116: *“Ahora bien, en cuanto al desequilibrio inicial o congénito, una desproporción grave se produce entonces al momento de la celebración del contrato –exceptuados los contratos aleatorios– cuando una parte acepta las condiciones inicuas que la otra, aprovechándose de un particular estado de necesidad o peligro, le impone para obtener, no la celebración del contrato –lo que entraría en el ámbito de los vicios de la voluntad–, sino una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada, y reprochada por el derecho. En cuanto al desequilibrio sobrevenido, que se presenta obviamente en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o escalonada (contratos de duración) –excluidos, también aquí, los contratos aleatorios–. Un contrato desequilibrado congénito o sucesivamente no es aceptado por el derecho, que, conforme a la buena fe y la equidad busca corregirlo o adaptarlo (su reductio ad aequitatem), para radicar en las partes la obligación de hacerlo dentro del esquema de la cooperación debida. Evidentemente, una regla para corregir o adaptar el contrato (su revisión en sentido estricto) se basa en el principio de la buena fe, que, al enfrentar la realidad fisiológica de aquel, adquiere una función de “equidad correctiva”, que así justificada, se presenta en la relación de cooperación entre las partes”.*

¹⁴³ De hecho, al analizar la norma contentiva de la prestación económica en comento, puede advertirse que cuando el inciso segundo dispone que *“además de la prestación indicada en el inciso anterior (...) (es decir la cesantía comercial) el empresario deberá pagar al agente una indemnización equitativa”*, siendo esta indemnización aceptada como una prestación de orden imperativo, es dable concebir que la palabra ADEMÁS le imprime al inciso primero una fuerza imperativa que se le ha reconocido de suyo al inciso segundo y que por tanto, hay un error garrafal en entender como meramente dispositiva a la cesantía comercial.

¹⁴⁴ NEME Martha. La buena fe en el derecho romano. Opcit. Pág.375: *“Del examen de los pasajes en los que se plasman las concepciones de LABEON y ARISTON sobre el sinalagma, emerge que tanto la perspectiva de LABEON fundada en la reciprocidad que emana del sinalagma, como aquella que enfatiza en el equilibrio, cuyo restablecimiento constituye uno de los atributos del sinalagma mismo, contribuyen a la construcción de las dos columnas que sustentan la esencia del sinalagma en los negocios de buena fe: la reciprocidad de las obligaciones, operante en el derecho romano con arreglo a los principios pre existentes, y la proporcionalidad de las prestaciones que de tales negocios emanan”.*

atiende, precisamente, a la complejidad de lo que entraña el ejercicio de un agenciamiento comercial.

Importante es mencionar la causa¹⁴⁵, o el interés particular que puede llevar a un comerciante a desarrollar sus actividades alrededor de la agencia comercial, precisamente por el incentivo que denota el reconocimiento y la atribución que hace la ley de las prestaciones económicas previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio, es decir, la cesantía comercial y la indemnización equitativa cuando el contrato termina sin justa causa o por causas imputables del empresario.

De modo que la causa, entendida para estos efectos como un atributo propio de la función económica del contrato, que representa el interés de los contratantes, especialmente del agente en este caso particular¹⁴⁶, exalta y permite entrever que la consagración legal de la cesantía atiende al interés o fin económico perseguido por el agente¹⁴⁷ cuando en virtud de su autonomía negocial, de la que se deriva la libertad de escoger el negocio, elige enfocar todos sus esfuerzos y actividades en emprender una agencia comercial, pues de antemano sabe y conoce que la ley, dada la

¹⁴⁵ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. Vol. II. Op. cit. Pág. 36. “*Análogamente a lo que sucede con el objeto, respecto de los conceptos de objeto del contrato y objeto de la obligación, acá se contraponen la causa de la obligación y la causa del contrato. Aquella resulta ser la correspondencia mutua de las prestaciones, y esta, el designio común de las partes, que, por lo demás, caracteriza la figura escogida por ellas. La primera, apreciada de manera subjetiva: el móvil-fin determinante; la segunda, de manera objetiva: la función de la figura*”.

