

# APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS SOBRE AGENCIA COMERCIAL

FELIPE MUTIS TÉLLEZ<sup>\*, \*\*</sup>

## RESUMEN

El presente artículo se propone dar solución al problema jurídico respecto de la aplicación en el tiempo de las normas que regulan el contrato de agencia comercial, a partir de la interpretación tanto de las disposiciones contenidas en el capítulo V del título XIII del Código de Comercio, como de los artículos 2036 y 2038 del mismo código. Para tal efecto, el autor, luego de analizar el pleno valor que en Colombia tiene el principio general de la no aplicación retroactiva de la ley, a la luz del estudio de los postulados contenidos en los artículos 58 de la Constitución Política de 1991, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código del Comercio, llega a la conclusión que en derecho colombiano, por regla general, tiene plena vigencia y aplicación el viejo principio jurídico por virtud del cual los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración. Esta posición se encuentra respaldada, tanto por la doctrina nacional extranjera, como por la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del más importante laudo arbitral que al respecto se ha proferido. Empero, se reconoce que se trata de principios jurídicos que admiten ser exceptuados, siempre que se cumplan las condiciones legales que así lo permitan.

*Fecha de recepción: 17 de abril de 2006*  
*Fecha de aceptación: 17 de mayo de 2006*

---

\* El autor agradece enormemente la invaluable colaboración que tuvo para con este trabajo el Dr. JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, ya que sin su confianza, apoyo y enseñanzas, nada de esto hubiera sido posible. A él, un millón de gracias.

\*\* Estudiante de noveno semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

*Palabras clave:* agencia comercial, retroactividad e irretroactividad de la ley, aplicación de la ley en el tiempo, Código del Comercio, interés general, utilidad pública, cesantía o prestación comercial, laudo arbitral, contrato, excepción, problema jurídico.

## **TEMPORAL APPLICATION OF COMMERCIAL AGENCY LEGAL RULES**

### **ABSTRACT**

*The present article sets out to provide a solution to the legal problem regarding the application in the time of the norms that regulate the contract of commercial agency, from the interpretation as much of the dispositions contained in chapter V of title XIII of the Code of Commerce, like of articles 2036 and 2038 of the same code. For such effect, the author, after analyzing the total value that in Colombia has the general principle of the retroactive nonapplication of the law, to the light of the study of the postulates contained in articles 58 of the Political Constitution of 1991, 38 of law 153 of 1887 and 2036 of the Code of Commerce, comes to the conclusion that in Colombian law, as a general rule, has total use and application the old legal principle by virtue of which the contracts are governed by the effective norms at the time of their celebration. This position is endorsed, as much by the national and foreign doctrine, like by the jurisprudence, especially of the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice and of most important I render by arbitration that on the matter have been dictated. However, it is recognized that these legal principles admit to be excepted, whenever the legal conditions are fulfilled that thus permit it.*

*Key words:* commercial agency, retroactivity and nonretroactive character of the law, application of the law in the time, Code of Commerce, general interest, public utility, commercial benefit or installment, I render by arbitration, contract, exception, legal problem.

## **SUMARIO**

### INTRODUCCIÓN

#### I. EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

- 1.1. La agencia comercial y su regulación en el Código de Comercio
- 1.2. La prestación comercial del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio

#### II. REGLAS GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY CONTRACTUAL EN EL TIEMPO

- 2.1. Constitución Política
- 2.2. El artículo 38 de la Ley 153 de 1887
- 2.3. Teorías contemporáneas
- 2.4. Teoría intermedia
- 2.5. Jurisprudencia
- 2.6. Derecho comparado

#### III. APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS COMERCIALES

- 3.1. El artículo 2036 del Código de Comercio
- 3.2. El artículo 2038 del Código de Comercio
- 3.3. Conclusión
- 3.4. Problema jurídico

#### IV. EL CASO DE LA AGENCIA COMERCIAL

- 4.1. Aplicación retrospectiva del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio
- 4.2. Las dos excepciones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887
- 4.3. La no aplicación retrospectiva del artículo 1324 del Código de Comercio

#### V. CONSIDERACIONES FINALES

### BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

Dentro de la gran mayoría de sistemas normativos de arraigada tradición continental se ha erigido, de tiempo atrás, una máxima jurídica acorde con la cual la ley por regla general produce efectos hacia futuro, sin entrar ésta a modificar situaciones o relaciones establecidas con arreglo a la normatividad precedente. Este principio de la irretroactividad de la ley, orientador del sistema normativo por cuanto procura la preservación de la seguridad jurídica, reconoce y consagra el dinamismo propio que debe irradiar los esquemas legales, puesto que el derecho ha de cambiar y adaptarse, quiéralo o no, a las móviles y frágiles situaciones y contextos de toda índole que van surgiendo con el devenir del tiempo.

Ello, por cuanto se ha venido entendiendo que así como es propio de las constituciones ir ajustándose a su tiempo, lo es mucho más propio de la ley, puesto que el ordenamiento jurídico debe establecerse conforme a los ritmos sociales. En ese orden de ideas, y ante la ocurrencia de los sucesivos cambios legislativos, dadas las necesidades de un determinado momento que así lo justifiquen, surgen una serie de importantes interrogantes de raigambre jurídica, los cuales han de ser evacuados con la mayor brevedad, so pena de quebrantar el tan caro principio de la seguridad jurídica.

Así las cosas, se hace necesario conocer con precisión que ha de suceder, en materia de contratación mercantil, ante un eminente tránsito legislativo, en el que una ley derogue a su antecesora para entrar a regir desde un determinado momento; situación que en Colombia se presenta bastante a menudo, y que para la materia bajo examen, sucedió en 1971 con la expedición del que entonces fue llamado Nuevo Código de Comercio.

A partir de esta situación, se derivan dos interrogantes de magna relevancia, a saber:

1. ¿Puede la ley contractual aplicarse retroactivamente?;
2. Y más específicamente ¿puede el Código de Comercio entrar a regular relaciones contractuales de estirpe comercial nacidas y ejecutadas antes de 1971, fecha de su promulgación?

Forzoso y necesario, sería concluir negativamente para el caso de ambos interrogantes, debido a que en materia de contratación mercantil, la ley es estrictamente irretroactiva, por cuanto las relaciones comerciales, nacidas en virtud de un acuerdo de voluntades entre las partes, se rigen por la ley vigente al momento

de su celebración y ejecución, y no por una posterior, conforme lo establecen los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del actual Código de Comercio.

Empero, se trata de un tema que es todo menos pacífico, ya que el principio general de la irretroactividad de la ley dista mucho de ser absoluto, puesto que desde la misma Constitución Política admite ser exceptuado, para que una norma posterior pase a regular relaciones contractuales anteriores a su entrada en vigencia, dado su contenido de orden público e interés social, cuando de su interpretación muy estricta así se deduzca; o, cuando el legislador así lo haya determinado y querido expresamente.

Por tanto, la discusión jurídica sobre el particular se centrará en identificar con claridad y rigor los eventos en los cuales el mencionado principio general de la aplicación de la ley en el tiempo permite ser exceptuado, para así dar cabida a la aplicación retroactiva de las normas, lo cual se reitera, resulta ser un tema de estudio bastante complejo, cuyo análisis concreto compete al juez realizar para cada modalidad de contratación mercantil ante la que se encuentre.

Justamente, resulta ser este un asunto de vital importancia para el correcto y oportuno desarrollo y conclusión de las relaciones mercantiles de carácter contractual, hoy por hoy, uno de los pilares estructurales de nuestro sistema económico. La cuestión sobre la aplicación de la ley en el tiempo debe esclarecerse, so pena de estropear una serie de vínculos comerciales existentes de los cuales puede fácilmente depender el total de una empresa, e inclusive, de un conglomerado económico industrial.

Este es el caso de lo que acontece con relación al más complejo de los contratos mercantiles tipificados por el nuevo código: la agencia comercial. Puesto que si se puede establecer la irretroactividad de las normas reguladoras de este contrato, y aún más específico, de la célebre “cesantía comercial”, podrá por contera, establecerse la irretroactividad, como regla general, para el conglomerado de normas pertenecientes a dicho código, sin temor a equívocos.

Es por tanto, objeto del presente trabajo, analizar lo referente al tema de la aplicación en el tiempo de las normas sobre el contrato de agencia comercial, a la luz del principio general de la irretroactividad de la ley, utilizando para ello, herramientas legales, jurisprudenciales, doctrinales y claro está, de derecho comparado.

