

**La aplicación de la cesantía comercial y la indemnización equitativa en el contrato de
agencia comercial en Colombia a partir del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y
Estados Unidos**

María Lucía Cardoso Reyes

Catalina Romero Sanclemente

Tutor

Jorge Gaitán Pardo

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Privado

Bogotá D.C.
2022

ÍNDICE

1.Introducción	3
2. El Contrato de Agencia Comercial en Colombia	5
2.1 Definición y Sujetos del Contrato de Agencia Comercial en Colombia	8
2.2 Elementos del Contrato de Agencia Comercial	11
2.2.1 Elementos de la Esencia	12
2.2.2 Elementos de la Naturaleza	16
2.2.3 Elementos accidentales	18
3. La cesantía comercial y la indemnización equitativa	18
3.1 La cesantía comercial	19
3.2 La indemnización equitativa	22
4. Tratado de libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos	25
4.1 Contexto del TLC entre Colombia y Estados Unidos	26
4.2 Comentarios de Estados Unidos en el TLC sobre el Contrato de Agencia Comercial en Colombia	29
4.3 Solicitud de Estados Unidos de negociar las disposiciones del Contrato de Agencia Comercial en Colombia.	30
4.4 El TLC entre Colombia y Estados Unidos en el ordenamiento jurídico colombiano.	31
4.5 Anexo 11-E del TLC entre Colombia y Estados Unidos	32
5. Jurisprudencia y doctrina relevante con relación a las prestaciones del Contrato de Agencia Comercial en Colombia	37

5.1 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el TLC entre Colombia y Estados Unidos	45
6. Conclusiones	47
Bibliografía	49

Resumen

El contrato de agencia comercial en Colombia ha tenido múltiples discusiones, en especial lo referente a la aplicación de las prestaciones económicas contempladas en el artículo 1324 del Código de Comercio. Esta discusión se acentuó aún más en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos respecto a la posibilidad de modificar la aplicación de las mismas. Aún no se han realizado los cambios normativos, pero existe la posibilidad, a raíz del Tratado, que estas prestaciones sean susceptibles de renuncia, a partir del desarrollo jurisprudencial que hace la Corte Suprema de Justicia en la aplicación de estas prestaciones.

1. Introducción

El contrato de agencia comercial en Colombia ha traído profundas discusiones respecto a su naturaleza jurídica, y en especial a la determinación de los elementos esenciales del mismo, tanto en la concepción establecida por el legislador en el Código de Comercio como en el tratamiento jurisprudencial del mismo, que han sido objeto de crítica por parte de la doctrina, en especial lo relativo a la llamada cesantía comercial y la indemnización equitativa, contempladas en el artículo 1324 del citado Código.

La discusión tomó mayor relevancia cuando se evaluó el tema en las mesas de negociación del Tratado de Libre Comercio (en adelante “Tratado” o “TLC”) entre Colombia y Estados Unidos, particularmente cuando el equipo negociador de Estados Unidos solicitó al gobierno colombiano que el artículo 1324 del Código de Comercio fuera eliminado, ya que las prestaciones en él contempladas resultaban excesivamente gravosas para el empresario, lo cual desestimulaba el uso del contrato y por ende constituía un obstáculo al comercio (López, 2011).¹ Luego de largas conversaciones, el equipo negociador de Colombia estableció una serie de compromisos para regular el contrato de agencia, lo cual solo podría llevarse a cabo por el órgano competente, esto es, por el Congreso de la República.

A pesar de dicho compromiso, en Colombia no ha habido un cambio normativo que modifique la aplicación de la cesantía comercial y la indemnización equitativa en los contratos

¹ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

de agencia comercial. Bajo este panorama, la presente investigación busca i) Determinar cuál fue el punto de desacuerdo del gobierno de Estados Unidos para solicitar al gobierno colombiano la eliminación del artículo 1324 del Código de Comercio ii) Determinar cuál podría ser el alcance del Anexo 11-E que hace parte del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios” del TLC como norma de derecho internacional respecto a la aplicación de estas prestaciones. iii) A partir de la interpretación de las fuentes, determinar cuál es la aplicación de cesantía comercial e indemnización equitativa hoy en día en Colombia, analizando en qué casos podrían ser exigibles o cuándo puedan ser susceptibles de renuncia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico se basa en responder: ¿Cuál es, en la actualidad, el alcance que tiene el TLC entre Colombia y Estados Unidos en la aplicación de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, respecto del contrato de agencia comercial? ¿Estas corresponden a prestaciones de obligatorio cumplimiento, o son susceptibles de renuncia?

2. El Contrato de Agencia Comercial en Colombia

La figura de la agencia comercial surgió a partir de la expansión económica que se dio en el siglo XIX.² Era empleada por los productores de bienes y servicios, como una figura que le permitía al comerciante extender su actividad comercial a nuevos y diferentes territorios y/o países. En el plano jurídico, esta figura, ha permitido un avance constante y progresivo en la distribución de bienes y servicios, siendo un mecanismo importante en la expansión del comercio.

En Colombia, el contrato de agencia comercial fue tipificado y entró a hacer parte del derecho positivo colombiano solo a partir de la expedición del Código de Comercio; Decreto 410 de marzo de 1971.³ A este respecto, varios doctrinantes han considerado que la agencia comercial no fue una novedad para esa época, pues el Código de Comercio, que rigió desde 1887 hasta 1971, en su artículo 20, enumeró entre los actos de comercio “*las agencias de negocios*”.⁴ Sin embargo, autores como Hernando Cardozo afirman que la agencia de negocios, contemplada en el Código de Comercio de 1887, hacía referencia a una gestión remunerada de negocios ajenos, de forma general y amplia, mientras que la agencia comercial consistía en promover la

² LEON TOVAR, Soyla H. La Agencia Mercantil. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, establece: “el agente de comercio, a diferencia del comisionista, aparece tardíamente en el derecho mercantil, surge con la expansión económica del siglo XIX en el ámbito industrial y de comercio exterior en virtud de la necesidad de los comerciantes por ampliar y mantener sus clientela.”

³ Ana María Torres en su artículo “Inexistencia de la Agencia Mercantil en la Comercialización de Servicios Públicos No Domiciliarios de Telecomunicaciones Entregados en Concesión por el Estado” de la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, señala: “Con la expedición del Decreto 410 de 1971, sancionado por el Presidente Misael Pastrana Borrero, se incluyó en la normatividad mercantil colombiana la figura de la agencia mercantil como un contrato nominado. La consecuencia que tal consagración trajo consigo, entre otras, fue la clara delimitación del rol del agente, de las funciones a su cargo y del modelo de remuneración a que estaría sujeto el agente.”

⁴ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

celebración de contratos del agenciado, de manera que la primera corresponde al género y la segunda a la especie.⁵

En el mismo sentido, Juan Pablo Cárdenas en su libro *“El contrato de agencia mercantil”* afirma:

*“... 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 comercial, que consiste en promover la celebración de contratos del agenciado.”*⁶

Además de esta precisión, Cárdenas señala que si bien para la agencia de negocios es necesaria la estabilidad en la gestión, no se requiere la existencia de un vínculo estable entre el agente de negocios y una persona precisa, sino por el contrario, lo normal sería que ese vínculo no exista y que el agente de negocios ofrezca sus servicios al público en general, mientras que en la agencia comercial es esencial la existencia de una relación estable entre el agente y determinado empresario (Cárdenas, 1984).⁷ Debido a esta distinción, la agencia comercial durante la vigencia del Código de Comercio de 1887 estaba directamente asociada con los contratos de representación o distribución. Al respecto, Cárdenas afirma:

⁵ HERNANDO CARDOZO LUNA. La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

⁶ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

⁷ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

*“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.”*⁸

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es importante señalar que, si bien el contrato de agencia comercial no existía como contrato típico antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, en el giro ordinario de los negocios de la época, ya había algunas aproximaciones a este tipo de relaciones. Esto respondía a la necesidad de proteger a los comerciantes nacionales que celebraban contratos de representación o distribución con empresarios con el fin de promover y vender productos en el territorio colombiano.⁹

En definitiva, el decreto 410 de 1971 expidió el Código de Comercio, y a partir de ese momento se reguló la agencia comercial como un contrato típico y autónomo dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

⁸ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

⁹ Sobre este punto Juan Pablo Cárdenas en su libro “El contrato de agencia mercantil” señala: “Ocurría a menudo que una vez que el comerciante había logrado conquistar una clientela, establecer un mercado, acreditar un producto, el empresario revocaba el contrato, haciendo uso de una facultad consagrada o no en este, y en seguida le concedía a otro comerciante la representación, en condiciones más favorables para aquel, o lo asumía por sí mismo, con graves perjuicios para el comerciante nacional.”