¹⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 61 a 65: “*Las críticas numerosas y serias formuladas a la presentación tradicional de causa, si que también una cierta postura ideológica, movieron a la doctrina italiana a formular una orientación funcionalista, tendencia objetiva, que campea actualmente en Italia, con arreglo a la cual el negocio posee una orientación social, cumple una determinada función práctica que caracteriza el tipo, que es precisamente su causa (teoría funcional). Esta se presenta como la función económico social que realiza el negocio y lo cataloga. (...) Lo que quiere decir, sin más, que la disposición del cas corresponde a una de las figuras o tipos legales o sociales aceptados por la comunidad, que por lo mismo, es conforme con el ordenamiento. Es decir que la causa se superpone al tipo contractual o, mejor, se identifica con él, lo que ha llevado a algunos a considerarla, no como la función social en abstracto, sino como la correcta función que las partes han querido imprimirle al contrato y que, en esas condiciones, podrá resultar ilícita si son ilícitos los intereses efectivamente perseguidos. Con todo, (...) la llamada causa objetiva no puede menos de referirse y remitirse a la finalidad del contrato, y, por ende, de las partes. Además, de la misma manera que la causa tradicional se emplea, cada vez con mayor amplitud y energía, para hacer presente no solo el imperio de la licitud y corrección del acto dispositivo, sino también de la justicia contractual, la causa funcional, cuya razón de ser estriba en el anhelo de controlar la legitimidad del negocio, entendida como su concordancia con los “principios de la conciencia cívica y política y las directrices de la economía nacional”, se muestra como instrumento de intervención con el lema del merecimiento de la tutela jurídica, que no se reduciría a los negocios atípicos. En fin de cuentas, la causa viene a identificarse con el negocio mismo, con su esencia, con su definición, sin que quepa separarla para hacer de ella un elemento singular del negocio jurídico, lo que la priva del mérito conceptual y de utilidad práctica*”.

¹⁴⁷ BIANCA, Massimo. *Opcit*. Pág. 472 a 474: “*La definición de causa como la función económico-social también ha dado paso a la idea de la causa como criterio de control sobre los actos de autonomía privada que son merecedores de tutela; así, la causa no es simplemente la razón práctica por la cual las partes estipulan el contrato, sino también la razón por la cual el ordenamiento reconoce relevancia jurídica al mismo. (...) Es necesario reconocer, mejor, en la causa la razón concreta del contrato. En ese sentido resulta definitivo observar que la noción de causa como función práctica del contrato puede tener alguna relevancia sólo cuando se compruebe la función que cada contrato en particular pretende realizar. Ahora, respecto de ese contrato en particular lo que importa saber es la función práctica que efectivamente las partes le dieron a su acuerdo. Buscar la efectiva función práctica del contrato quiere decir, precisamente, buscar el interés concretamente perseguido, es decir no basta verificar si el esquema usado por las partes es compatible con uno de los modelos contractuales, sino que es necesario buscar el significado práctico de la operación en relación con todas las finalidades que, aun tácitamente, hicieron parte del contrato*”.

especialidad y particularidad de las prestaciones, le reconoce una retribución económica importante denominada cesantía o retribución por clientela.

Por lo tanto, se infiere que para el agente, en la cesantía comercial, hay un motivo práctico y económico claro y determinante de desarrollar las actividades que enmarcan la agencia comercial, pues como ya se vio, existen otro tipo de figuras tanto típicas como atípicas que podrían, de alguna manera, perseguir el mismo fin que se busca con la agencia aunque bajo otras condiciones; empero, los sujetos del comercio optan por escoger la agencia comercial conociendo el alcance del contenido de ese negocio y por supuesto, el beneficio económico que le viene aparejado por disposición legal expresa, pues como ya se indicó, el contrato de agencia comercial es el único contrato de intermediación que reconoce una remuneración especial como lo es la consignada en el artículo 1324 del Código de Comercio, situación que permite establecer su especialidad y particularidad respecto de otras figuras negociales.

Ahora bien, revisando el tipo contractual y los elementos que definen su existencia dentro del ordenamiento jurídico, quedó claro que la remuneración del agente es un elemento de la esencia, toda vez que no existen actividades comerciales que sean gratuitas, por la naturaleza misma de la operación mercantil que busca desarrollar dicho contrato. En cuanto a la cesantía comercial, se encuentra fundado que su pago hace parte de las prestaciones económicas que circundan la definición legal del tipo y por ende, hacen parte integral del mismo, situación que exige analizar los efectos que trae consigo el reconocimiento y no pago de dicha prestación a la luz de la conformación negocial propia de la agencia.