## I. EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

### 1.1. La agencia comercial y su regulación en el Código de Comercio

El actual Código de Comercio de 1971 se ocupó, por primera vez en nuestro país, de regular la agencia comercial como un contrato típico y autónomo<sup>1</sup>. Así las cosas, se definió el contrato de agencia mercantil como aquel por medio del cual

“un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover y 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”<sup>2</sup>.

De la definición legal se desprenden con claridad los elementos característicos de este contrato, plasmados directamente por el legislador, cuales son la independencia del agente, y la estabilidad de las relaciones con su principal (empresario). De la misma enunciación normativa bajo cita, de la cual ha de decirse junto con FELIPE VALLEJO GARCÍA que “no ofrece la claridad propia de las buenas leyes”, subyace que el objeto básico y primordial de esta modalidad contractual no es otro que el de la promoción de los negocios del empresario, a fin de adquirir o de preservar un mercado y una clientela para sus productos o servicios<sup>3</sup>.

Al respecto, dentro de la doctrina nacional puede citarse, consecuentemente, a JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR<sup>4</sup> y a JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA<sup>5</sup>, quienes concuerdan en considerar que los elementos característicos de este contrato son:

- 
- 1 Ello por cuanto con anterioridad al Código de 1971, la agencia comercial era un contrato atípico regulado por las normas jurídicas que para el caso resultaran aplicables, y en gran medida, por la fuerte costumbre mercantil que al respecto venía configurándose; esta costumbre, se inspiraba no sólo en los usos y prácticas de los comerciantes que reunieran los requisitos para gozar de su fuerza normativa, sino también, en legislaciones extranjeras, siendo un claro ejemplo, la italiana a partir del Código Civil de 1942.
  - 2 Código de Comercio, artículo 1317.
  - 3 Las ideas ilustradas en el presente párrafo fueron tomadas de VALLEJO GARCÍA, FELIPE, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999, págs. 40 a 53.
  - 4 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, Díké, Medellín, 2003, pág. 398 y sigs.
  - 5 GÓMEZ MEJÍA, JAIME ALBERTO, *Contratos comerciales*, Ananke, Bogotá, 1980, pág. 193 y sigs.

- a) El agente es un empresario autónomo, lo que se opone a la idea de la subordinación, aunque se suele darle instrucciones sobre la naturaleza o condiciones del encargo que ha de llevar a cabo. Se trata, entonces, de un colaborador independiente del agenciado que obra por su cuenta y riesgo;
- b) El contrato de agencia es un contrato de duración, lo que hace relación a la permanencia y estabilidad de las tareas del agente, aspecto que se opone a contratos de ejecución instantánea, como los de comisión o corretaje, que tienen ciertas similitudes con la agencia, pero siendo aquellos esporádicos y transitorios; y
- c) Su objeto es la promoción o explotación de negocios de determinado ramo en una zona prefijada del territorio nacional. Se trata de una labor medidora que puede llevar unida o no la facultad de concluir los negocios que promueva.

Asimismo, exponen los doctrinantes que el agente recibe un encargo, lo que ubica este contrato entre los que implican gestión de intereses ajenos, así como que el agente puede tener diversas funciones, como la mera promoción, caso en el cual no realiza ningún acto jurídico puesto que se limita a buscar clientes potenciales; o puede ser mandatario también, con o sin representación, en cuyo eventos celebra los contratos respectivos; o puede del mismo modo, fabricar y distribuir los bienes o servicios de que trate el negocio<sup>6</sup>. En consecuencia, la función del agente es esencialmente de mediación comercial, ya que interviene para facilitar las ventas y procura que se incremente la demanda de los bienes y servicios que promueve.

Acerca del contrato de agencia comercial, la jurisprudencia arbitral colombiana resulta extensa, variada, pero más importante, nutrida, puesto que en innumerables laudos arbitrales se ha abordado con profundidad el referido tema. En uno de los más importantes laudos referentes a la materia, se estableció que:

“La doctrina nacional y la extranjera son unánimes al considerar que la agencia mercantil versa sobre un encargo estable, continuo, duradero, que se ejecuta a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta naturaleza encaminadas a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa.

“El agente, mediante su organización propia, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visitas a clientes potenciales,

---

6 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *ibidem*, pág. 398 y sigs.

todo dentro de las instrucciones del agenciado y en coordinación con éste, a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado”<sup>7</sup>.

## **1.2. La prestación comercial del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio**

Establece el artículo de marras en su inciso 1°:

“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”.

Esta prestación, llamada “cesantía comercial”, resulta ser una retribución diferida que se causa en todos los casos en que se configure un contrato de agencia, cuyo pago, valga la redundancia, es diferido a la terminación del contrato. Aun cuando su inclusión dentro del ordenamiento comercial colombiano haya sido hartamente criticada, innegable resulta que el Código de Comercio adoptó para Colombia la teoría europea<sup>8</sup> respecto de esta comentada figura, puesto que la justificación del pago de dicha prestación se da justamente por la comunidad que surge entre el agente y el agenciado, el cual al finalizar la relación mercantil conserva tanto su nombre en el comercio, como su posicionamiento en el mercado e inclusive, la misma clientela. Además, se ha reconocido, con razón, que el agente puede embarcarse en la realización de arduos esfuerzos cuyos frutos rendirán a largo plazo.

Lo normado en este artículo 1324 del código comercial (el pago de la “cesantía”) se aplica a todos los casos de terminación del contrato de agencia comercial, que por expresa disposición legal, son los establecidos en los artículos 1279 a 1286 del Código de Comercio para el caso del mandato. Por tanto, se encuentra esta prestación revestida de una naturaleza retributiva, mas no indemnizatoria, que tiene lugar a reclamarse en todos los supuestos de terminación del contrato, aun cuando éste hubiera finalizado a causa de una decisión injustificada del agente. Razón por la cual resulta claro que ni la causación ni el pago de la referida “cesantía” tiene carácter sancionatorio, pues bien el contrato puede finalizar sin culpa de ninguna de

---

7 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje, Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavelier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

8 La referencia al origen en la teoría europea fue realizada por Juan Pablo Cárdenas Mejía en CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Bogotá, Ed. Temis, 1981

las partes, e inclusive, sin que dicha terminación se vea como un incumplimiento de las obligaciones del agenciado, y aún así, en dichos eventos, habrá lugar al pago de la prestación.

Dicha “cesantía comercial”, expone la jurisprudencia arbitral, no es otra cosa que un derecho que otorga la ley al agente, por el solo hecho de haberse constituido como tal en una relación contractual de tales características, sin que de ello se infiera que pueda considerarse como una sanción o una pena para el agenciado<sup>9</sup>.

## II. REGLAS GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY CONTRACTUAL EN EL TIEMPO

### 2.1. Constitución Política

Dispone el artículo 58 de la Constitución Política de 1991 lo siguiente:

“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” (bastardilla fuera de texto).

Este artículo, fiel a la tradición jurídica y a los postulados constitucionales que habían regido al país por un siglo<sup>10</sup>, consagró y reprodujo el principio general de no aplicación retroactiva de las leyes, otorgándole rango supremo al mencionado principio de aplicación hacia futuro de las normas, y estableciendo así, por expreso mandato constitucional, la retroactividad de la ley como meramente excepcional y restringida.

Al respecto, dijo nuestro Tribunal Constitucional<sup>11</sup> que,

“Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones

---

9 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje, *ibídem*.

10 Puesto que en gran medida reprodujo en forma similar los postulados contenidos en el artículo 30 de la Constitución Política de 1886 sobre propiedad privada y respeto de los derechos adquiridos.

11 Corte Constitucional, sentencia C-146 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL.

jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

“Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley.

“Sin embargo, es necesario precisar que la regla precedente no es absoluta, porque ella misma prevé la posibilidad de que se puedan afectar, los referidos derechos “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida”, evento en el cual “el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Reconoce así, la jurisprudencia constitucional colombiana, el principio general de la irretroactividad de la ley, aclarando que éste dista en todo sentido de ser absoluto, por cuanto admite ser exceptuado para dar aplicación retroactiva a una ley posterior a la situación o relación regulada por la precedente, cuando el interés particular se vea forzado a ceder frente al general, dada la expedición de una ley por motivo de utilidad pública o interés social que origine un conflicto entre los derechos particulares y el mismo interés general.