2.1 Definición y Sujetos del Contrato de Agencia Comercial en Colombia

El contrato de agencia comercial aparece en el libro 1 del actual Código de Comercio denominado “*De los Comerciantes y Agentes de Comercio*”. El artículo 1317 lo define de la siguiente manera:

“Artículo 1317: 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 determinada 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.” ¹⁰

A partir de esta definición, se identifican dos sujetos contractuales: Por una parte, el empresario, quien adquiere la obligación de despachar al agente los productos que éste haya vendido dentro del término pactado, y de remunerar al agente, al ser la agencia un contrato esencialmente oneroso. Por otra parte, está el agente, quien realiza una labor dirigida a concluir los negocios del empresario o a facilitar su conclusión. ¹¹ Al respecto, el artículo 1321 del Código de Comercio de Colombia establece las siguientes obligaciones a cargo del agente:

¹⁰ Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 1971.

¹¹ Luis Guillermo Morales, “El contrato de Agencia Mercantil, análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón”

“El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado a tenor de las instrucciones recibidas y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”.

Con relación a las calidades especiales de estos sujetos contractuales, el Doctor José Armando Bonivento señala:

“Resulta, sin embargo, que a la luz de la ley mercantil, tanto en el agente como en el agenciado deben concurrir circunstancias subjetivas específicas para que puedan tener legalmente tal carácter. Es así como el artículo 1317 habla de comerciante, refiriéndose al agente, y empresario, hablando del agenciado. En consecuencia, puede ser agenciado toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que tenga el carácter de empresario, característica ésta que se determina a través de la calificación de la actividad que el sujeto desarrolla, comparada con la definición del artículo 25 del Código de Comercio, según la cual, empresa es “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. En este orden de ideas, la agencia se convierte en mecanismo importante al servicio del desarrollo de la empresa. Por lo que toca con el agente, puede tener tal calidad cualquier persona natural o jurídica siempre que sea comerciante, esto es, al

decir del artículo 10.º del Código de Comercio, persona que profesionalmente se ocupa de las actividades que la ley considera mercantiles.”¹²

De la disposición citada, se infiere que el contrato de agencia comercial es una especie de mandato, de naturaleza consensual, en el que el agente en su calidad de comerciante, dentro de una zona determinada, con autonomía y en forma estable, promueve y explota los negocios de otro de acuerdo con la gestión encomendada "*por cuenta y riesgo de la primera*", sin que sea de su esencia la representación del mandante.¹³ La utilidad y riesgos generados a partir de los negocios que el agente celebre por cuenta del agenciado, recaerán sobre éste último. No obstante, tal como expone Juan Pablo Cárdenas, lo anterior no implica que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia implica que asume los peligros de su propia gestión, ya que 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.¹⁴

2.2 Elementos del Contrato de Agencia Comercial

¹² BONIVENTO JIMÉNEZ. Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje. Doctrina-Jurisprudencia, 2.ª ed., Ediciones Librería del Profesional

¹³ Al respecto, José Armando Bonivento señala: “Nótese eso sí, que se exige que el agente actúe por cuenta de otro y no en nombre de otro. La primera formulación, como es bien sabido, hace referencia a un fenómeno general de intermediación; la segunda, implica un fenómeno específico de representación que no es, como veremos, de la esencia del contrato de agencia. El agente, en síntesis, tiene que obrar por cuenta del agenciado, pero puede o no hacerlo en su nombre. Puede o no ser su representante. Y actuar por cuenta de otro, en la estructura legal del contrato de mandato civil y comercial, y en la agencia como especie de éste exige, inexorablemente para nosotros, que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se trasladen o se deban trasladar a aquel por cuya cuenta se actúa (mandante o agenciado).”

¹⁴ CÁRDENAS MEJÍA. El contrato de agencia mercantil, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pp. 20 y 21.

Por otra parte, varios tratadistas han explicado cuáles son los elementos que se consideran esenciales de este contrato¹⁵, y es en esta explicación donde se encuentran distintas interpretaciones sobre lo que es el núcleo fundamental que distingue al contrato de agencia comercial con otro tipo de contratos de intermediación. Expondremos entonces, los elementos del contrato que consideramos esenciales, entendidos como aquellos que deben configurarse para que este exista, porque de no cumplirse, el negocio jurídico no existiría o degeneraría en uno diferente (Pájaro, 2009).¹⁶ Abordaremos después aquellos elementos que consideramos naturales, estos son aquellos que sin ser esenciales se presumen incluidos en el contrato, salvo pacto en contrario (Hinestrosa, 2015).¹⁷ Finalmente nos ocuparemos de los elementos accidentales, aquellos que sólo harán parte del contrato si las partes lo disponen expresamente (Angarita, 2005).¹⁸

2.2.1 Elementos de la Esencia

- a. **Encargo de promover o explotar negocios:** En la agencia comercial, el agenciado debe procurar el crecimiento de los negocios del empresario, o al menos el sostenimiento de

¹⁵ El artículo 1501 del Código Civil colombiano se refiere a los requisitos esenciales, naturales y accidentales del negocio jurídico, así:

“se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de

la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

¹⁶ Pájaro, N. (2009). El contrato y sus principios orientadores. En M. Castro de Cifuentes, Derecho de Obligaciones (Tomo 1, pp. 309-370). Bogotá: Temis

¹⁷ Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹⁸ Angarita, J. (2005). Lecciones de Derecho Civil. Bogotá: Temis.

los mismos. (Giraldo, 2012, p. 9).¹⁹ El agente deberá hacer todo lo que esté a su alcance para conquistar el mercado a favor del agenciado; se debe considerar que estas exigencias implican la consolidación de varios negocios para conquistar el mercado y no se limita a uno específico que se agote en el tiempo (Cuberos, 2005).²⁰ Éste corresponde a un elemento diferenciador de otras figuras contractuales, tales como el mandato o la comisión, al respecto, Hernando Cardozo señala: *“En la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena a través de la cual se persigue vincular una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, etc., al paso que en el mandato las relaciones entre el mandatario y cliente son ocasionales y esporádicas, ya que finalizado el encargo, termina su relación con mandante y cliente.”*²¹

- b. **Independencia:** El agente comercial es un profesional que ejerce su oficio de forma independiente, es por ello que no puede existir subordinación entre el agente y el agenciado. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (en adelante “CSJ”) en Sentencia del 15 de diciembre de 2006 en los siguientes términos: *“El agente desarrolla su gestión con independencia y autonomía, en la medida en que no está vinculado con el productor mediante lazos de subordinación o dependencia, ni hace parte de su organización.”*²² Se debe señalar que la independencia es analizada desde la ausencia de subordinación o estructura organizacional, lo cual significa que entre el agente y el

¹⁹ Giraldo, C. J. (2012). La agencia comercial en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 47, 1-31. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/html/3600/360033218006/>

²⁰ Cuberos, F. (2005). Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis. Revista de Derecho Privado, 35, 1-33. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/3600/360033183001/>

²¹ Cardozo Luna “La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano”

²² Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Radicado 15001-31-03-001-2009-00236-01. MP: Luis Armando Toloza.

agenciado no se puede presentar un contrato laboral. En el año 2013 la CSJ reiteró esta posición al establecer:

“No sobra reiterar que la independencia y autonomía son uno de los presupuestos necesarios en esta clase de vínculos, lo que conlleva la inexistencia de lazos de subordinación o dependencia entre agente y agenciado, que de presentarse desencadenarían en relaciones laborales que lo alejarían de los acuerdos mercantiles a que corresponde” (CSJ, Sentencia del 10 de septiembre de 2013).²³

En consecuencia, el agente asume los riesgos generados por los costos de su operación, con absoluta libertad para contratar el personal que hará parte de su empresa y diseñar los métodos para cumplir el objeto de la agencia comercial. Actúa como un profesional independiente y son suyos los riesgos por los costos que la promoción le demande para cumplir la misión asumida. No obstante, es importante señalar que tal independencia no significa que el agente está totalmente desvinculado del agenciado, pues al tenor del artículo 1321 del Código de Comercio, el empresario tiene la facultad de impartir ciertas instrucciones al agente para el cumplimiento de la labor encomendada.

- c. **Estabilidad:** Dentro del contrario de agencia resulta fundamental *“garantizar la permanencia en el tiempo de la inversión realizada por el agente y estimar el tiempo suficiente para que se pueda alcanzar el objeto contractual”* (Arrubla, 1997).²⁴ *“La labor de promoción o explotación no se puede hacer sin que haya un intervalo de tiempo*

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 10 de septiembre de 2013. Radicado 1100131030222005-00333-01 MP: Fernando Giraldo Gutierrez.