Cabe señalar que desde los antecedentes del derecho romano¹⁴⁸, se ha analizado la tensión existente entre la autonomía privada de los individuos para dotar de contenido sus relaciones negociales, en comparación con el contenido típico de los contratos. Sin embargo, en el derecho moderno¹⁴⁹, los

¹⁴⁸ FRANCO, Diego. Interpretación de los contratos civiles y estatales. Universidad Externado de Colombia. 2019. Pág. 181. Trayendo a colación a Emilio Betti, el autor plasma el siguiente aparte: *“el negocio jurídico solo es reconocido como jurídicamente eficaz en su contenido casual-individual cuando corresponde a estructuras objetivas y bien delineadas. Estas estructuras reflejan en sí las únicas causas admitidas, es decir, aquellas finalidades económicas sociales de la autonomía privada que son reconocidas jurídicamente como causas para la adquisición o la obligación: compraventa, permuta, mutuo, comodato, arrendamiento, mandato, sociedad, etc. De tal modo en el derecho clásico la autonomía privada es reconocida como jurídicamente relevante y reconducida en la esfera del derecho solo en la medida en que actúe en la dirección de una finalidad económica-social (causa) típicamente determinada o se condensa en un negocio formal solemne (...). En palabras del autor, “en el derecho justiniano no se renuncia a la tipicidad de los negocios jurídicos, sin que los esfuerzos se dirigen a flexibilizar los tipos fijados, de acuerdo con las circunstancias del caso en concreto, cuestión que se reconoce en los dogmas bizantinos de la natura contractus. Aun cuando es cierto que se mantiene el principio de que cada negocio jurídico concreto debe corresponder lo más posible a un tipo particular determinado por la ley, se concede a las partes la posibilidad de aportar modificaciones con amplitud, es decir, adiciones y omisiones, siempre y cuando sean compatibles con la natura contractus, ahora bien, cuando esto no es posible, el negocio se conserva por el derecho y se transporta a los contratos atípicos”*.

¹⁴⁹ FRANCO, Diego. *Ibidem*. “En el derecho civil moderno, antes del movimiento codificador decimonónico y como fundamento suyo, las obras de Domat y Pothier establecieron el principio del consentimiento como único requisito para la existencia de los contratos, sin exigencias respecto de la tipicidad, cuestión que sirvió como guía para que en los códigos civiles modernos y contemporáneos se replicara la propuesta doctrinaria aludida, al imponer el consensualismo como simple exigencia para el perfeccionamiento de los contratos y al definir que los tipos contractuales legales no fueran las únicas modalidades de negocio susceptibles de ser celebrados y ejecutados de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

cambios sobre tal concepción no se han hecho esperar y han suscitado discusiones acerca del alcance que pueden tener los elementos de un contrato y la preponderancia de la autonomía privada en la definición del contenido del tipo en particular.

Empero, la concepción moderna sobre la facultad de disponer sobre los elementos del tipo no puede considerarse absoluta, bajo los postulados generales de la contratación y bajo la talanquera de conservar la unidad negocial a la que la ley le ha dado un reconocimiento expreso y que por ende, cimienta la existencia de un determinado tipo negocial, pues de una u otra forma, a través de esos elementos, se da vida a la función económica que el mismo cumple para con sus intervinientes, y especializa la figura acorde con el espíritu legislativo que consagra, como es el caso objeto de análisis, en donde se prevén derechos económicos particulares que reconocen prestaciones especialísimas a cargo del agente. Así pues, se concatena el discurso con la idea de la resistencia del tipo contractual frente a estipulaciones particulares¹⁵⁰.

En efecto, el tipo contractual puede sufrir modificaciones y ajustes en virtud de la autonomía de las partes, habida cuenta de las circunstancias cambiantes, por ejemplo, de la economía. Sin embargo, lo que no puede suceder por ningún motivo, es que el tipo se altere de tal forma que la esencia que lo empaña se vea turbada y diluida en las condiciones fácticas de su desarrollo y que se atente contra principios como el de buena fe al causar un perjuicio injustificado a la contraparte¹⁵¹.