## **2.2. El artículo 38 de la Ley 153 de 1887**

De acuerdo con un principio jurídico reconocido desde los tiempos de Roma, en todo contrato se entiende incorporada la ley vigente en el momento de su celebración; lo que en otras palabras significa decir que los contratos se regulan por las leyes existentes al momento de su celebración. Este principio, rector de la teoría general de los contratos, fue recogido y plasmado por el legislador colombiano en el artículo 38 de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887, a cuyo tenor:

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2° Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia estableció que,

“Parece, pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviese en rigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que no puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad [...]”.

Y ha señalado en consecuencia que,

“todos los derechos que tienen su origen en los contratos, ya sean eficaces y efectivos desde luego, ya eventuales o meras expectativas, deben ser regidos por la legislación anterior, y deben estar a cubierto de cualquiera innovación introducida por la ley posterior”<sup>12</sup>.

Posición que se encuentra ampliamente reiterada y respaldada por un amplio sector de la doctrina nacional, especialmente por el maestro OSPINA FERNÁNDEZ<sup>13</sup>, quien señala que,

(...) la seguridad del comercio y el orden público exigen imperiosamente el respeto de tales actos (jurídicos) aun por el mismo legislador. Peligroso sería para el orden social que éste olvidara que los particulares, al celebrar sus actos jurídicos, obran como delegados suyos y en la confianza de que él habrá de respetar lo que ha autorizado y prometido hacer valer como si fuera su propia ley.

“De ahí que, aun prescindiendo de la norma constitucional que garantiza la inviolabilidad de los derechos adquiridos con justo título, como una de las prerrogativas más importantes del individuo frente al Estado, debemos interpretar el artículo 1602 del Código Civil en el sentido de que la ley de las convenciones no solamente se impone a las personas que han intervenido en su celebración y a los jueces, sino también al mismo legislador. Así, las convenciones no podrán ser “invalidadas” o, más exactamente, privadas de su eficacia, sino por la voluntad unánime de las partes o por causas legales, entendidas estas últimas según ya lo sabemos, como los motivos establecidos al tiempo de la celebración de los actos jurídicos, pero no como las modificaciones introducidas por una legislación posterior a tal momento (art. 38 de la L. 153 de 1887)”.

En concordancia con esta corriente, se encuentran los autores chilenos ARTURO ALESSANDRI y MANUEL SOMARRIVA<sup>14</sup>, quienes exigen pleno respeto a la autonomía de la voluntad privada, puesto que consideran que,

---

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de mayo 9 de 1938.

13 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, 1998, pág. 321.

14 ALESSANDRI Y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil*, Nascimento, Chile, 1939, pág. 267.

“los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado expresamente, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir, se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser a otra ley, que aquella que existía a la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería sustituir una nueva convención a las que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos.

“La aplicación en esta forma del principio de la no retroactividad tiene una importancia práctica considerable, pues sólo ella puede dar una confianza absoluta en la eficacia de los contratos [...]. Estas son las ideas que expresa el artículo 22, al decir que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Forman un solo cuerpo en el contrato, porque ellas determinan tanto los requisitos necesarios a la validez del contrato como el alcance de los derechos y obligaciones a que el contrato da lugar”.

Por consiguiente, para que resulte posible dar aplicación inmediata a la ley nueva respecto de contratos en curso al momento de su promulgación, es menester que la misma ley lo ordene expresamente; requisito exigido por el derecho positivo colombiano, reafirmado por la jurisprudencia y avalado por la doctrina.

Se concluye entonces, que la ley tendrá aplicación retroactiva sólo cuando el legislador así lo disponga expresamente por justa causa que involucre motivos de utilidad pública o interés general, siendo el legislador, el único facultado para otorgarle dicho carácter a las normas jurídicas para afectar una situación o relación en curso, celebrada bajo el imperio de una legislación anterior, dejando así claro que en derecho colombiano, la ley no tiene carácter ni aplicación retroactiva, salvo que el legislador expresamente señale lo contrario, siempre que se encuentre fundado en sendos motivos que así lo permitan.

### **2.3. Teorías contemporáneas**

Por absoluto que parezca el principio de respeto a la voluntad contractual y a los efectos que la ley atribuye a ésta y a su facultad creadora, se ha establecido que aun en este campo existe una importante excepción plasmada en las citadas normas constitucionales<sup>15</sup>, según las cuales aun los derechos adquiridos con justo título y

---

15 Constitución Política de Colombia, artículo 58.

con arreglo a las leyes civiles pueden ser desconocidos por el legislador por motivos de utilidad pública o interés social, cuando éstas originen un conflicto de derechos que obligue al interés particular a ceder ante el general. A través de esta argumentación se permite la retroactividad de la ley y el desconocimiento y/o modificación de los efectos de los contratos celebrados bajo la vigencia de una legislación anterior, en razón de que el interés particular debe subordinarse al público o general, conforme a la regulación legislativa sobre la materia.

Motivo por el cual, teorías recientes abogan por que los principios de la irretroactividad de la ley y del respeto pleno y constante a la autonomía de la libertad privada, aun por parte del legislador, y aun cuando son principios generales y básicos de nuestro sistema jurídico, están en vía de convertirse en excepcionales y esporádicos.

Dentro de esta corriente, afirma JACQUES GHESTIN<sup>16</sup> el hecho que hoy en día se aprecia que las leyes nuevas, con mucha frecuencia, son declaradas por el legislador como aplicables a los contratos en curso, a tal punto, que el principio de la irretroactividad se mantiene sólo en virtud de la posición de la Corte de Casación (francesa) y a falta de disposición contraria, siendo que en la realidad la regla general se ha convertido en la excepción. Piensa GHESTIN que es innegable que el legislador contemporáneo tiene una marcada preferencia por la aplicación inmediata de las leyes nuevas, lo que pone en evidencia una cierta declinación de la autonomía de la voluntad

Empero, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico se mantiene vigente el principio general de irretroactividad de la ley, el cual goza de consagración constitucional, para cuyo desconocimiento es requisito indispensable que el propio legislador señale las razones de conveniencia social o de interés general que justifiquen la modificación, el desconocimiento e inclusive la vulneración de situaciones jurídicas anteriores.

## 2.4. Teoría intermedia

Ahora, no obstante la ya reseñada aparición de teorías que abogan por darle cabida a la retroactividad de la ley para que se desconozcan o modifiquen los efectos de los contratos celebrados bajo la vigencia de una legislación anterior, por motivos de orden público o interés social que permitan que una ley posterior afecte las relaciones contractuales en curso, en nuestro ordenamiento jurídico actual se mantiene vigente,

---

16 GHESTIN, JACQUES, *Tratado de derecho civil. Las obligaciones*, LGDI, 1980, pág. 108.

como se ha señalado, el principio general de la irretroactividad de la ley, tal y como lo preceptúan el artículo 58 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 38 Ley 153 de 1887, entre otros; siendo dicho principio, únicamente alterable por disposición expresa del legislador a través de normas que revistan inminentes razones de conveniencia social, utilidad pública o interés general, según fuere el caso, como a bien tuvo reconocerlo la Corte Constitucional<sup>17</sup>.

En este orden de ideas, la jurisprudencia arbitral colombiana ha señalado que,

“si bien el respeto y protección a los derechos adquiridos no es absoluto, su desconocimiento sólo debe provenir del legislador mediante la expedición de leyes que deben señalar expresamente los motivos de utilidad pública e interés social que ameritan su aplicación retroactiva”, —en razón a que— “en materia de contratos no es muy frecuente que el interés general intervenga en relaciones que, por esencia, son de interés privado”, —ya que— “son raras las ocasiones en que el legislador quiera modificar las relaciones contractuales. Si no lo dice expresamente, el juez no debe dar cabida a la voluntad tácita del legislador, sino cuando sea evidente el interés general, pero no deberá admitir fácilmente la existencia de un interés social que conduzca a la retroactividad”<sup>18</sup>.

LAURENT<sup>19</sup> por su parte, al analizar la hipótesis en que la ley sobre contratos no habla expresamente de efectos retroactivos, ni de aplicación inmediata a las relaciones en curso, se pregunta, entonces, ¿en qué casos puede el juez proyectar la ley hacia el pasado?

Para contestarse, precisa cuál es la misión del juez y la concreta en la aplicación de la ley, es decir, el juez debe hacer lo que el legislador desea; por tanto, ha de seguir siempre la voluntad del legislador. Pero, ante su silencio, deberá examinar, previamente, si existe un derecho adquirido de por medio, en cuyo caso no podrá desconocerlo aplicando retroactivamente la ley. Si no existe derecho adquirido, el juez estará facultado para aplicar retroactivamente la ley nueva al igual que había podido hacerlo el legislador. Sin embargo, ha de precisarse que lo que el juez debe indagar es lo que el legislador quiso y no lo que podía hacer, pues éste deja de hacer, por múltiples razones, cosas que estaba facultado para llevar a cabo.