²⁴ Arrubla, J. A. (1997). Contratos Mercantiles (Tomo I). Bogotá: Editorial Jurídica Diké

*adecuado que permita iniciar un mercado o penetrar uno ya existente” (Giraldo, 2012, p. 8).²⁵ No obstante, la permanencia dada por la estabilidad no implica la configuración de un término indefinido para el contrato de agencia comercial (Namén, 1995);²⁶ hay contratos que por la naturaleza de su objeto exigen términos definidos en situaciones específicas. Además, es posible que la estabilidad se vea desdibujada en los casos en que se configuren justas causas de terminación contractual (Peña, 2010).²⁷ El tiempo de duración de la agencia depende del mercado que se quiere impactar, pueden ser por temporadas, fechas especiales, etc. Sobre este punto, la CSJ ha indicado que: Dicho tiempo de duración “*tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales*”²⁸*

- d. **Actuación por cuenta de otro:** Este elemento ha sido desarrollado principalmente por la doctrina y la jurisprudencia; el Doctor José Armando Bonivento destacó que la misma CSJ consideró la actuación por cuenta de otro, el agente va a actuar por cuenta del agenciado, como elemento esencial del contrato mediante Sentencia del 31 de octubre de 1995, aludiendo:

“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de su actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de „promover

²⁵ Giraldo, C. J. (2012). La agencia comercial en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 47, 1-31. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/html/3600/360033218006/>

²⁶ Namén, W. (1995). Derecho de la distribución comercial. Bogotá: El Navegante Editores

²⁷ Peña, L. (2010). Contratos mercantiles nacionales e internacionales. Bogotá: Editorial Temis; Universidad Santo Tomás.

²⁸ Sentencia del 10 de septiembre de 2013 (15 de julio anterior versión). Exp. 1100131030222005-00333-01. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

o explotar negocios” del empresario „en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (art. 1317 C. Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona...”²⁹

En palabras de la CSJ, el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se refleja en los estados financieros del agenciado, al paso que, por las labores de comercialización, el agente recibirá una remuneración previamente acordada por la partes.³⁰ Las utilidades que se generen en virtud de la agencia beneficiará de forma directa al agenciado, y la clientela creada será del agenciado durante la vigencia del contrato y a la terminación del mismo (Giraldo, 2012; Namén, 1995).³¹ Sin embargo, lo anterior no significa que el agente esté exento de riesgos; el agente asume el riesgo y los costos de la infraestructura y la estrategia diseñadas para desarrollar el objeto contractual, y su remuneración se calculará, por lo general, en función de las ventas que se obtengan producto de la agencia.

- e. **Área específica y zona geográfica delimitada:** El contrato de agencia comercial debe recaer sobre un área específica del negocio, es decir se debe establecer en el contrato de agencia, el portafolio de bienes y/o servicios del agenciado que el agente promoverá

²⁹ BONIVENTO JIMÉNEZ. Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje. Doctrina-Jurisprudencia, 2.^a ed., Ediciones Librería del Profesional

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 10 de septiembre de 2013. Radicado 1100131030222005-00333-01 MP: Fernando Giraldo Gutierrez.

³¹ Giraldo, C. J. (2012). La agencia comercial en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 47, 1-31. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/html/3600/360033218006/>

Namén, W. (1995). Derecho de la distribución comercial. Bogotá: El Navegante Editores

(Bonivento, 1999; Perilla, 2015a).³² La especificidad debe estar delimitada por el giro ordinario de los negocios del agenciado (Arrubla, 1997; Castro, 2009).³³ Adicionalmente, la actividad agenciada debe ser desarrollada en una zona geográfica delimitada aunque el empresario está en la libertad de tener varios agentes y que cada uno se ubique en un territorio diferente con el fin de lograr el objetivo buscado en el contrato.

2.2.2 Elementos de la Naturaleza

- a. **Remuneración a favor del agente:** La agencia comercial es por su naturaleza remunerada, pero las partes pueden pactar en contrario. Esto significa que pueden existir contratos de agencia comercial gratuitos (Arrubla, 1997).³⁴ Si el legislador no ha incluido expresamente esta característica, y la CSJ tampoco ha interpretado que la remuneración a favor del agente sea un requisito obligatorio para las partes, el contrato de agencia comercial no podría calificarse de inexistente si las partes no incluyen en el mismo una remuneración periódica a favor del agente. (Talero, 2010).³⁵

- b. **Exclusividad a favor del agente:** El artículo 1318 del Código de Comercio señala expresamente que “*salvo pacto en contrario*”, el agenciado debe tener un solo agente en una misma zona para el ramo de actividades determinado (Arrubla, 1997).³⁶ Pero esto no

³² BONIVENTO JIMÉNEZ. Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje. Doctrina-Jurisprudencia, 2.ª ed., Ediciones Librería del Profesional

³³ Castro de Cifuentes, M. (2009). Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis.

³⁴ Arrubla, J. A. (1997). Contratos Mercantiles (Tomo I). Bogotá: Editorial Jurídica Diké

³⁵ Talero, S. (2010). La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional. Revista de Derecho Privado

³⁶ Arrubla, J. A. (1997). Contratos Mercantiles (Tomo I). Bogotá: Editorial Jurídica Diké

le impide al agenciado tener varios agentes en el mismo territorio nacional; el requisito es que haya un agente por cada uno de los territorios específicos asignados. En la medida que el agente y agenciado acuerden que no habrá exclusividad, el agenciado podrá tener un número plural de agentes para un mismo territorio.

- c. **Prestaciones a la terminación del contrato:** El Código de Comercio en su artículo 1324, prevé dos prestaciones que se causen en el contrato de agencia comercial al momento de su terminación. La primera de ellas es la cesantía comercial, referida en el primer inciso de la norma como la doceava parte de la comisión recibida en los tres últimos años (por cada uno de vigencia del contrato) o el promedio de lo recibido en un lapso menor. La segunda prestación, referida en el segundo inciso, se trata de la indemnización equitativa, siendo aquella que se causa para el agente cuando el agenciado revoque o termine el contrato de forma unilateral sin justa causa. Sobre estas prestaciones recaen las discusiones que abordaremos en el presente texto, pues a partir de su previsión normativa, existe el debate de ubicarlas como elementos esenciales del contrato o elementos de la naturaleza.

2.2.3 Elementos accidentales

- a. **Término de duración:** Las partes tienen la libertad de determinar expresamente si la agencia es por un término fijo o un término indefinido; la ley no define una regla que supla el silencio de las partes.

- b. **Exclusividad a favor del agenciado:** El artículo 1319 del Código de Comercio de Colombia señala expresamente que: *“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”*. Es decir, a falta de pacto específico un mismo agente puede tener varios agenciados.

3. La cesantía comercial y la indemnización equitativa

Del anterior capítulo, relativo a los elementos del Contrato de Agencia Comercial, podemos afirmar que para que se configure un contrato de agencia comercial en Colombia, es necesario que las características propias de esta figura, arriba descritas, se encuentren presentes en el acuerdo comercial. Lo anterior es relevante, en la medida en que el legislador establece consecuencias jurídicas con repercusiones personales y patrimoniales relevantes que aplican de manera exclusiva al contrato de agencia comercial. Las consecuencias económicas más significativas de esta figura se producen al momento de la terminación del contrato, pues tal como se mencionó en el acápite de los elementos naturales del contrato, el artículo 1324 del Código de Comercio exige el pago de un porcentaje del promedio de las utilidades recibidas en los últimos periodos en los cuales se haya configurado la agencia comercial. Además, el agente tiene derecho a que se le indemnice teniendo en cuenta el valor, la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente haya adelantado en desarrollo del contrato. A continuación, expondremos con más detalle estas prestaciones.

3.1 La cesantía comercial

La cesantía comercial, consiste en un pago a que tiene derecho el agente a la terminación del contrato de agencia, la cual se encuentra regulada en el artículo 1324 del Código de Comercio. Esta prestación ha sido objeto de controversia y críticas tanto por el empresariado como por la doctrina colombiana, en la medida en que esta puede resultar en una obligación excesivamente onerosa para el agenciado.³⁷ En los términos del inciso primero del artículo 1324 del 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.”

El pago de esta prestación debe realizarla el empresario a favor del agente una vez finalice el contrato, siendo este hecho el único requisito para que se configure la prestación, sin importar si el contrato terminó con justa o sin justa causa. Aún no existe unanimidad en la doctrina respecto a la naturaleza de esta prestación, pues hay quienes sostienen que la prestación es de carácter indemnizatoria, y hay otros que sostienen que se trata de una remuneración al

³⁷ Al respecto, ROMERO BARRAZA, Francisco J, en “La Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil Unemployment In The Commercial Trade Agency”, Revistas Jurídicas CUC, establece: “La regulación del contrato de agencia mercantil en lo que se refiere a la extinción del contrato y las consecuencias patrimoniales que de la misma se derivan, revela una cuestión sumamente litigiosa en la práctica que ha llevado a la resistencia de los empresarios a utilizar la figura del contrato de agencia mercantil con la finalidad de evadir la prestación (cesantía comercial) contemplada en el Artículo 1324 del Código de Comercio haciendo uso de cualquier otra denominación contractual dentro de la tipología de los contratos de distribución, al ser la agencia la única que contempla este tipo de prestación considerada por muchos como muy gravosa para los intereses del agenciado”

agente por la creación de la clientela (López, 2011).³⁸ No compartimos la idea de que se trate de un pago a título indemnizatorio, pues el pago de la cesantía se genera así la terminación sea con justa causa, lo que necesariamente nos lleva a inferir que este pago no tiene como propósito resarcir un daño sufrido por el agente al momento de la terminación del contrato.