Así las cosas, vale la pena señalar que la teoría general del contrato ha advertido que la estructura típica negocial puede explicarse desde la clasificación de los elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio, resultando oportuno analizar la figura de la cesantía comercial dentro de la perspectiva de los elementos del contrato, pues las discusiones suscitadas sobre el particular han tratado de acomodar, según la tesis que se analice, dicho elemento dentro del plano de la esencialidad, naturalidad o accidentalidad.

Los elementos de la esencia se entienden como aquellos elementos que deben estar dentro de la figura de manera necesaria para su configuración, pues de lo contrario, degeneraría en otro contrato o no desplegaría los efectos que está llamado a generar¹⁵²; a su vez, los elementos naturales son

¹⁵⁰ CARDILLI, Riccardo. El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre natura contractus y forma iuris. Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008. Pág. 170 “(...) la distinción se convierte, por tanto, en la clave de resistencia del tipo en su devenir. En esta perspectiva, puede observarse que la labor de determinar dentro de un específico contrato concluido, cuáles cláusulas son tipificables y cuáles no lo son, está lejos de constituir una mera actividad automática de inclusión. Por el contrario, dicha labor impone una reflexión técnica capaz de examinar atentamente el específico contrato concluido, obligando, por lo tanto, a la realización de un trabajo de síntesis tendiente a la identificación de aquellos aspectos que resulten idóneos – por ser coherente al tipo de aquél momento histórico- para ingresar a formar parte de los efectos normales del contrato”.

¹⁵¹ CARDILLI, Riccardo. Op. cit; Pág. 207 “En el ámbito del contenido de la acción, la buena fe constituye ciertamente un poder semejante, pero al mismo tiempo, impone que tal poder se mida con la estructura típica del contrato. Esta última refleja, en efecto, precisas distribuciones de utilidades y cargas, que señalan también para el juez un límite insuperable respecto al reconocimiento de una prestación de intereses ante moram en cabeza del depositario”.

¹⁵² DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los Contratos. Parte General. Tomo I. Zavalia editor. Buenos Aires, 1997. Pág 71: “la doctrina clásica (...) dividió la categoría de los elementos esenciales en dos subclases: esenciales generales y esenciales particulares. Consideró como esenciales generales (essentialia communia) a los requisitos que debían necesariamente darse para que pudiera hablarse de un contrato válido, englobando bajo esta denominación a la

aquellos que la ley dispone como integrantes de un contrato, pero que sus contratantes pueden derogar a su arbitrio¹⁵³ y los accidentales, son todos los aspectos incluidos por los contratantes de manera adicional al tipo elegido.

Si se analiza a la cesantía desde el plano natural, tendríamos que la misma se entiende incorporada al contrato por disposición legal, salvo pacto en contrario. Sin embargo, hemos señalado casos en los que las partes habiendo omitido contemplar el pago de dicha prestación dentro de su contrato, o denominando la relación contractual con un *nomen iuris* diferente al de agencia comercial para evitar el pago de dicha prestación, la jurisprudencia ha tomado la decisión de condenar al empresario al pago de una suma de dinero por concepto de cesantía comercial en favor del agente, aplicando la norma vigente, a pesar de lo que las partes hayan definido, situación que permite replantear el alcance *natural* de la figura analizada, pues no se prescinde de la aplicación de dicho elemento, ni siquiera en aquella sentencia referida del año 2011 en donde se planteó su carácter eminentemente renunciabile. La accidentalidad de la figura se explica por sí sola, teniendo en cuenta estos presupuestos y tomando como referencia que su previsión está dada por una disposición legal.

Ahora bien, llama la atención el carácter esencial que puede revestir dicha prestación cuando se determina la existencia de un contrato de agencia comercial, pues como se detalló en líneas anteriores, la constante de la jurisprudencia es reconocer el valor de las actividades del agente a través de la liquidación y cuantificación de la cesantía comercial por ser inherente e inescindible a la existencia del tipo. Y es que este tipo negocial, dentro de los contratos de intermediación, es el único que tiene aparejada una remuneración particular que no se deja de lado, so pena de estropear por completo el contenido del negocio que el legislador consagra en la normatividad vigente¹⁵⁴ y de generar una mutación en su esencia, así como el resquebrajamiento total del reconocimiento que la ley le confiere, al recaer, ese tipo de pactos de exclusión, en los aspectos inderogables del tipo¹⁵⁵.

capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. Trató como elementos esenciales particulares (essentialia propria) a los requisitos que debían necesariamente darse para configurar un determinado tipo de contrato. Dándose los elementos esenciales generales, ya hay un contrato válido, pero solo cuando además se presente cierto elemento esencial particular habrá un determinado contrato, ya que en caso de su ausencia, no habría ese contrato, sino otro contrato distinto.