---

17 Corte Constitucional, sentencia C-146 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL.

18 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje, Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavelier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

19 LAURENT, FRANÇOIS, *Derecho civil*, t. I, Bruylant, París, 1887, pág. 259 y sigs.

Si la ley nueva es de interés social general, el juez debe aplicarla al pasado, pues debe creer que la intención del legislador es la de hacer prevalecer el interés general sobre el individual. Esta es, pues, la voluntad tácita del legislador.

Se concluye pues, que esta teoría admite el principio general de la irretroactividad de la ley, sin embargo, tal efecto sí se le puede otorgar, de manera excepcional y restrictiva, cuando se de una de dos situaciones:

1. Que la norma, dado su contexto, naturaleza, características y contenido, efectivamente revista un carácter de utilidad pública o interés social que haya ameritado su expedición, caso en el cual el juez debe entenderle, interpretarla o aplicarla como tal, y;
2. Que el legislador expresamente lo prevea al promulgar una determinada norma jurídica, precisamente por razones de utilidad pública o interés social debidamente justificadas como tales.

## 2.5. Jurisprudencia

Sobre el tema en comento, la Corte Suprema de Justicia ha emitido numerosos fallos, entre los cuales vale la pena resaltar los siguientes:

“El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico”<sup>20</sup>.

De donde se infiere que,

“como ésta (la ley) no tiene ni puede tener carácter retroactivo, sólo puede aplicarse a partir de su vigencia [...]”<sup>21</sup>,—sin embargo— “el legislador por motivos de utilidad pública o interés social, puede dar primacía a una ley que pugne con derechos de los particulares constituidos con arreglo a la legislación anterior”<sup>22</sup>.

---

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 24 de 1976.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 27 de 1979; en el mismo orden de ideas véanse sentencias de 5 de abril de 1973 y de abril de 1975.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de abril 4 de 1972.

Esta orientación jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, además de no ofrecer ningún reparo al respecto, dada su claridad, fue acogida de la misma manera por el Consejo de Estado, en sentencias de 21 de julio de 1981 (sección 1ª); 30 de octubre y 18 de noviembre de 1986 (sección 3ª).

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia colombiana, emanada tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, ha reconocido que si bien el respeto y la protección a los derechos adquiridos no es absoluto, su desconocimiento sólo lo puede acarrear el legislador, mediante leyes que señalen expresamente los motivos de utilidad pública e interés social que justifiquen su aplicación retroactiva; resumidas cuentas, lo que la Constitución ha plasmado, la ley ha desarrollado y la jurisprudencia ha interpretado, es que la proyección hacia el pasado de la legislación sólo puede darse cuando éste expresamente ha manifestado, justificadamente, su voluntad de que así sea.

## **2.6. Derecho comparado**

Ha dicho la doctrina, a nivel internacional, que cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su promulgación, penetrando en el dominio de la norma antigua, se dice que tiene efecto retroactivo, porque la ley vuelve sobre el pasado; por lo que la retroactividad consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su promulgación, siendo ésta una ficción de preexistencia de la ley<sup>23</sup>.

Por lo que resulta menester ofrecer seguridad y confianza a los particulares respecto de sus derechos y obligaciones, ya que el interés general exige que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido, y en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de la legislación<sup>24</sup>.

Congruentes con esta postura que se viene esbozando, se encuentran nuevamente, entre otros, ALESSANDRI y SOMARRIVA<sup>25</sup>, quienes argumentan que,

“los hechos, relaciones jurídicas o situaciones que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero las dudas se presentan con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley que por razón cualquiera vienen

---

23 ROUBIER, PAUL, *Los conflictos de la ley en el tiempo*, t. I, París, pág. 7.

24 PLANIOL, MARCEL, *Tratado elemental de derecho civil*, t. I, París, 1937, pág. 100.

25 ALESSANDRI Y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil*, Chile, Nacimiento, 1939, pág. 231 y sigs.

a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige o tiene imperio otra. En estos eventos hay que saber que norma aplicar.

“Para resolver este dilema, la mayor parte de legislaciones contienen normas que fijan el principio de irretroactividad. En estos casos, como una ley puede modificar otra, el legislador es libre de hacerle producir efectos retroactivos o retrospectivos a una disposición que promulgue con el fin de atender consideraciones de carácter social”.

DUVERGER asume al respecto una postura un poco más ecléctica, puesto que para este autor el principio de la irretroactividad de la ley guía el interés general, de modo que cuando el juez tiene la certeza de que el interés general exige la aplicación inmediata de la nueva ley, esto es, cuando se demuestra que es mejor para la sociedad sufrir la perturbación —consecuencia inevitable de un cambio brusco de legislación—, que aguardar durante un más o menos prolongado período los efectos saludables que se desprenden de la nueva norma, el principio de la irretroactividad debe ceder; en otras palabras, en este supuesto, es de presumirse que el legislador ha querido proyectar hacia el pasado la ley<sup>26</sup>.

Por otro lado, los autores JACQUES GHESTIN<sup>27</sup> y FRANÇOIS LAURENT<sup>28</sup>, realizando una fuerte crítica frente a la postura adoptada, expusieron que el principio de la irretroactividad legal está apoyado, en una parte, en la teoría de los derechos adquiridos y, de otra, en el postulado de la autonomía de la voluntad, con lo cual se pretende imponer la superioridad del contrato sobre la ley, o al menos afirmar que ésta interviene en el contrato sólo de manera excepcional. Esta posición obedece a una ideología liberal que ha de ser cambiada por las concepciones filosóficas y políticas actuales sobre el papel que juega el legislador, consideran los citados autores en forma muy similar.

Por lo que a juicio de los académicos arriba citados, la irretroactividad no es de la esencia de la ley. Sin embargo, se trata de un crítica muy bien estructurada, por cuanto de la misma forma han tenido a bien reconocer que desde el punto de vista del derecho positivo la ley no debe tener efecto retroactivo en el sentido en que no puede arrebatar a los ciudadanos un bien que se encuentra en su patrimonio. Con mayor razón, cuando en la ley no se indica que ésta producirá efectos retroactivos, el juez no puede aplicarla de tal manera que prive a un particular de cualquier bien de su propiedad; el juez, por tanto, interpretará y aplicará la voluntad del legislador. La ley puede tener efectos retroactivos si el legislador lo desea, manifestando su voluntad que en este sentido puede ser expresa o tácita. El juez tiene el derecho,

---

26 DUVERGER, MAURICE, *De los efectos retroactivos de las leyes*, citado por LAURENT, *op. cit.*

27 GHESTIN, JACQUES, *Tratado de derecho civil. Las obligaciones*, L.G.D.J., 1980, pág. 107 y sigs.

28 LAURENT, FRANÇOIS, *Derecho civil*, t. I, Bruylant, París, 1887, pág. 223 y sis.

más bien la obligación, de escudriñar la intención del legislador, ya que debe obedecerle, pues aquél sigue la voluntad de éste.

De todo lo anteriormente citado, se desprende que en derecho comparado existe una posición bien clara en cuanto un amplio sector resulta ser bien celoso de salvaguardar los derechos adquiridos junto con el respeto por las situaciones jurídicas consolidadas, y de esta forma, negar a todas luces la aplicación retroactiva de la ley como una regla general; postura bien desarrollada y totalmente conforme con la reseña que el presente trabajo expone. No obstante, y como es propio de un ambiente académico tan diverso y conflictivo como el que nos ocupa, siempre habrán discusiones y posiciones diferentes y disidentes.

### **III. APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS COMERCIALES**

#### **3.1. El artículo 2036 del Código de Comercio**

Como es bien sabido, la promulgación del Código de Comercio en el año de 1971 dio lugar a una fuerte problemática en torno a la aplicación de sus normas en el tiempo y al efecto que podrían llegar a producir éstas sobre las relaciones mercantiles en curso. Motivo por el cual, el legislador comercial de 1971, en desarrollo del ya citado artículo 38 de la Ley 153 de 1887, y bajo el amparo del artículo 30 de la Constitución de 1886, vigente para ese entonces, reprodujo el mismo principio general de la irretroactividad de la ley en materia de contratación, en este caso para las normatividad mercantiles. Dicho principio, fue consagrado como sigue:

“ARTÍCULO 2036. Los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887 [...]”.