Respecto a la consolidación de la clientela, existen criterios opuestos. Hay quienes sostienen que la creación de la clientela ya está cubierta por la comisión o remuneración que de el empresario a favor del agente por la ejecución del contrato, mientras que algunos autores, como por ejemplo, Juan Pablo Cardenas señala:

“Cuál es, pues, el fundamento de esta prestación? La explicación parece ser la siguiente: El contrato de agencia tiene como objeto crear una clientela para el agenciado que, como se observa en el desarrollo práctico del contrato, y como lo hemos tratado de precisar en este estudio, es también un poco del agente; podría entonces afirmarse, como lo hace el profesor RIPERT respecto de los VRP en Francia, que existiría una especie de “propiedad colectiva” del agente y del agenciado sobre la clientela, “propiedad” que surge en virtud de un contrato de colaboración, como lo es la agencia. Pero prescindiendo de esta concepción por el reparo que merece –en cuanto la clientela como tal no es susceptible de un derecho de propiedad–, debe aceptarse que el fundamento establecido en el proyecto de 1958 era bastante aproximado, pues el agente desarrolla un factor de la empresa del agenciado, la clientela. Hace entonces un aporte a la empresa del agenciado que entra a formar parte de esta de modo permanente, independientemente de la existencia del contrato de agencia y que por

³⁸ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

*ello no puede entenderse compensado con las comisiones pagadas al agente por los contratos perfeccionados, porque estos son apenas una manifestación parcial del verdadero valor que para el agenciado representa la clientela aportada por el agente; además, la labor de creación de un mercado es un proceso lento, cuyos resultados no se reflejan necesariamente en las comisiones que, durante su fase inicial, ha recibido el agente por los contratos perfeccionados. De esta manera, dicha prestación tiene su fundamento en la estructura misma del contrato de agencia y en su función...”*³⁹

En busca de definir la naturaleza jurídica y alcance que tiene esta prestación en el contrato de agencia comercial, ha habido varios interrogantes sobre la posibilidad de renunciar a esta prestación comercial. Al respecto, la Sentencia del 2 de diciembre de 1980 de la CSJ, Sala de Casación Civil, estableció:

“Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324, inciso primero, es irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente en el patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciar y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo

³⁹ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación”⁴⁰

Es claro, así, que desde los años 80 la CSJ consideró la cesantía comercial como un derecho irrenunciable antes de celebrar el contrato de agencia o durante su ejecución, pero, que sin embargo, una vez finalizado el contrato, la cesantía comercial, como derecho patrimonial y cierto, puede ser objeto de renuncia por parte de su titular, el agente. Con el paso del tiempo, varias líneas jurisprudenciales han discutido la obligatoriedad de hacer efectivo el pago de esta prestación como norma de orden público. Sin embargo, este criterio ha evolucionado, de forma que la corriente mayoritaria en la actualidad entiende el pago de la cesantía comercial como un interés patrimonial de beneficio exclusivo para las partes de la relación contractual.⁴¹

3.2 La indemnización equitativa

La indemnización equitativa corresponde al pago que debe hacer el empresario a favor del agente cuando el empresario termina el contrato de agencia comercial de forma unilateral y sin justa causa comprobada, esta indemnización se encuentra en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio de la siguiente manera:

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

⁴¹ Al respecto, Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR en “Contratos Mercantiles. Contratos Típicos” , establece: “Opinamos que se trata de una prestación renunciable o modificable por las partes al momento de celebrar el contrato o después, pues no interesa para nada el orden público y por tanto solo es del interés particular del renunciante.”

“...Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa (fijada por peritos), como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.”*

De la lectura de la norma en mención, podríamos inferir que la verdadera naturaleza de esta mal llamada indemnización es “retributiva” y no indemnizatoria, puesto que su finalidad consiste en “retribuir” los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. (López. 2011)⁴² Adicionalmente, es importante destacar que el mismo inciso segundo establece que para fijar el valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en el desarrollo del contrato. Estos son elementos que permiten fijar el valor de la retribución a los esfuerzos del agente en acreditar la marca, línea de productos o servicios objeto del contrato. Sin embargo, existen otras hipótesis que acogen la indemnización equitativa como un tipo de indemnización de naturaleza especial, así:

⁴² López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

*“La indemnización prescrita en el segundo inciso del artículo 1324, no obstante dársele este nombre (lo que supone incumplimiento), ofrece una redacción extraña a la idea de una verdadera indemnización por rompimiento de un contrato. Más que una indemnización, esta norma describe una fórmula para fijar la retribución del esfuerzo realizado por el agente, en cuanto se traduce en una clientela o good will para los negocios del empresario. Su razón de ser y su propósito nos han sido revelados por la ley, aunque de manera oscura. Es preciso profundizar en el concepto en busca de mayor claridad, porque si nos limitamos a lo dicho duplicamos la solución del inciso primero (cesantía comercial); y la ley no puede interpretarse para concluir en su inutilidad (C. C., arts. 25 y ss.). Retengamos por el momento que la indemnización del inciso segundo del artículo 1324 está conectada con la clientela y que sólo procede en caso de incumplimiento del empresario. Es indudable que estamos colocados frente a una indemnización especial y no ordinaria de perjuicios.[...]Tal indemnización es únicamente la retribución que merece el agente por haber creado, conservado o aumentado una clientela para el empresario; pero sólo en la medida que él pierde el beneficio que habría obtenido —en conexión con esa clientela— de no haberse incumplido el contrato por el empresario.”*⁴³

En todo caso, a pesar de las salvedades expuestas, consideramos que esta prestación no tiene un carácter indemnizatorio, sino que es una retribución adicional al agente por sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato de agencia comercial. En caso de que concurra la indemnización equitativa con la indemnización

⁴³ FELIPE VALLEJO GARCÍA, El Contrato de Agencia Comercial, Primera Edición, 1999, Legis Editores S.A., Pg. 87 y 91

de perjuicios, será el juez o el árbitro quien decida cual de estas figuras proceden, con lo que se asegura que el agente reciba lo que por ley le corresponde.

4. Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos

Entre las fuentes del derecho comercial hay que destacar el peso que actualmente se les otorga a los tratados internacionales de comercio, vinculantes para los estados que los suscriben y con repercusión en el derecho doméstico.⁴⁴ Estos tratados han generado mayor conexión entre países, tanto en el derecho como en las prácticas internacionales, porque transforman y regulan en cierta medida la forma en que se lleva a cabo el comercio exterior y en la forma en que se relacionan los comerciantes.

Una situación en donde se evidenció cómo con el paso del tiempo el contrato de agencia comercial ha ido adquiriendo mayor relevancia fue en el proceso de negociación y aprobación del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Con la implementación y ratificación del Acuerdo de Promoción Comercial en cuestión (en adelante “Tratado” o “TLC”) el equipo negociador de Estados Unidos presentó ciertas exigencias que serán expuestas más adelante, frente a las cuales el equipo negociador de Colombia se comprometió a ciertos cambios normativos en el contrato de agencia. Esta circunstancia nos lleva a la hipótesis de un posible caso de derogatoria implícita/tácita de algunos de los elementos de la naturaleza del contrato de agencia comercial en Colombia que fueron modificados con ocasión del TLC celebrado entre ambos países, Colombia y Estados Unidos.

⁴⁴ Humberto Henderson “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>

4.1 Contexto del TLC entre Colombia y Estados Unidos

Para poder abordar la hipótesis que se acaba de exponer, es pertinente empezar con un breve recuento del origen y desarrollo del TLC entre Colombia y Estados Unidos.