¹⁵³ DE ZAVALÍA, Fernando. *Ibidem*. “la supresión hipotética de un elemento esencial afecta ya la validez (essentialia communia) o el tipo de contrato (essentialia propria); la supresión en cambio de un elemento natural no influye sobre la validez ni altera el tipo fundamental”.

¹⁵⁴ CARDILLI, Riccardo. *Op cit*: Pág. 170. “El tipo presenta en cierto momento histórico la síntesis técnica de las exigencias y necesidades que paulatinamente enriquecen la compleja realidad del contrato concluido; síntesis que claramente no es exhaustiva ni mucho menos conclusiva, de toda una compleja actividad que permite al tipo adecuarse a su tiempo. Esta adecuación del tipo ‘al factor tiempo’, en los límites en que logre mediar entre sustancia del tipo contractual y su respuesta a nuevas exigencias sociales y económicas, le permite resistir en el tiempo”.

¹⁵⁵ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Vol II. Op cit*. Pág. 123. “En la doctrina italiana se tiene una categoría adicional de normas reguladoras de la autonomía “normas ordenadoras o de organización”, que atañen al supuesto de hecho del negocio o del contrato en general y de cada figura legalmente típica en particular, como son las relativas a la capacidad y demás requisitos o elementos del contrato. Cuestión que adquiere relevancia en el derecho nacional, en cuanto el art. 899 c.co., al incorporar el art. 1418 del código italiano, laguna que ha de llenarse invocando aquellas normas, que ciertamente no son imperativas, como tampoco dispositivas”. Vale la pena traer a colación una nota incluida dentro del texto citado de Zalavía, en donde hace referencia a una denominación equívoca de los elementos “naturales”, pues según Zasio, a quien cita previamente, existe una división dentro de las categorías de elementos naturales: “De Nova. (II tipo contractual, pág 69, nota 33) señala la equivocidad del término

3. CONCLUSIONES. Reflexiones sobre la jurisprudencia anotada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Para esbozar la posición sobre toda la discusión que se ha desprendido a partir de la naturaleza renunciante o no de la cesantía comercial como elemento del contrato de agencia comercial, se considera que las posturas que defienden uno y otro postulado tienen razones serias y respetables; empero, a consideración de las perspectivas fijadas en este escrito, prevalece la concepción que contempla a la cesantía comercial como un elemento fundante y de la esencia del contrato de agencia que no puede ser obviado o excluido de manera alguna por las partes, so pena de rompimiento del equilibrio del contrato y de la posible incursión de un abuso del derecho de quien incorpora una cláusula en ese sentido.

Le asiste la razón al sector de la doctrina que afirma que 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, es una fórmula rígida y que puede no acompañarse con la realidad de los contratos de agencia, pues puede ser una fórmula de liquidación que arroje una suma excesiva o incluso ínfima para el caso en concreto que se analice.

Por lo tanto, lo que se considera viable, a la luz de una reforma legislativa, es la posibilidad de que las partes **deban** fijar el pago de dicha prestación a través de una fórmula de liquidación óptima y ajustada, atendiendo a criterios de proporcionalidad y racionalidad según las circunstancias de su contrato, basados en el principio de buena fe y equilibrio, para reconocer las labores de creación de clientela en virtud de la cual, el agenciado detendrá beneficios a futuro aun cuando el agente que se la ha proporcionado ya no se encuentre vinculado a su operación.