Esta norma, no puede ser más clara y más rotunda en el sentido de reflejar el consciente deseo del legislador de negarle el carácter retroactivo a las disposiciones comerciales que entraron en vigencia a partir de 1971. Además, este artículo 2036, se encuentra en perfecta concordancia con los artículos 46<sup>29</sup> y 120<sup>30</sup> del mismo

---

29 Código de Comercio. Artículo 46: “Los actos y documentos registrados conforme a la legislación vigente al entrar a regir este código, conservarán el valor que tengan de acuerdo con la ley; pero en cuanto a los efectos que ésta atribuya al registro o a la omisión del mismo, se aplicarán las disposiciones de este código.”

30 Código de Comercio. Artículo 120: “Las sociedades válidamente constituidas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por tales sociedades bajo el imperio de una ley, subsistirán bajo el imperio

código, de donde se desprende que, según una interpretación sistemática e inclusive teleológica del Código de Comercio, podría concluirse que el legislador quiso *ex profeso* que dicha normatividad no tuviera aplicación retroactiva para las relaciones contractuales en curso, sino que, por el contrario, ésta únicamente afectara las relaciones mercantiles originadas con posterioridad a su entrada en vigencia, y no antes, pues así lo ha prohibido expresamente.

### **3.2. El artículo 2038 del Código de Comercio**

Ahora, no obstante el artículo 2038 del Código de Comercio le hubiera dado un tratamiento especial a la agencia y otra serie de instituciones mercantiles de modo que sus normas entraran en vigencia con anterioridad a las demás disposiciones del mismo código, esta medida ciertamente no altera los planteamientos arriba expuestos, porque una cosa es el tiempo de entrada en vigencia de la ley, que para las normas contempladas en el artículo 2038 se realizaba con escasos nueve meses de anticipación al resto del código, y otra muy diferente, es el efecto retroactivo de la misma, el cual se negó por disposición expresa del mismo legislador.

Si quienes se encuentran en desacuerdo con la postura adoptada por el presente escrito pretendieran refugiarse en el argumento que de la aplicación preferente en el tiempo que este artículo 2038 dio a la agencia mercantil, se podría inferir que dichas normas fueron expedidas por motivos de utilidad pública y prevalencia del interés general que justifiquen su aplicación retroactiva, tampoco les asistiría razón alguna, puesto que de la entrada en vigencia de la ley no puede deducirse que esta revista dicho contenido, ya que de un efecto no se desprende necesariamente el otro. Evidenciar cómo una norma jurídica comporta el efecto suficiente de prevalencia del interés general para así permitir su aplicación retroactiva, debe ser producto de una adecuada y rigurosa interpretación de dicha ley que así lo demuestre, no de pretender otorgarle dichos efectos dada la fecha de su entrada en vigencia, de donde no se derivan en caso alguno.

### **3.3. Conclusión**

Sin lugar a dudas, la posición adoptada por los señores árbitros JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO, resulta ser la más correcta jurídicamente, y adecuada socioeconómicamente, ya que en esta providencia,

---

de la ley posterior; pero la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como respecto de terceros, se sujetarán a la ley nueva”.

después de un largo estudio al respecto, concluyeron los citados árbitros en el famoso laudo de 8 de julio de 1992, lo siguiente:

“Con esta norma (art. 2036 C. de Co.) no hay nada que discutir, pues las tesis que pretenden la aplicación retrospectiva del Código de Comercio [...] se desvanecen ante la claridad de esta disposición. No caben pues las argumentaciones que se basan en supuestas razones de “necesidad social” o de “interés público”, pues si así fuere, el legislador seguramente habría introducido una excepción a la regla del artículo 2036 [...]”. Motivo por el cual, “resulta imperativo concluir que a todos los contratos acordados antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio, les es aplicable la legislación vigente al tiempo de su celebración, sin que el nuevo régimen pueda modificarlos, salvo expresa disposición en contrario del legislador”.

En este sentido, concluyen los señores árbitros que,

“precisamente lo que hizo el citado artículo 2036 del Código de Comercio fue excluir de sus disposiciones los contratos celebrados con anterioridad, con lo que expresamente los sometió a las leyes vigentes al tiempo de la celebración. Dichas disposiciones, en consecuencia, no tienen efecto retrospectivo, lo que significa que [...] en cambio se reconoce plena y expresamente la aplicabilidad del artículo 38 de la Ley 153 de 1887”.

En consecuencia, resulta inútil toda argumentación que pretenda basarse en supuestas razones de “necesidad social” o “interés público” para aplicar las disposiciones contenidas en el Código de Comercio a los contratos celebrados y ejecutados con anterioridad al año de 1971, fecha en la cual dicha normatividad entro en vigencia. Porque si ese hubiera sido su propósito, el mismo legislador hubiera introducido una excepción a la regla del artículo 2036 para hacerle aplicable la normatividad mercantil a los contratos existentes antes a su promulgación, como sí lo hizo en cambio con las sociedades mercantiles, a las cuales otorgó un plazo de dos años para amoldar sus estatutos a las disposiciones de dicho código (art. 2036, inciso 2°).

Por ende, tal y como se encuentra consagrado expresamente en los textos legales anteriormente citados, los preceptos contenidos en el Código de Comercio únicamente resultan aplicables, como normatividad obligatoria y vinculante, a los contratos mercantiles celebrados y ejecutados a partir de 1971, año de promulgación de dicha ley; y por consiguiente, las disposiciones allí contenidas, mal pueden entrar a regular negocios jurídicos acordados con anterioridad a su entrada en vigencia, puesto que ha sido el mismo legislador quien expresamente le ha negado ese carácter retroactivo a la ley mercantil vigente desde 1971.

Así lo señaló también la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup>, con ocasión del control de constitucionalidad del artículo 2036 del C. de Co., cuando declaró su constitucionalidad valiéndose precisamente de los argumentos aquí expuestos, adoptando así la Corte, esta postura por vía jurisprudencial.

De donde se infiere que todo intento por aplicar los mandatos del Código de Comercio a los contratos celebrados con anticipación a su expedición, resulta por completo vano, por cuanto es la misma ley mercantil la que prohíbe que los contratos comerciales anteriores a 1971, se rijan por una ley posterior a su celebración y ejecución, como lo es el mismo estatuto comercial.

### **3.4. Problema jurídico**

Habiendo planteado los anteriores lineamientos, se hace necesario resolver el interrogante que se planteara en la parte introductoria de este trabajo: ¿puede el Código de Comercio entrar a regular relaciones contractuales de estirpe comercial, cual es la agencia mercantil, nacidas y ejecutadas antes de 1971, fecha de su promulgación?

Ante todo, subyace el hecho que corresponde al intérprete de la ley, que para el presente caso debe ser la jurisdicción ordinaria o inclusive la jurisdicción arbitral según corresponda, dar solución a este interrogante. Para el efecto, sea lo primero determinar hasta qué punto el artículo 1324 del Código de Comercio reviste un contenido de “utilidad pública” o de “interés social”, de manera tal que justifique su aplicación retroactiva, para así poder exceptuar sin desconocer el principio según el cual en todo contrato se entiende incorporada la ley vigente en el momento de su celebración. O si por el contrario, dichos valores superiores no son propios de las normas comerciales reguladoras del contrato de agencia, y al tenor del artículo 2036 del mismo Código Comercial, se debe rechazar de plano cualquier intento de dar cabida a la aplicación retroactiva de esta normatividad.

En ese sentido, para abordar correctamente la problemática en cuestión, ha de hacerse forzosa referencia al tema de la renunciabilidad o no de la prestación contenida en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co., puesto que a pesar de ser un tema diferente al de la aplicación retroactiva, ambos aspectos se fundamentan en criterios de utilidad pública e interés social, de manera que quizá lo dicho respecto del primer tema sea útil en orden a sustentar lo pertinente en cuanto al segundo.

---

31 Sentencia de Sala Plena de febrero 21 de 1974 (MP JOSÉ GABRIEL DE LA VEGA).

## IV. EL CASO DE LA AGENCIA COMERCIAL

### 4.1. Aplicación retrospectiva del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio

La doctrina nacional, con ocasión de la discusión en torno a la prestación contenida en el inciso 1° del artículo 1324, ha formulado muy variados argumentos, algunos de los cuales, sobre todo aquellos que sostienen el carácter irrenunciable de la llamada “cesantía comercial”, se apoyan en consideraciones de interés social, utilidad pública o conveniencia general.