A partir de la primera década del 2000, las instituciones y autoridades responsables del comercio exterior en Colombia, conscientes de la necesidad de un cambio en materia de política comercial para corregir el desnivel de exportaciones e importaciones que se presentaban en el momento, se empezaron a enfocar en mejorar las relaciones comerciales con la Comunidad Andina y a desarrollar múltiples esfuerzos por acceder a diferentes mercados globales que permitieran corregir la deficitaria balanza comercial del país.⁴⁵ Dentro de esta línea de expansión comercial, Colombia acudió al mercado de Estados Unidos por medio de la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas, mejor conocida como el régimen ATPA. Fue un régimen de excepción que se otorgó de forma unilateral por parte de los Estados Unidos a los países andinos: Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia, pensando no solo en la economía sino en apoyar la lucha contra el tráfico ilícito de drogas.⁴⁶

⁴⁵ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Resumen del Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” recuperado de: <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-estados-unidos/1-antecedentes/resumen-del-acuerdo>

⁴⁶ Comunidad Andina, “Secretario General CAN agradece al Gobierno de EE.UU. por su apoyo a la prórroga de ATPDEA para países andinos” Recuperado de: <https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/secretario-general-can-agradece-al-gobierno-de-ee-uu-por-su-apoyo-a-la-prorroga-de-atpdea-para-paises-andinos-2/>

El ATPA suscrito en 1991 por George H.W. Bush, presidente de Estados Unidos “*ofrecía el ingreso, libre de aranceles a alrededor de 5.600 productos*”⁴⁷ lo cual fue un paso significativo en el mejoramiento de las relaciones comerciales entre Colombia y Estados Unidos. Este régimen fue renovado en el año 2002 convirtiéndose en la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de Drogas, mejor conocida como ATPDEA.⁴⁸ Los productos que tenían beneficio y tratamiento especial en el régimen ATPA continuarán igual y se adicionaron nuevos productos, el principal objetivo de esta la ley era incentivar las exportaciones por medio del establecimiento de un mercado preferencial y generar oportunidades de trabajo para que las comunidades y las personas pudieran ver alternativas diferentes a el cultivo de la hoja de coca y se diera de esa forma una reducción del narcotráfico.⁴⁹

El régimen ATPDEA “*representó US \$4.935 millones de exportaciones en 2005, es decir, el 52.8% de lo exportado a EEUU*”⁵⁰ evidenciando cierta efectividad lo cual conllevó a buscar la implementación de un tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Colombia. El TLC sería un acuerdo en donde podrían surgir múltiples posibilidades para los colombianos, no solo impulsaría la economía nacional sino además permitiría la generación de empleos, según el reporte elaborado por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo en el año 2006, donde señala:

⁴⁷ Universidad Icesi. Comunidad Andina de Naciones - Consultorio de comercio exterior ATPA-ATPDEA.

⁴⁸ OEA. “Sistema de información sobre comercio Exterior- Ley de preferencias Arancelarias Andinas” recuperado de: http://www.sice.oas.org/tpd/usa_atpa/usa_atpa_s.asp

⁴⁹ Universidad Icesi. Comunidad Andina de Naciones - Consultorio de comercio exterior ATPA-ATPDEA.

⁵⁰ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “El tratado de libre comercio Colombia - Estados Unidos” 2006. HERNAN AVENDAÑO CRUZ y CLAUDIA PUENTES RIAÑO.

*“Los estudios indican que el crecimiento de la economía puede estar hasta en 4.2% como consecuencia del TLC, y el empleo crecerá en al menos 380 mil puestos de trabajo en un período de 5 años”.*⁵¹

Según el reporte referido, el TLC con Estados Unidos en un comienzo beneficiaría principalmente a los sectores exportadores, ya que podrían vender sus productos y servicios en condiciones favorables en el mercado estadounidense, lo cual no excluye que otros productores nacionales pudieran obtener ventajas con la firma del tratado.

En el 2003 se iniciaron las negociaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos, pero fue hasta el 2012 que entró en vigencia cuando los presidentes Juan Manuel Santos y Barack Obama lo firmaron en la IV Cumbre de las Américas en Cartagena de Indias, Colombia. En Colombia el proceso de incorporación del tratado se da y se asume cuando se publica el Decreto 993 del 15 de mayo de 2012 por medio del cual se promulga y da a conocimiento público.⁵² El texto cuenta con 23 capítulos y diferentes anexos, caracterizado por ser permanente en el tiempo, esto es una de las grandes diferencias y ventajas que otorga el TLC frente a el régimen ATPDEA, permitiendo de esta forma mayor estabilidad en el comercio entre ambos países.

Otra ventaja que trae la implementación del TLC es la interacción entre ambos mercados, no se dará únicamente frente al comercio de bienes como se acostumbraba en el régimen ATPDEA, sino que abre la posibilidad para el comercio de servicios y la inversión extranjera. Durante las negociaciones, el gobierno Colombiano sostuvo que *“el comercio*

⁵¹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “El tratado de libre comercio Colombia - Estados Unidos” 2006. HERNAN AVENDAÑO CRUZ y CLAUDIA PUENTES RIAÑO.

⁵² Decreto 993 de 2012, Ministerio de Relaciones Exteriores.

*internacional de servicios registra una dinámica superior a la del comercio de bienes, en parte por el impulso derivado del desarrollo de Internet, los avances en tecnología de comunicaciones... ”.*⁵³ Con lo anterior es evidente que el TLC representaba muchas ventajas para Colombia y ampliaba las oportunidades ya generadas cuando se adoptó el régimen ATPDEA.

4.2 Comentarios de Estados Unidos en el TLC sobre el Contrato de Agencia Comercial en Colombia

Desde el inicio del proceso de negociación del TLC, el equipo negociador de Estados Unidos manifestó sus inquietudes frente al contrato de agencia comercial en Colombia, viéndolo como un obstáculo para el comercio. Dentro del marco de las negociaciones, Estados Unidos planteó una serie de inconformidades, particularmente en lo que respecta a la cesantía comercial. Según la delegación norteamericana la cesantía comercial: *“i) no respondía a la realidad de las relaciones contractuales; ii) daba incertidumbre a las partes respecto del valor a pagar al agente; iii) desincentivaba el uso de dicha figura; v) encarecía el uso del contrato; vi) y era innecesaria, por cuanto la remuneración por excelencia del agente era la comisión.”*⁵⁴ Adicionalmente, el equipo negociador de Estados Unidos fue claro en expresar que para ellos la indemnización equitativa no debía ser impuesta por mandato legal, y que por el contrario, está debería poder ser acordada libremente entre las partes.⁵⁵

⁵³ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo “El tratado de libre comercio Colombia - Estados Unidos” 2006. HERNAN AVENDAÑO CRUZ y CLAUDIA PUENTES RIAÑO.

⁵⁴ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

⁵⁵ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

4.3 Solicitud de Estados Unidos de negociar las disposiciones del Contrato de Agencia Comercial en Colombia.

Como parte de la negociación del TLC, el equipo negociador de Estados Unidos presentó la siguiente solicitud formal “*i) la eliminación de la cesantía comercial, ii) la eliminación de la indemnización equitativa, iii) la eliminación de la presunción de exclusividad del agente y (iv) señalar expresamente que la fecha de terminación del contrato es una justa causa para su terminación.*”⁵⁶ De esta solicitud, podemos advertir como para Estados Unidos la ley no debe interferir en los aspectos remuneratorios del contrato de agencia ni en la flexibilización de la indemnización que puede causarse por una indebida terminación del contrato.

Estados Unidos solicitó que estos cambios de ley se hicieran antes de la entrada en vigor del tratado, ante lo cual los representantes del Estado colombiano se comprometieron a realizarlos seis meses después de la entrada en vigencia del TLC, es decir, a partir del 15 de noviembre de 2012.⁵⁷ Vale la pena señalar que las exigencias realizadas por Estados Unidos se incluyeron como un compromiso expreso dentro del tratado mismo, aprobado por medio de la Ley 1143 de 2007.⁵⁸

4.4 El TLC entre Colombia y Estados Unidos en el ordenamiento jurídico colombiano.

⁵⁶ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

⁵⁷ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

⁵⁸ Ley 1143 de 2007, Congreso de Colombia, Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

Para poder entender las implicaciones o el alcance que tiene el TLC en Colombia, es importante tener presente la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico. Los tratados internacionales sobre derecho comercial que son ratificados por Colombia hacen parte íntegra de la ley y son ubicados entre las leyes comerciales reguladoras y reglamentarias.⁵⁹ Esto ocasiona que, en algunos casos, el tratado ratificado opere como marco normativo (regulación) que exige una posterior reglamentación por las normas internas (Ureña, 2012),⁶⁰ e incluso puede darse el caso en que los tratados comerciales de derecho internacional ratificados sean la reglamentación de una norma reguladora interna (Ureña, 2015).⁶¹

Por otra parte, la Constitución Política de 1991 de Colombia, dispone que las normas del ordenamiento jurídico colombiano no provienen únicamente del ejercicio legislativo del Congreso de la República, sino que también existen otras fuentes de derecho, incluido el derecho internacional.⁶² Además, no sobra mencionar que el derecho comercial colombiano se ha caracterizado por ser abierto, permitiendo que las partes contractuales tengan un mayor grado de libertad, al ser menos formalista e incentivando que por medio de los acuerdos de voluntad los contratos sean complementados por múltiples fuentes. El derecho comercial se usa como herramienta para facilitar que se realicen las negociaciones entre las partes que quieren establecer un negocio en común para mutuo beneficio económico, logrando la firma de un contrato exitoso que represente la voluntad de las partes.

⁵⁹ Perilla, S. (2017) “La agencia comercial desde el Tratado de libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos” Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532017000200017

⁶⁰ Ureña, R. (2012). No citizens Here: Global Subjects and Participation in Internacional Law. Estados Unidos: Martinus NijhoffPublishers.

⁶¹ Ureña, R. (2012). No citizens Here: Global Subjects and Participation in Internacional Law. Estados Unidos: Martinus NijhoffPublishers.