Si las partes no pactan una manera de liquidar el pago de la prestación de manera racional y proporcional a las circunstancias propias de su negocio, deberán atenerse a lo que de manera supletiva la norma indica¹⁵⁶, lo que se traduce para el objeto de este estudio en que la cesantía es un elemento irrenunciable por ser de obligado reconocimiento y pago, pero puede ser disponible en tanto que la manera de liquidarse es susceptible de acuerdo *inter partes* bajo los presupuestos indicados. La renuncia a la cesantía comercial, bajo esta perspectiva, debe comportar la nulidad de una estipulación en ese sentido por contrariar una norma de obligada observación. Entonces, para nuestro entender, una cosa es la disponibilidad y otra es la renuncia.

naturalia, que fuera utilizado por Zasius (año 1550) para la distinción entre naturalia inseparata (inderogable) y naturalia separata (derogable por autonomía privada)”, pues viéndolo desde esta perspectiva, puede analizarse la cesantía como un elemento que es inderogable por las partes e impuesto por la ley (naturalia inseparata), pero modificable o morigerable en la manera como se liquida y se cuantifica la suma a la terminación del contrato, en virtud de la autonomía negocial de los contratantes.

¹⁵⁶ Lo que pasa en la realidad es que en la mayoría de sentencias en donde se declara la existencia del contrato de agencia y se obliga al pago de la cesantía, el juez hace una calificación o re calificación del contrato (en los supuestos en donde se le da un nombre diferente de agencia comercial) y termina por reconocer al agente, por concepto de cesantía, determinada suma de dinero basado en la liquidación dispuesta en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Procedente resulta hacer unos breves comentarios a los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, que anotan el estado en el que hoy se encuentra el asidero de la cesantía comercial. En la sentencia de 2011, se acentuó el carácter accidental de la figura de la cesantía comercial al dejarla al libre albedrío de las partes y establecer que la misma podía ser renunciada en cualquier momento, bajo el presupuesto de la autonomía privada y negocial¹⁵⁷. A pesar de la aparente claridad con la que la Corte definió el carácter renunciable de la cesantía comercial, se considera desacertado ese “facilismo” con el cual se ha pretendido despojar el carácter imperativo con el que la norma de viva voz, demarca el derecho del agente a recibir dicha prestación económica al momento de finalizar el contrato.

Si se revisa con cuidado la manera en la que está redactada la norma del 1324 Código de Comercio, “*el agente tendrá derecho*” a recibir del empresario un monto determinado tomando como base la comisión o la remuneración pactada entre las partes por la ejecución del contrato. De la clara redacción de la norma se evidencia que el empresario no puede elegir si paga o no la prestación, pues por encima de cualquier cosa, el agente tiene el derecho, de origen legal, de recibir esa contraprestación adicional, sin que sea necesario realizar una interpretación más allá de la que naturalmente emana de la norma a partir de su simple lectura.

Por lo tanto, comporta la razón aquella visión que sobre el particular tenía la Corte en la década de los 80 cuando consideraba indisponible (o irrenunciable) la cesantía al celebrar el acuerdo o durante su ejecución por ser norma de orden público o imperativo, pues plausible sí es disponer de un derecho crediticio subjetivo cuando el mismo se encuentra consolidado, pues por ejemplo, cuando se termina una relación laboral, el trabajador puede disponer que no se le pague la liquidación de sus acreencias laborales con el fin de saldar una deuda que haya adquirido con su empleador o por ejemplo, puede el agente disponer que no se le cancele la cesantía comercial porque pretende compensarla con el empresario para efectos de asumir el pago de una multa o de una sanción contractual que se configuró bajo su responsabilidad.

En adición, se comparte que el orden público y el carácter imperativo de dicha norma no emana precisamente de una situación de inferioridad del agente frente al empresario, aunque debe verse el caso en concreto, pero sí se considera que hay un orden público económico y de protección que pretende reconocer, con un criterio de equilibrio y de cargas normales del contrato, una labor que el agente despliega durante determinado tiempo y que no solo le va a reportar beneficios al empresario durante el tiempo de duración del contrato sino posterior a que el mismo finalice, pues la clientela creada a partir de las actividades del agente va a perdurar en favor del empresario aun finalizado el contrato de agencia y puede que, incluso, a futuro, de no ser por las actividades desempeñadas por el agente, el empresario no habría adquirido otros clientes o habría mantenido los que el agente ha conseguido en su favor.