Claro resulta que, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales anteriormente citados, la propia ley es la que debe indicar si su contenido obedece o no a motivos de utilidad pública o interés social, y por tanto, si se justifica o no su aplicación retrospectiva; y si no es así, en última instancia dicha interpretación corresponde realizarla al juez ante un caso concreto que ante éste se presente. Para el caso del artículo 1324, y en general de la agencia comercial, el legislador no mencionó tales motivos; *contrario sensu*, guardó silencio al respecto y en su artículo 2036 dispuso totalmente lo contrario.

Empero, autores como JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA<sup>32</sup> atribuyen al capítulo V del título XIII del Código de Comercio dicho contenido de interés general y utilidad pública, afirmando que el artículo 1324 es:

“una norma que responde a una necesidad social”, —por lo que— “frente a una norma que reconoce una necesidad colectiva, el interés público o social prevalece”,

respaldando el doctrinante esta posición con el argumento que el legislador reconoció la urgencia de poner fin a las injusticias que sufrían los agentes y por eso puso en vigencia las normas sobre este contrato antes que las demás del código, tal como se aprecia en su artículo 2038, aspecto éste cuyas dudas ya fueron despejadas.

ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ<sup>33</sup> explica, sustentándose en el artículo 15 del Código Civil, que las prestaciones del artículo 1324 no son renunciables, ya que la renuncia

---

32 NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano*, Legis, Bogotá, 2002, pág. 288 y sigs.

33 GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE, *Derecho comercial*, Bedout, Bogotá, 1981, pág. 84.

“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 dos prestaciones”.

Complementa el argumento expresando que la norma comentada es de naturaleza imperativa pues está enderezada a proteger los intereses generales del comercio y se basa en la necesidad de rodear de mayores garantías al trabajo humano al que la Constitución le da una especial protección.

En igual sentido, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA<sup>34</sup> opina que las citadas disposiciones buscan proteger un gremio, para cumplir así los fines que le señalan los preceptos constitucionales sobre intervención del Estado en la economía y protección del empleo, por lo que la norma debe ser interpretada y aplicada de tal manera que cumpla este propósito, y logre la prestación pretendida por el legislador, que no se obtendría si la norma fuere supletiva. Expone así que por estos motivos

“debe entenderse que este precepto es de orden público, pues aunque de manera directa sólo atañe a los agentes, en su finalidad trata de organizar todo un sector de la economía que el legislador consideró necesario amparar, Y por ello interesa a la sociedad en general”.

De similar forma, JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA<sup>35</sup> expone que la prestación bajo examen le permite al agente impulsar nuevamente su empresa, dedicándose a agenciar nuevos bienes y servicios, o dándole más fuerza a aquellos que con anterioridad agenciara, sin que sea obligado a buscar otra fuente de ingresos para poder vivir en ese lapso; se logra así, la permanencia de una empresa, en lo cual está interesado el orden económico del país. La prestación está entonces encaminada a la protección de la empresa y de los empresarios llamados agentes, en consecuencia, y por mirar también el interés general y al de los agentes, la prestación es irrenunciable.

El autor ÁLVARO PÉREZ VIVES<sup>36</sup> sostiene que estas prestaciones son de orden público y por tanto irrenunciables, pues su normatividad interesa al desarrollo económico y social del país.

---

34 CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1981, pág. 84.

35 GÓMEZ MEJÍA, JAIME ALBERTO, *Contratos comerciales*, Kelly, 1980, pág. 204 y sigs.

36 PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Agencia comercial – Comentarios al Código de Comercio*, Ejes, Medellín, 1975, pág. 1953.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>37</sup>, en sentencia confirmada por el Consejo de Estado<sup>38</sup>, en lo relativo a la naturaleza de orden público de la prestación establecida en el artículo 1324 del Código de Comercio, pero sin hacer ningún planteamiento sobre la aplicación de leyes contractuales en el tiempo, sostuvo que la prestación del artículo 1324 es una prestación social, si se considera que, para este efecto, el legislador asimiló el contrato de agencia al de trabajo, concluyendo que se trata de una norma de orden público y de aplicación inmediata, lo que significa que es aplicable a los contratos que se encontraban en curso el día en que ella comenzó a regir.

Valiéndose de similares argumentos se pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín<sup>39</sup>, cuando señaló que,

“Como la ley rige para el futuro y no para el pasado, los efectos señalados al contrato de agencia comercial sólo pueden darse a partir del 27 de marzo de 1971, según se desprende del artículo 2038 del Código de Comercio. Jamás dárseles aplicación, en sus consecuencias, señaladas por el actual Código de Comercio a las relaciones habidas entre empresarios y agentes con anterioridad al 27 de marzo de 1971, pues ello contraría flagrantemente el principio consagrado por el artículo 38 de la Ley 153 de 1987 (...)”.

Esta tesis del Tribunal aboga porque respecto de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de las normas hoy vigentes sobre agencia, no producen efectos las nuevas disposiciones en cuanto al tiempo anterior a dicha entrada en vigor, pero sí en lo futuro. Así las cosas, los contratos anteriores vendrían a ser afectados por la legislación posterior y desde su expedición, interpretación ésta que vulnera el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Si bien esta providencia fue casada por la Corte Suprema de Justicia, nuestro máximo Tribunal no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación retrospectiva del artículo 1324, comoquiera que estimó que el contrato debatido no era de agencia.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, no debe creerse que esta tesis expuesta, defensora del contenido y propósito de interés público o general o de la utilidad social del artículo 1324 del Código de Comercio, es unánime o peor aún, correcta. Por el contrario, un nutrido sector de operadores jurídicos colombianos difirieron de esta postura y de todas las equivocaciones que ésta conlleva.

---

37 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de 1° octubre de 1980.

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia del 22 de noviembre de 1982.

39 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, sentencia de 21 de febrero de 1979.

## **4.2. Las dos excepciones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887**

Sea lo primero en decir, en orden a esgrimir una correcta contraargumentación frente a la postura anteriormente señalada, que si acaso podría invocarse que las normas comerciales bajo estudio se encuadran en una de las dos excepciones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, carecería por completo de toda razón quien así lo considerara, por cuanto la prestación contenida en el artículo 1324 del C. de Co. no corresponde a ninguna de las dos excepciones consagradas en el artículo primeramente citado.

Tal como se reseñara previamente, por su propia naturaleza y definición, la prestación llamada “cesantía comercial” del inciso 1° del art. 1324 del C. de Co., se aplica a todos los casos de terminación del contrato de agencia comercial; por tanto, ésta se encuentra revestida de una naturaleza retributiva mas no indemnizatoria, que tiene lugar a reclamarse en todos los supuestos de terminación del contrato, aun cuando éste hubiera finalizado a causa de una decisión injustificada del agente. Razón por la cual resulta claro que esta prestación no tiene carácter sancionatorio, pues bien el contrato puede finalizar sin culpa de ninguna de las partes, e inclusive, sin que dicha terminación se vea como un incumplimiento de las obligaciones del agenciado, y aún así, en dichos eventos, habrá lugar a la prestación<sup>40</sup>.

Dicha “cesantía comercial”, como bien se expuso con anterioridad, no es otra cosa que un derecho que otorga la ley al agente, por el solo hecho de haberse constituido como tal en una relación contractual de tales características, sin que de ello se infiera que pueda considerarse como una sanción o una pena para el agenciado. Así las cosas, dicha prestación del inciso 1° del artículo 1324 no es propia de la naturaleza que prevé la segunda excepción del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, la cual se refiere a las normas

“que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

Motivo por el cual, no tiene aplicación respecto de los contratos mercantiles celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1971.

---

40 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje. Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavelier y Cia. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

En cuanto a la primera excepción del citado artículo de la Ley 153 de 1887 que hace referencia a

“las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”,

resulta de claro entendimiento que una prestación legal, a favor de una de las partes de una relación mercantil, como la contenida en el art. 1324 del C. de Co., bajo ninguna consideración resulta ser una ley concerniente al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, puesto que como se mencionó anteriormente, la prestación del artículo 1324 es un derecho que la ley confiere al agente, mas no una norma reguladora de la forma de reclamar judicialmente los derechos nacidos de un contrato.