⁶² Como lo expresa Malcolm N. Shaw,²⁰ “A pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del Derecho Internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno

del Estado, incluyendo la Constitución, no pueden ser aplicadas para evadir una obligación internacional. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>

En el caso de análisis, encontramos que el TLC celebrado entre Colombia y Estados Unidos fue suscrito por ambos Estados y aprobado en Colombia a través de una ley del Congreso de la República, es decir es una norma con carácter regulador cuyo contenido además incluye las exigencias por parte del gobierno de los Estados Unidos conducentes a modificar parcialmente el contrato de agencia comercial, lo cual implicaría un posible caso de derogatoria tácita del Código de Comercio.

4.5 Anexo 11-E del TLC entre Colombia y Estados Unidos

En el anexo 11-E del TLC se encuentran los compromisos y temas relacionados con el contrato de agencia comercial que fueron acordados por ambos países, Estados Unidos y Colombia.⁶³ En la sección 2.2 de esta tesis se mencionó que el TLC incorpora el comercio de bienes y servicios, sin embargo, vale la pena señalar que los compromisos y exigencias estipulados en el anexo 11-E solo serían aplicados para los contratos de agencia comercial con relación al comercio de bienes.

El anexo está dividido en cinco puntos principales, en donde en términos generales se evidencian las solicitudes del equipo negociador de Estados Unidos: “(i) *Modificar o derogar las cesantías comerciales de las que habla el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, es decir, el pago de la doceava parte calculada en los últimos tres años o el tiempo menor que corresponda;* (ii) *Modificar o derogar la indemnización a la finalización del contrato*

⁶³ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

de la cual habla el segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, es decir, aquella que se configura por causa injustificada por parte del agenciado y debe ser pagada al agente. Por el contrario, se exige la aplicación de principios generales del derecho, como lucro cesante y daño emergente para el caso colombiano y, (iii) Modificar o derogar la exclusividad a favor del agente que se exige del agenciado, para que se constituya en un elemento accidental del contrato.”⁶⁴

Nuevamente se reitera que dichas exigencias aceptadas por el equipo negociador de Colombia requieren de ciertas modificaciones por parte del Estado colombiano a su contrato de agencia. A la fecha, el Congreso de la República de Colombia no ha realizado una modificación expresa al contrato de agencia comercial, sin embargo, esto no significa, necesariamente, que la agencia comercial no haya cambiado producto del TLC ratificado por Colombia.⁶⁵

Es importante recordar que la derogatoria tiene dos alcances, puede ser expresa o tácita, tal como señala la Corte Constitucional en Sentencia C-025 de 1993 así:

“La derogación tiene como función dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior”, que no se fundamenta en un cuestionamiento sobre la validez de las normas, por ejemplo, cuando es declarada inexecutable, “sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en

⁶⁴ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

⁶⁵ López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria.

especial, en relación con las leyes por el Congreso. Así la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del legislador. La derogación no afecta tampoco ipso iure la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexecutable, si tales efectos son contrarios a la Carta”. (...)

Añade que, “(...) Por su parte, la derogación tácita obedece a un cambio de legislación, a la existencia de una incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva ley, lo cual hace indispensable la interpretación de ambas leyes para establecer la vigente en la materia o si la derogación es parcial o total. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia. Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte al indicar que “la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas”.⁶⁶

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 4 de febrero de 1993. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De lo anterior, podemos entender que con el TLC sí se contempló adelantar una derogatoria tácita, a partir de noviembre de 2012 de las disposiciones de la agencia comercial contenidas en el Código de Comercio en el artículo 1324 que son incompatibles con los acuerdos suscritos entre EE.UU y Colombia plasmados en el TLC y la Ley 1143 de 2007.⁶⁷

Desde el 15 de noviembre de 2012 los contratos de agencia comercial suscritos entre comerciantes vinculados contractualmente, de nacionalidad colombiana y americana, tenían que acordar y definir expresamente la cesantía comercial e indemnización equitativa.⁶⁸ A falta de pacto expreso sobre estos dos elementos (cesantía comercial e indemnización equitativa), y según lo planteado en esta tesis, estos ya no serían un derecho del agente al momento de terminación del contrato de agencia.

Teniendo en cuenta todo el análisis previo y el TLC con sus respectivas obligaciones y demandas hechas por Estados Unidos, podemos decir que la agencia comercial es un contrato por naturaleza oneroso, la cesantía comercial contemplada en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio Colombiano debe estar expresamente acordada por las partes contractuales y, la indemnización equitativa que trae el segundo inciso ya no rige y en su lugar se tiene que entrar a determinar el lucro cesante y daño emergente para cada caso en que se alegue un conflicto entre comerciantes de ambos países. En otras palabras, como se ha venido mencionando en el transcurso del presente texto, el primer y segundo inciso del artículo 1324 del

⁶⁷ Esta corresponde a una tesis aplicada por la Corte Constitucional, ya que la Corte adelantó el examen de constitucionalidad del TLC, que implica un juicio de validez en estricto sentido.

⁶⁸ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

Código de Comercio pueden ser vistos como una derogación tácita producto de los compromisos adquiridos en el TLC, los cambios normativos generados o exigidos por tratados internacionales de derecho comercial tienen la capacidad para derogar parcial o totalmente las normas internas de igual nivel (Guardiola, 1998).⁶⁹

Consideramos importante poner el último apartado del Anexo 11-E del TLC entre Colombia y Estados Unidos en donde se encuentra definido el contrato de agencia comercial para las partes. Para Colombia *“un contrato de agencia comercial según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio de Colombia; solo cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales”* mientras que para Estados Unidos *“cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte.”*⁷⁰

5. Jurisprudencia y doctrina relevante con relación a las prestaciones del Contrato de Agencia Comercial en Colombia

Ahora bien, una vez analizado el alcance y compromisos adquiridos durante las negociaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos referente a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, daremos paso, en éste capítulo, a evaluar de forma general, cuál ha sido la interpretación jurisprudencial y doctrinal en la aplicación de estas prestaciones en el contrato de agencia comercial en Colombia.

⁶⁹ Guardiola, E. (1998). Contratos de colaboración en el comercio internacional. Barcelona

⁷⁰ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en:
http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

Inicialmente, la Superintendencia de Sociedades mediante el oficio No. 13514 del 4 de octubre de 1971, afirmó que dichas prestaciones eran renunciables, pues en su concepto, no existe impedimento jurídico para que el agente disponga contractualmente de estas prestaciones (cesantía comercial y indemnización equitativa), cuando únicamente tienen su causa en la autonomía de la voluntad de las partes. En palabras de la Superintendencia:

“No existe inconveniente legal alguno en que las partes en un contrato de agencia comercial pacten que el agente no gozará de la especie de prestación a que se refiere el artículo 1324, o que gozará de una inferior o superior a la establecida en él, en razón de que dicha disposición es de carácter dispositivo-supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico, en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación”⁷¹

El Doctor Jaime Alberto Arrubla considera que la postura de la Superintendencia de Sociedades tiene su fundamento en el artículo 15 del Código Civil de Colombia. Esta norma establece que es posible renunciar a los derechos conferidos por la ley, siempre que se trate de intereses individuales y su renuncia no se encuentre prohibida. Al respecto el doctor Arrubla señala:

“La cesantía comercial no es un elemento esencial del contrato de agencia comercial. La Sentencia de la CSJ de 1980 estableció que la prestación del artículo 1324 aunque es irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, una vez terminado el

⁷¹ Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 13514 del 4 de octubre de 1971.

contrato puede renunciarse, lo que indica que no es una norma de orden público.” Se evidencia la separación entre la prestación y el concepto de orden público⁷².

El sector privado enfatizó que *“en el año 1971 la tendencia era proteccionista, pero hoy en día el agente comercial es un completo empresario..”*⁷³

Por el contrario, la Sala Civil de la CSJ, en Sentencia del 2 de diciembre de 1980 estableció que el artículo 1324 del Código de Comercio se trata de una norma de orden público, por lo que los derechos contenidos en él serían de carácter irrenunciable.⁷⁴ Es decir, en opinión de la CSJ, al ser una norma de orden público, la cesantía comercial y la indemnización equitativa, se incorporan al contrato por mandato de la ley, y, por lo tanto, no son susceptibles de renuncia o disposición por las partes del contrato de agencia comercial. El concepto de orden público es definido en Sentencia C-435 de 2013 de la Corte Constitucional como:

*“La garantía de las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que hacen posible la prosperidad general y el goce de los derechos humanos, o bien la protección de los derechos fundamentales de los colombianos”*⁷⁵

Sin embargo, en la misma Sentencia anteriormente expuesta de 1980 la CSJ permitió la renuncia de dichas prestaciones cuando las mismas se han causado en cabeza del agente:

⁷² Arrubla, J. A. (1997). Contratos Mercantiles (Tomo I). Bogotá: Editorial Jurídica Diké

⁷³ Isabel C. García Velasco “El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica” (2011)

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2013 MP: Mauricio González Cuervo.