¹⁵⁷ El pronunciamiento efectuado el 19 de octubre de 2011 por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia parece ser la respuesta que el estado colombiano preparó como respuesta a las exigencias de Estados Unidos luego de la suscripción del TLC, teniendo en cuenta que, a la fecha, no se cuenta con una disposición legal que regule las modificaciones requeridas. Por ende, dicha sentencia hito y sustitutiva, pretendió eliminar del esquema negocial propio de la agencia a la cesantía comercial, dejándola como un mero elemento accidental, desconociendo su naturaleza inamovible del tipo.

Por lo tanto, por el tipo de negocio que es la agencia comercial y la función económica que cumple respecto del empresario, resulta completamente apegado a derecho, justicia y equilibrio, que al agente se le reconozcan los propósitos bien conseguidos durante la ejecución del contrato y que beneficia a futuro al agenciado, pues si la remuneración base del contrato depende, usualmente, de los negocios celebrados entre empresario y cliente final, por ejemplo, aquellos negocios que celebre el agenciado con los consumidores finales -obtenidos por el agente- después de terminado el contrato de agencia no van a reportar beneficio alguno para el agente y por ende, resulta viable reconocérselo a través de una contraprestación adicional que cubre el beneficio consolidado por el agente en favor del empresario, a pesar de la finalización del contrato de agencia.

Así mismo es dable señalar que la discusión sobre la renunciabilidad o no de la cesantía comercial puede tornarse hasta innecesaria desde el punto de vista práctico del asunto, pues como se puede observar en la sentencia comentada, a pesar de la posición impuesta en el obiter dicta, la Corte resolvió reconocer la existencia y liquidación de la cesantía comercial en los términos en los que dispone la ley, lo que permite concluir que en realidad, lo que los contratantes logran, luego de haber obviado dentro de su contrato el pago de la cesantía, vía judicial, es obtener la calificación del contrato para que se declare la existencia del contrato o su recalificación según corresponda, y como consecuencia, la liquidación de la cesantía comercial conforme a lo dispuesto en la norma vigente.

No obstante lo anterior, se aplaude el criterio tomado por la Corte en el año 2017 en donde se retoma la tesis de los años 80 y recuerda que en realidad, la creación de la clientela es una prestación especialísima a cargo del agente que merece una tutela particular y que en efecto, tal especialidad, justifica la existencia de una prestación económica extra a la de la simple remuneración, la cual, al eliminarse, desdibuja por completo la característica principal de la remuneración a la que tiene derecho el agente, desincentivando por doquier el uso de este contrato, al menos para los sujetos de comercio que emplean su empresa con fines de representación comercial en el país.

En fin, válido es aportar una última conclusión. Los argumentos de cada extremo son importantes y de acogida, pero quienes han marcado el derrotero de la justicia, no han dejado de aplicar las normas relativas a la cesantía comercial en los términos en los cuales se encuentran hoy en día dentro del Código de Comercio, lo que permite advertir que los jueces no están seguros de eliminar de tajo dicha prestación, debido a que, la prestación se halla contemplada en una disposición legal de obligada observación. Por ende, las acciones legislativas que se emprendan frente al particular, deben originarse por la necesidad interna de afirmar y definir el carácter (disponible pero no renunciable, a nuestro juicio) de la cesantía comercial en pro de nuestros mercados, con el fin de propender por aclarar el contenido del contrato de agencia comercial bajo un sentido de justicia, equilibrio y conveniencia conjunta para cada uno de los sujetos que intervienen en su celebración y ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Fernando. La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011.
- ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Octava edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. 2015.

ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles. Contratos típicos. Decimocuarta edición. Legis, Pontificia Universidad Javeriana. 2015.

BIANCA, Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2007.

BONIVENTO, José. Contratos mercantiles de intermediación. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. 1999.

BOTERO, Juan. Generalidades del tratado de libre comercio con Estados Unidos. En: El TLC y el Derecho de la Distribución Comercial. Universidad Externado de Colombia, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, Primera edición: 2006.

CAMACHO, María E. El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Junio 16 de 2009. No. 16.

CAMACHO, María E. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. En: Revisa e-mercatoria. Volumen 4, No. 1. 2005.

CARDENAS, Juan P. El Contrato de Agencia Mercantil. Editorial Temis. 1984.