El tipo de leyes a las que se refiere dicha excepción, no es otra que a las normas procesales contenidas en los diferentes códigos de Procedimiento; por tanto, sería un absurdo jurídico considerar la “cesantía comercial” del primer inciso del artículo 1324, como una norma de estirpe procesal, cuando ésta se encuentra consagrada en el Código de Comercio como un derecho a favor de una de las partes para una determinada relación mercantil, mas no está plasmada en ningún Código Procedimental.

### **4.3. La no aplicación retrospectiva del artículo 1324 del Código de Comercio**

Expone GABRIEL ESCOBAR SANÍN<sup>41</sup>, analizando el alcance del inciso 1º del artículo 1324, que éste es un crédito de formación continuada; un derecho subjetivo, particular, patrimonial, es decir, una prestación renunciable, ya que la norma que la contiene no es una norma de orden público o de interés social. Tal renuncia puede hacerse al momento de contratar oportunamente y hacerse en todo o en parte.

También para JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR<sup>42</sup> la prestación del inciso 1º es completamente renunciable o modificable por las partes al momento de celebrar el contrato, o después, por cuanto no interesa para nada al orden público y por tanto mira únicamente al interés particular del renunciante.

---

41 ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales. I. Negocios de sustitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985. pág. 372.

42 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Ibidem*, pág. 385 y sigs.

Al respecto, dice este autor que,

“afirmar que la norma busca proteger a la parte débil del contrato que es el agente, ataca bajo todo punto de vista la realidad de las cosas. Los agentes comerciales son comerciantes independientes, completos empresarios, escasamente pobres, por el contrario, gracias a su actividad mediadora, son ordinaria y generalmente solventes. Tienen menores riesgos que la empresa productora, generalmente su utilidad está debidamente garantizada, no tienen grandes cargas laborales como los empresarios y por el número de trabajadores que utilizan en sus empresas no presentan fuertes conflictos de carácter colectivo”.

Por tanto,

“si de proteger los intereses del trabajo se trata, entonces habría que afirmar que la parte débil del contrato es el empresario, pues generalmente él es el productor, y tiene la empresa agenciada muchas más personas vinculadas que la empresa agencia”.

Rechaza ARRUBLA PAUCAR la tesis según la cual la intención del legislador fue la de proteger un sector de la economía, pues explica que, analizado el proyecto de la comisión revisora, en parte alguna se encuentran estas consideraciones y que en ninguno de los dos textos propuestos existía la prestación en la forma en que finalmente fue consagrada.

Asimismo, para la Superintendencia de Sociedades<sup>43</sup>, las prestaciones del artículo comentado son renunciables pues éste es de

“carácter dispositivo-supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares, en función de un negocio jurídico en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación”.

Fundamenta la Superintendencia esta conclusión, en el artículo 15 del Código Civil, que permite que se renuncien derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, ya que esta renuncia no se encuentra prohibida por ninguna norma jurídica.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida en 1980<sup>44</sup>, señaló que la prestación es renunciable, pero no anticipadamente, sino una vez causada, es decir, ocurrida la terminación del contrato.

---

43 Superintendencia de Sociedades, oficio 13534 de octubre de 1971.

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 2 de diciembre de 1980.

Ahora, en cuanto a la tesis sostenida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>45</sup>, posteriormente ratificada por el Consejo de Estado<sup>46</sup>, en cuanto a la supuesta asimilación del contrato de agencia comercial al contrato de trabajo, ha de replicarse que esta postura realmente carece de todo sustento jurídico.

El legislador en ninguna parte asimiló los dos contratos, que por su propia naturaleza jurídica son bastante diferentes. Por el hecho de haber empleado un método de cálculo de la prestación en favor del agente, muy parecido al que se utiliza para el cálculo de la cesantía laboral, no puede concluirse que el legislador asimiló las dos relaciones jurídicas. Precisamente, esta asimilación es jurídicamente imposible de realizar, puesto que la diferencia específica de los dos contratos es el elemento de subordinación o dependencia, esencial del contrato laboral, pero que no se encuentra en la agencia, pues en este caso el agente es un empresario independiente, autónomo, no subordinado<sup>47</sup>.

Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia<sup>48</sup>, al establecer que:

“Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se la ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continua dependencia subordinación.

“En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia [...], a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otros comerciantes, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos”.

Imperativo resulta concluir entonces, que la independencia, la autonomía y la asunción de los riesgos de su propia empresa, impiden asimilar al agente con el trabajador asalariado, propiamente caracterizado por la prestación de un servicio personal, la remuneración, y por sobre todo, la subordinación.

---

45 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de 1° octubre de 1980.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia del 22 de noviembre de 1982.

47 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje. Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavelier y Cia. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 2 de diciembre de 1980.

Por otro lado, la aplicación retrospectiva de la ley laboral procede siempre en virtud de la existencia de una norma que lo permite expresamente, como es el caso del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, a cuyo tenor:

“Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores”.

Pero ni el derecho privado en general, ni en el comercial en particular, existe norma similar a la anterior. Por el contrario, existen disposiciones totalmente opuestas, cuales son los ya citados artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio, normas éstas que impiden que disposiciones nuevas sean aplicables a contratos celebrados con anterioridad a su expedición. Por esto, precisamente, se afirma que los contratos de agencia se rigen por las normas que estaban vigentes cuando se celebraron<sup>49</sup>.

En igual sentido se pronunció el Tribunal Superior de Medellín<sup>50</sup>, cuando señaló:

“La prestación consagrada en el inciso 1ª del artículo 1324 del Código de Comercio no es una sanción civil para el empresario, sino un derecho nuevo a favor del agente, derecho que sólo puede tener efecto para las relaciones que se desarrollaron a partir de la vigencia del Código y no por el tiempo anterior a su entrada en vigor. Que no es aplicable la teoría de la restrospectividad del artículo 1324, pues allí no se contemplan una relación laboral, sino una de índole típicamente mercantil”.

Ahora, en tratándose de la aplicación retrospectiva de normas de derecho privado, la incertidumbre que se presenta es bastante delicada, ya que se puede someter a los particulares a regímenes nuevos, desconocidos completamente para ellos en el momento de contratar, lo que ciertamente vulnera la seguridad jurídica negocial, al imponerles reglas de juego con las que no se contaba, ni las que se podían tener en cuenta para evaluar la conveniencia o inconveniencia de un contrato<sup>51</sup>.

---

49 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje. Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavellier y Cia. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

50 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, sentencia de 21 de febrero de 1979.

51 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje. Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavellier y Cia. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., laudo de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

Es por ello que en orden a evitar la multiplicidad de interpretaciones, y la eminente inseguridad jurídica respecto de la aplicación de la ley en el tiempo, la jurisprudencia nacional ha establecido que es el propio legislador quien ha de establecer los motivos de utilidad pública o interés social que justifiquen la aplicación retrospectiva de una ley. En las normas del Código de Comercio en general, y sobre agencia comercial en particular, no se establece en disposición alguna que esta normatividad deba aplicarse de forma inmediata a los contratos que ya se encontraban en curso, ni se hace mención a ningún motivo de interés general, ni utilidad pública que justifique dicha aplicación.

Así las cosas, no puede prescindirse de traer a colisión el tan citado laudo de 8 de julio de 1992<sup>52</sup>, el cual, ofrece un argumento final de magna relevancia para el caso:

“Hoy, pues, en casi todas las legislaciones europeas existe una nota común: el empeño de otorgar una tutela al agente en punto del tema de la terminación del contrato. Con ello se busca proteger, bajo el amparo de leyes casi sociales, la permanencia de la labor del agente. Son regímenes de favor en pro de un gremio o clase”.

“[...] no deja de llamar la atención el contenido y el alcance de la prestación prevista en el inciso 1<sup>a</sup> del artículo 1324 del Código de Comercio, que no están inspirados precisamente en los principios que movieron a los legisladores europeos. En efecto, la preocupación de éstos fue la terminación del contrato de agencia por el preponente, intempestivamente y por motivos fútiles, y evitar el quebranto patrimonial del agente al verse privado de los ingresos que le corresponden por el esfuerzo continuado para la consecución, mantenimiento o incremento de la clientela, y que llegó a extenderse a los eventos de terminación de la agencia por muerte o incapacidad del agente. La respuesta a estas inquietudes fue el establecimiento de una prestación con rasgos simultáneos de indemnización y de compensación.