*“La prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez se haya terminado por cualquiera causa, es decir, cuando quede incorporada ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio de prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo...”*⁷⁶

Por otro lado, Enrique Gaviria Gutierrez en 1981 se refirió al tema para sostener que las prestaciones son irrenunciables, argumentando lo siguiente:

“...no afecta simplemente el interés individual del comerciante, sino los intereses generales de todos los agentes mediadores, pues permitida la renuncia tendría como consecuencia privar la norma de toda eficacia práctica, puesto que los empresarios convertirían en cláusula de estilo la eliminación contractual de las prestaciones”.⁷⁷

De igual manera, el Doctor Juan Pablo Cardenas, afirma que la intención del legislador al redactar el artículo 1324 del Código de Comercio fue proteger a un sector de la economía.⁷⁸

Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales y posiciones doctrinales referidos mantienen que las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, cesantía comercial y la indemnización equitativa, son irrenunciables al interpretar la norma como de orden público, a partir de una interpretación proteccionista hacia el agente, al ser considerado éste como la parte débil de la relación económica y contractual. Sin embargo, hay que tener presente que la posición de la CSJ y los argumentos allí expuestos, se fundamentaron en la realidad jurídica y económica de la época, es decir, la sociedad colombiana de los años 1970-1980. El que la CSJ haya definido

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

⁷⁷ Gaviria Gutierrez Enrique. Derecho Comercial. Editorial Bedout, Medellín, 1981.

⁷⁸ CÁRDENAS, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Bogotá, Temis, 1984

en aquel momento el artículo 1324 del Código de Comercio como norma de orden público, no significa que ello ha de permanecer así de forma indefinida. Las sociedades, como el derecho, son dinámicas, y están llamadas a evolucionar según los cambios sociales y económicos y las nuevas necesidades y realidades de la sociedad.

En contraposición a la postura acogida por la CSJ, la doctrina de los Tribunales de Arbitramento, al dirimir conflicto en torno al pago de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, específicamente en el laudo arbitral Cellular Trading de Colombia LTDA., (Cell Point) vs. Comunicación Celular S.A., (Comcel) del dieciocho (18) de marzo de 2002 (Bogotá D.C.) , respecto a la cesantía comercial, establece:

“la prestación objeto de controversia y análisis de contenido remuneratorio, de carácter patrimonial, de formación continuada y de carácter eminentemente particular y subjetivo. No ve por parte la renuncia que de ella haga un agente comercial pueda atentar contra el orden o contra las buenas costumbres.evidente

Es tan etéreo el interés jurídico que dice protegerse con la irrenunciabilidad, que algunos aluden al orden público, otros al orden económico y otros más al orden social, cuando no a combinaciones de uno y otro.

...

Tampoco acepta el tribunal que el legislador con esta disposición haya querido blindar con una especial protección al gremio de los agentes en prevención o represión por los abusos eventuales o ciertos del empresario, como sujeto dominante de la relación contractual, pues lo mismo podría predicarse de muchas otras relaciones jurídicas y de

otros gremios donde la ley no contempló estipulación de esta naturaleza o similar. El aceptar la protección gremial como tesis válida conduciría a reconocer un trato discriminatorio de la ley a favor de un gremio que, si bien es de gran importancia económica y social, se es superior ni diferente de los demás que confirman el tejido social y por ende sería violatoria del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución Política de Colombia.”⁷⁹

Vistas estas consideraciones del Laudo Arbitral, es claro que la doctrina arbitral se aparta de la idea de la CSJ al interpretar el artículo 1324 del Código de Comercio como una norma de orden público. Por el contrario, señala que la renuncia que hace un agente a esta prestación no atenta contra el orden público o las buenas costumbres y rechaza que el legislador haya querido otorgar una protección especial al agente.

Con la expedición de la Sentencia del 19 de octubre de 2011, de la CSJ, Sala de Casación Civil, se presentó un cambio drástico respecto a la posición de la CSJ en la Sentencia de 1980⁸⁰ anteriormente expuesta en relación con la interpretación del artículo 1324 del Código de Comercio del magistrado ponente William Namen.⁸¹ En realidad, se produce un cambio en la línea jurisprudencial que venía acogiendo la CSJ, y se crea una nueva regla de derecho. En la Sentencia se establece que las prestaciones del artículo si son susceptibles de renuncia o de modificación por las partes al momento de celebrar el contrato o después del mismo.

⁷⁹ Tribunal de Arbitramento – Laudo Arbitral: Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point, v.Comunicación Celular S.A., Comcel. Marzo 18 de 2002 Bogotá, D.C.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

Inicialmente, la CSJ deja en claro que la cesantía comercial y la indemnización equitativa son diferenciables “*con absoluta nitidez, por su fuente, concepto, causa, factores de cálculo y extensión, conformemente a la disciplina normativa del contrato de agencia comercial*”⁸². La CSJ las diferenció de la siguiente manera, refiriéndose primero a la cesantía comercial:

*(...) 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 últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la obligación de que trata el inciso segundo 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”*⁸³

Además, la CSJ se aleja de la interpretación según la cual las prestaciones de cesantía comercial e indemnización equitativa del contrato de agencia comercial son normas de orden público. En este sentido, la CSJ entiende el orden público como “*un mecanismo de organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico*”,⁸⁴ pero destaca su evolución a lo largo del tiempo. En palabras de la CSJ, se trata de un concepto “*dinámico,*

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

mutable y cambiante” Además, en la misma Sentencia la CSJ estableció que las prestaciones encontradas en el artículo 1324 del Código de Comercio Colombiano sólo son de interés para las partes del contrato, por lo que la renuncia de las prestaciones de la agencia comercial debe ser posible. En este sentido la CSJ establece que:

“Al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas. (...) las restricciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva son excepcionales, requieren texto legal, de cuya finalidad, al menos, en protección de determinados sujetos o intereses vitales, pueda inequívocamente desprenderse y, en verdad, no existe norma alguna prohibitiva del acto dispositivo del derecho a la prestación establecida en el inciso 1º del mencionado artículo 1324 (ad exemplum, la hay en las hipótesis de los artículos 424, 1522, 1673 y

1950 del Código Civil; artículos 200, 297, 318, 501, 504, 1005, 1097, 1203 y 1244, C. de Co)”⁸⁵

Como se mencionó en un comienzo, en la jurisprudencia que hicimos referencia, de los años 1970 a 1980, el agente era visto como la parte débil en la relación contractual, razón por la cual se le protegía con normas de orden público. Sin embargo, la Sentencia de la CSJ del 2011 se separa de esta postura, al establecer que: *“El criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario.”⁸⁶*

Diferente a lo previsto en el artículo 1324 del Código de Comercio, no existe otra norma que regule la cesantía comercial o la indemnización equitativa, por lo que la estructuración e interpretación del contrato por el agente y agenciado depende, en gran medida, del análisis e interpretación de las altas cortes.

5.1 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el TLC entre Colombia y Estados Unidos

Ahora bien, es importante reflexionar en torno a la relación que existe entre las interpretaciones expuestas anteriormente respecto al TLC entre Estados Unidos y Colombia. En el marco de las negociaciones del TLC, el equipo negociador de Estados Unidos solicitó al

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

gobierno colombiano las modificaciones al contrato de agencia que expusimos con anterioridad. Analizando dichas consideraciones, es posible identificar que desde el punto de vista del equipo negociador de Estados Unidos, la cesantía comercial genera un desincentivo para la celebración del contrato de agencia, por lo que, en la práctica, los actores comerciales lo evaden. Esto es así dado que la cesantía puede llegar a considerarse como una prestación costosa para el empresario, poniéndolo en una situación de riesgo económico al momento de terminación del contrato. La postura del equipo negociador de Estados Unidos se acerca a las ideas planteadas por la CSJ en la Sentencia del 2011,⁸⁷ al advertir que la cesantía comercial del contrato de agencia no debe ser vista como una imposición sino que, por el contrario, se debe permitir que las partes tengan la libertad de incluirla u optar por su renuncia.

Cabe mencionar que las exigencias planteadas por parte de los Estados Unidos en relación con la agencia comercial, durante las negociaciones del TLC, y el texto efectivamente acordado, sólo tendrá efectos para casos posteriores al vencimiento del término otorgado al gobierno colombiano para la adopción de las modificaciones previstas en el Anexo 11-E del TLC. Según el texto del tratado *“los contratos de agencia celebrados hasta antes de la entrada en vigencia de la ley que modifica el contrato de agencia comercial se celebran conforme al actual Código de Comercio y por ende los derechos del agente son irrenunciables en cuanto a la cesantía comercial”*.⁸⁸ La CSJ ha sido reiterativa en que una ley no puede entrar a cambiar los derechos de las partes cuando estas ya han llegado a un acuerdo que refleja la voluntad de las partes al momento de su celebración. Por ejemplo, la Sentencia C-058 de 2002 de la Corte

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

⁸⁸ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

Constitucional señala que *“la jurisprudencia ha sentado que la base de la irrenunciabilidad de los derechos es la “situaciones concretas consolidadas (...) [c]omo esta Corte lo ha indicado reiteradamente, la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior; pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas que alguna persona tenía de obtener algún día un derecho.”*⁸⁹ En este sentido, es evidente el cambio de interpretación que ha tenido la aplicación de estas prestaciones en el marco de la terminación del contrato de agencia en Colombia, que en nuestro análisis se ve permeado por el desacuerdo que manifestó el equipo negociador de Estados Unidos en su momento, tanto es así que la jurisprudencia de la CSJ se ha valido de nuevos criterios para que la aplicación de dichas prestaciones sean sometidas a la autonomía de la voluntad de las partes.