CARDILLI, Riccardo. El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre natura contractus y forma iuris. Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008.

CARDOZO, Hernando. La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano. Ed. Pontificia Universidad Javeriana.

CHAMIE José. Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 14. 2008.

CHAPARRO, Catalina y otro. Las relaciones económicas internacionales en los países en vías de desarrollo: el caso colombiano. En: Revista Con-texto. Universidad Externado de Colombia. No. 44. 2015.

DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los Contratos. Parte General. Tomo I. Zavalia editor. Buenos Aires, 1997.

ESCOBAR, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales I. Negocios de sustitución. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1985.

ESPITIA, Fabio. Historia del Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. 2006.

FACCO, Javier. Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas. Universidad Externado de Colombia. 2017.

FRANCO, Diego. Interpretación de los contratos civiles y estatales. Universidad Externado de Colombia. 2019.

FORTICH, Silvana. Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual. Universidad Externado de Colombia. 2018.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte – Instituta Digesto (a doble texto, traducido al castellano del latino). Tomo I y III. Jaime Molina editor. Barcelona, 1889.

GAVIRIA, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica Dike. Tercera edición, 1989.

GIRALDO, Carlos. La agencia comercial en el derecho colombiano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes. 2012.

HINESTROSA, Fernando. Escritos varios. Umaña Trujillo Impresores. 1983

HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Vol I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico Vol. II. Universidad Externado de Colombia. 2015.

HURTADO, José. La influencia del TLC con Estados Unidos en la evolución del alcance del concepto de orden público. La mal llamada “cesantía comercial”. En Revista Díkaion. Universidad de la Sabana. Vol 21, No. 1. 2012.

KOTEICH, Milagros y otros. Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil? Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 9, 2005.

LÓPEZ Adriana. El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos. En Revista e-mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Vol. 10, No. 1, 2011.

MARTÍNEZ, Ignacio. El contrato de agencia. En: Los contratos mercantiles y su aplicación práctica. Bosch – Walters Klawer. Primera edición. Autores varios. 2017.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.

MORALES, Luis. El contrato de agencia mercantil: análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón. En: Anuario de Derecho Privado. Universidad de Los Andes. 1988.

NARVAEZ, José. Introducción al Derecho Mercantil. Legis. Décima edición. 2011.

NEME Martha. Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi. Ensayos de derecho privado. No. 7. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.

NEME, Martha. La buena fe en el derecho romano. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2010.

ORTEGA, Alfonso. Los contratos de colaboración en el mercado internacional. Uniacademia Leyer. 2016.

PELÁEZ Eduardo. Realidad actual de la agencia mercantil. En: Revista de Derecho. Colegio de Abogados de Medellín. 1978. No. 102.

PEÑA, Lisandro. Contratos mercantiles nacionales e internacionales. Editorial Temis, Universidad Santo Tomás. Tercera edición. 2010.

PÉREZ VIVES. Diferencia entre la agencia comercial, el mandato, la compraventa, el suministro, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra. En: Derecho Colombiano. --Año 11, Vol. 28, no. 140 (Ago. 1973).

PINZÓN Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Monografías Jurídicas No. 1. Editorial Temis. 1957.

RINCÓN, Erick y otros. El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007

ROMERO, Eliana. Contratos de Distribución Comercial. Ibáñez. 2018.

ROMERO Francisco. La cesantía comercial en la agencia mercantil. En Revistas Jurídicas CUC. No. 6, Barranquilla. septiembre de 2010.

SANTOFIMIO, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2003.

VALLEJO, Felipe. El contrato de agencia comercial. LEGIS. 1999.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 1974. MP. Eustorgio Sarria.
Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980.
Magistrado Ponente: Germán Giraldo Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de marzo de 1982. Magistrado
ponente: José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995. Magistrado
Ponente: Pedro Laffon Piantetta.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de marzo de 2003. Magistrado
Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Magistrado
Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Magistrado
Ponente: William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2017.
Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de noviembre de 2017.
Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de abril de 2018. Magistrado
Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2019.
Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 242 de 2009. Expediente D-7388. Magistrado
Ponente: Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 168 de 1995. Expediente D-686. Magistrado
Ponente: Carlos Gaviria Díaz

Constitución Política de Colombia.
Código de Comercio.
Decisión Andina 486 del 2000