“Ese ánimo tutelar de la normatividad europea —con un indiscutible contenido solidario, que busca proteger al agente “casi asalariado”, contra un eventual abuso del derecho del empresario y disuadir a éste de la ruptura inopinada de la relación no se encuentra, como se dijo, en el inciso 1<sup>a</sup> del artículo 1324, pues éste reconoce la remuneración allí contemplada a todo agente, con contrato a término definido o indefinido y cualquiera sea la causa de terminación del mismo, inclusive la imputable al propio agente. Este es un crédito prácticamente ganado a todo riesgo y en cualquier evento, de manera que se trata, simplemente, de un ingreso adicional asegurado o de un pago diferido pero incondicional del agente. No tiene esta prestación la connotación social, protectora y tutelar de aquellas establecidas en las legislaciones europeas en defensa de la estabilidad de una clase, gremio o grupo social”.

---

52 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje, *op. cit.*

Por último, menester se hace explicar que el hecho que antes de la expedición del Código de Comercio no hubiera normatividad positiva que regulara la agencia comercial, no quiere decir, como muy erróneamente lo considera algún sector de la doctrina, que ningún ordenamiento quedó incorporado a los contratos de agencia que iniciaron su vigencia antes de 1971.

Sobre el particular cabe recordar que, así como sucedía con los contratos bancarios, la agencia comercial antes del Código de 1971 era un contrato atípico, regulado por las disposiciones convencionales acordadas entre las partes y por aquéllas normas jurídicas que le fueran aplicables. Asimismo, imperativo resulta resaltar la fuerza normativa de que goza la costumbre en materia mercantil, especialmente a falta de ley, ya que en estos casos se reconoce su función como fuente formal de derecho capaz de regular fenómenos no contemplados en las normas escritas, como bien lo dispone el artículo 13 de la Ley 153 de 1887. Por tanto, no es de recibo considerar que antes de 1971 no existía normatividad alguna sobre agencia mercantil, y que por tanto ninguna quedó incorporada a dichos contratos, puesto que sí lo hubo.

Aunando a todo lo anteriormente expuesto el ya referido argumento sobre el artículo 2036 del Código de Comercio, se despeja entonces toda duda al respecto, debido a que es claro que ni el artículo 1324 ni las prestaciones comerciales contenidas en éste envuelven un contenido de utilidad pública o interés social, puesto que esta prestación no es otra cosa que un derecho que la ley le otorga al agente al momento de la terminación del contrato; y que precisamente, no se constituye en norma imperativa puesto que en los términos del artículo 15 del Código Civil, resulta ser una prestación renunciable debido a que es un derecho conferido por la ley que sólo mira el interés individual del renunciante, que para este caso es el agente, motivo por el cual, se desecha todo intento y argumentación de darle a este artículo 1324, la aplicación retrospectiva tan erróneamente pretendida por un sector de la doctrina.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES**

El tema de la aplicación de la ley en el tiempo siempre ha sido campo de fuertes dudas e intensas controversias y discusiones; sin embargo, no es cuestionable que debe éste esclarecerse, so pena de estropear una serie de vínculos comerciales existentes de los cuales puede fácilmente depender el total de una empresa, o de un conglomerado económico industrial.

En materia de contratación mercantil, la ley es rígidamente irretroactiva, por cuanto las relaciones comerciales, nacidas en virtud de un acuerdo de voluntades

entre las partes, se rigen por la ley vigente al momento de su celebración y ejecución, y no por una posterior.

Es asimismo de total recibo que el principio de irretroactividad de la ley, acepta una gran excepción que puede encontrar dos vertientes; y ésta no es otra que la consagrada en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Carta Política de 1991, y que se encuentra constituida por las normas expedidas por motivos de interés social y utilidad pública, aquellas mismas que nos son derogables por convenios particulares, al tenor del artículo 17 del Código Civil. Estas dos vertientes, concretamente son:

- a. Que la norma, dado su contexto, naturaleza, características y contenido, efectivamente revista un carácter de ser de utilidad pública o interés social, caso en el cual el juez debe entenderla, interpretarla o aplicarla como tal, y;
- b. Que el legislador expresamente así lo prevea al promulgar una determinada norma jurídica, permitiendo éste su aplicación retroactiva, puesto que dicha norma genera un conflicto entre derechos, en el cual el interés general se sobrepone al particular.

Fuera de estas dos formas de presentarse la misma excepción, la cual es de estirpe constitucional, no existe ninguna otra figura que logre hacer que una ley escape a su principio superior de aplicación no retroactiva en el tiempo.

Es una problemática social, económica, jurídica e inclusive puede llegar a contener matices políticos, porque las relaciones comerciales contractuales deben estar revestidas de una total y completa seguridad jurídica, de modo que no quepa duda sobre la aplicación de una determinada ley en el tiempo, lo cual traerá equilibrio jurídico, estímulo y crecimiento económico, equidad social y en últimas, una estabilidad general garantista del interés general. En Colombia el miedo de los comerciantes a desarrollar empresas y de los inversionistas, a manera de ejemplo, de realizar las actividades que le son propias a sus quehaceres, encuentra su fundamento en el inmenso riesgo que representa el incumplimiento de lo pactado por parte de su contratante, así como en la dificultad que reviste ventilar un conflicto de esta clase ante la jurisdicción ordinaria, lenta e ineficaz.

Ha de decirse que la parte esencial, y más enriquecedora de esta problemática, es precisamente que ante el debate, la controversia y la confusión que hoy en día se presentan a nivel jurídico en el país sobre el presente asunto, quien tiene la última palabra es el juez. El administrador de justicia por excelencia es quien, a través de sus providencias, señalará y establecerá cómo se debe manejar y entender en el

derecho comercial colombiano, el principio de la irretroactividad de la ley. La jurisprudencia, que en últimas será aquella pronunciada por las altas cortes, es la fuente de derecho llamada a solucionar esta serie de dudas y a fijar una posición seria, estable y permanente, en aras a garantizar la seguridad y firmeza jurídica de las relaciones mercantiles de índole contractual.

## BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI Y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil*, Nacimiento, Chile, 1939.

ARECO, JUAN SEGUNDO, *La irretroactividad de la Ley y los contratos sucesivos*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1948.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, Diké, Medellín, 2003.

BONIVENTO JIMÉNEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Contratos mercantiles de intermediación: representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje, doctrina y jurisprudencia*, Librería del Profesional, 2ª ed., Bogotá D.C., 1999.

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Conciliación y Arbitraje, Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavelier y Cía. Ltda. contra la Flota Mercante Grancolombiana, laudo arbitral de 8 de julio de 1992, árbitros: JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, FERNANDO HINESTROSA FORERO y JORGE SUESCÚN MELO.

CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO, *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, 1981.

Colegio de abogados de Medellín, *La contratación mercantil y otros aspectos comerciales*, Diké, Bogotá, 1992.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, sentencia del 21 de julio de 1981.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia del 22 de noviembre de 1982.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia del 30 de octubre de 1986.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia del 18 de noviembre de 1986.

CORREA ARANGO, GABRIEL, *De los principales contratos mercantiles*, Temis, Bogotá, 1991.

Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional, sentencia C-488 de 1997, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

- Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2002, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de agosto 15 de 1936.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 9 de mayo de 1938.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 4 de abril de 1972.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 5 de abril de 1973.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de febrero 21 de 1974, MP JOSÉ GABRIEL DE LA VEGA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de abril 20 de 1975.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 27 de junio de 1979.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 2 de diciembre de 1980.
- ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales I. Negocios de Sustitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
- IORE, PASCUAL, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes: estudio crítico y de legislación comparada*, Reus, Madrid, 1927.
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE, *Derecho comercial*, Bedout, Bogotá, 1981.
- GHESTIN, JACQUES, *Tratado de derecho civil. Las obligaciones*, LGDJ, 1980.
- GÓMEZ MEJÍA, JAIME ALBERTO, *Contratos comerciales*, Ananke, Bogotá, 1980.
- LAURENT, FRANÇOIS, *Derecho civil*, t. I, Bruylant, París, 1887.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano*, Legis, Bogotá, 2002.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1983.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO, *Agencia comercial – Comentarios al Código de Comercio*, Ejes, Medellín, 1975.
- PLANIOL, MARCEL, *Tratado elemental de derecho civil*, t. I., París, 1937.
- ROUBIER, PAUL, *Los conflictos de la ley en el tiempo*, t. I, París.
- Superintendencia de Sociedades, oficio 13534 de octubre de 1971.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de 1º octubre de 1980.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, sentencia de 21 de febrero de 1979.
- UBALDO NIETO, CAROL, *et al., Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1994.
- VALLEJO GARCÍA, FELIPE, *El contrato de agencia comercial*, Legis, Bogotá, 1999.