6. Conclusiones

Como se ha venido planteado en el desarrollo del presente texto, es evidente cómo la interpretación en el pago de las prestaciones económicas a favor del agente contempladas en artículo 1324 del Código de Comercio del contrato de agencia comercial en Colombia han venido evolucionando con el paso del tiempo, tanto así que a la fecha dichas prestaciones (cesantía comercial y indemnización equitativa) pueden llegar a entenderse como un desequilibrio en la aplicación del contrato en mención, otorgando cargas excesivas en la espalda del agenciado. Sin duda, un factor fundamental en este cambio de interpretación se dió con la entrada en vigencia del TLC entre Colombia y Estados Unidos. Se creó un precedente en la

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-058 de 2002, expediente D-3548 MP: Alvaro Tafur Galvis.

aplicación de estas prestaciones, dejando en evidencia la interpretación excesivamente garantista a favor del agente que se venía aplicando en los contratos de agencia comercial en Colombia antes de que el equipo negociador de Estados Unidos manifestara sus inconformidades.

Sin duda, la interpretación que tenía la CSJ del artículo 1324 del Código de Comercio como norma de orden público ha sido desestimada en los últimos pronunciamientos de la misma Corte, influenciado por el entorno globalizado y competitivo en el que se desarrolla la economía mundial, y la constante necesidad de Colombia de integrarse y permitir la entrada de empresarios extranjeros a nuestro mercado interno, con el fin de eliminar restricciones y cargas innecesarias a los empresarios.

De nuestro análisis, podemos afirmar que la discusión jurídica sobre la renunciabilidad o no de los incisos primero y segundo del artículo 1324, basada en el hecho de que Colombia no ha cumplido con su obligación de modificar o derogar explícitamente la normatividad nacional, la remuneración a favor del agente y las indemnizaciones al finalizar el contrato no fueron modificados seis (6) meses después de la entrada en vigor del tratado, pues hoy en día estos dos elementos, cesantía e indemnización deben ser acordados y definidos expresamente, so pena de entenderse como no incluidos en el agencia mercantil, esto basado una interpretación jurisprudencial. En ese sentido, la interpretación que predomina a la fecha es que se trata de prestaciones sometidas a la autonomía de la voluntad privada, y por ende modificables por las partes, pues estas se limitan al interés patrimonial que atañe exclusivamente a los contratantes.

En conclusión, consideramos que es menester que a partir del compromiso adquirido por Colombia en el marco de las negociaciones del TLC con Estados Unidos de modificar lo relativo a la exigencia de las prestaciones, cesantía comercial y indemnización equitativa, contempladas en el artículo 1324 del Código de Comercio, el Congreso de la República (órgano competente) regule la materia y cree una adaptación normativa del contrato de agencia comercial, capaz de brindar una interpretación moderna, ajustada a el resto de disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano. Sin duda, esta regulación permitiría otorgar seguridad jurídica respecto a los litigios de agencia mercantil que siguen presentándose en la actualidad, e incluso podría estimular la entrada de empresas extranjeras que quieran ampliar sus relaciones comerciales bajo esta forma de contratación.

Bibliografía

Ana María Torres en su artículo “Inexistencia de la Agencia Mercantil en la Comercialización de Servicios Públicos No Domiciliarios de Telecomunicaciones Entregados en Concesión por el Estado” de la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, señala:: “Con la expedición del Decreto 410 de 1971, sancionado por el Presidente Misael Pastrana Borrero, se incluyó en la normatividad mercantil colombiana la figura de la agencia mercantil como un contrato nominado. La consecuencia que tal consagración trajo consigo, entre otras, fue la clara delimitación del rol del agente, de las funciones a su cargo y del modelo de remuneración a que estaría sujeto el agente.”

Angarita, J. (2005). Lecciones de Derecho Civil. Bogotá: Temis.

Arrubla, J. A. (1997). Contratos Mercantiles (Tomo I). Bogotá: Editorial Jurídica Diké

BONIVENTO JIMÉNEZ. Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje. Doctrina-Jurisprudencia, 2.^a ed., Ediciones Librería del Profesional.

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

Cardozo Luna “La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano”

Castro de Cifuentes, M. (2009). Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Ediciones

Uniandes y Temis.

Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 1971.

Comunidad Andina, “*Secretario General CAN agradece al Gobierno de EE.UU. por su apoyo a la prórroga de ATPDEA para países andinos*” Recuperado de:

<https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/secretario-general-can-agradece-al-gobierno-de-ee-uu-por-su-apoyo-a-la-prorroga-de-atpdea-para-paises-andinos-2/>

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

Radicado 15001-31-03-001-2009-00236-01. MP: Luis Armando Toloza.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 10 de septiembre de 2013. Radicado

1100131030222005-00333-01 MP: Fernando Giraldo Gutierrez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M. P.

Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2013 MP: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 4 de febrero de 1993. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (19 de octubre de 2011) Sentencia 2001-00847-01. [MP: William Namén.]

Corte Constitucional, Sentencia C-058 de 2002, expediente D-3548 MP: Alvaro Tafur Galvis.

Cuberos, F. (2005). Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis. Revista de Derecho Privado, 35, 1-33. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/3600/360033183001/>

Decreto 993 de 2012, Ministerio de Relaciones Exteriores.

FELIPE VALLEJO GARCÍA, El Contrato de Agencia Comercial, Primera Edición, 1999, Legis Editores S.A

Gaviria Gutierrez Enrique. Derecho Comercial. Editorial Bedout, Medellín, 1981.

Giraldo, C. J. (2012). La agencia comercial en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 47, 1-31. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/3600/360033218006/>

Guardiola, E. (1998). Contratos de colaboración en el comercio internacional. Barcelona

HERNANDO CARDOZO LUNA. La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Humberto Henderson “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. Recuperado de:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>

Isabel C. García Velasco “El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica” (2011)

Ley 1143 de 2007, Congreso de Colombia, Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.

LEON TOVAR, Soyla H. La Agencia Mercantil. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, establece: “el agente de comercio, a diferencia del comisionista, aparece tardíamente en el derecho mercantil, surge con la expansión económica del siglo XIX en el ámbito industrial y de

comercio exterior en virtud de la necesidad de los comerciantes por ampliar y mantener sus clientela.

López, A. (2011) El contrato de agencia comercial y los cambios introductorios en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos. Revista e-mercatoria

Luis Guillermo Morales, “El contrato de Agencia Mercantil, análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón”

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “Resumen del Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” recuperado de:

<https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-estados-unidos/1-antededentes/resumen-del-acuerdo>

Namén, W. (1995). Derecho de la distribución comercial. Bogotá: El Navegante Editores

OEA. “Sistema de información sobre comercio Exterior- Ley de preferencias Arancelarias Andinas” recuperado de: http://www.sice.oas.org/tpd/usa_atpa/usa_atpa_s.asp

Pájaro, N. (2009). El contrato y sus principios orientadores. En M. Castro de Cifuentes, Derecho de Obligaciones (Tomo 1, pp. 309-370). Bogotá: Temis

Peña, L. (2010). Contratos mercantiles nacionales e internacionales. Bogotá: Editorial Temis; Universidad Santo Tomás.

Perilla, S. (2017) “La agencia comercial desde el Tratado de libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos” Recuperado de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532017000200017

ROMERO BARRAZA, Francisco J, en “La Cesantía Comercial en la Agencia Mercantil Unemployment In The Commercial Trade Agency”, Revistas Jurídicas CUC.

Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 13514 del 4 de octubre de 1971.

Talero, S. (2010). La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional. Revista de Derecho Privado

Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Anexo 11-E del capítulo 11 de “Comercio Transfronterizo de Servicios”. Disponible en:

http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#annex11E

Tribunal de Arbitramento – Laudo Arbitral: Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point, v. Comunicación Celular S.A., Comcel. Marzo 18 de 2002 Bogotá, D.C.

Universidad Icesi. Comunidad Andina de Naciones - Consultorio de comercio exterior ATPA-ATPDEA.

Ureña, R. (2012). No citizens Here: Global Subjects and Participation in Internacional Law.

Estados Unidos: Martinus Nijhoff Publishers.