



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

**LA IMPOSICIÓN DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO FRENTE A LA
PREPONDERANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES
EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL**

EVELYN VARGAS ZULUAGA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, 2018

**LA IMPOSICIÓN DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO FRENTE A LA
PREPONDERANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES
EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL**

EVELYN VARGAS ZULUAGA

DIRECTOR: FRANCESCO ZAPPALA SASTOQUE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, 2018

LA IMPOSICIÓN DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO FRENTE A LA
PREPONDERANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES
EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

EVELYN VARGAS ZULUAGA

Monografía para optar por el título de Magister en Derecho Empresarial



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
CALI – VALLE
2016

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	¡Error! Marcador no definido.
La Agencia Comercial en el Derecho Comparado: Antecedentes, legislaciones particulares (Derecho Europeo) y su propósito de unificación legislativa.....	5
La Regulación De La Agencia Comercial En Colombia Y Sus Problemas De Interpretación, Desde El Punto De Vista De Derecho Comparado.....	11
La Transformación De La Realidad Del Negocio Jurídico En Virtud De Las Normas De Orden Público, Una Mirada Desde Del Contrato De Agencia Comercial en Colombia.....	18
Conclusión.....	24
Bibliografía.....	25

INTRODUCCIÓN

Una de las necesidades más importantes de la economía a través de la evolución de la industria, es contar con un sistema eficiente de distribución de productos y servicios. Una vez superada la etapa en que las empresas se esfuerzan por maximizar el aprovechamiento interno de los factores de producción, la competencia se desplaza hacia la optimización de la cadena que une a los productores con los consumidores, al efecto, las empresas deben decidir cuál es la mejor estrategia para ampliar su presencia en sus mercados naturales y para acceder a nuevos mercados. Por ello con el auge de la industria y del comercio en la economía del siglo XIX, apareció la figura de la Agencia Comercial en el campo del derecho mercantil, obligando así a los estados a regularla a través de normas que definieran la figura del agente, su naturaleza, obligaciones y derechos.

En Colombia, el contrato de agencia comercial no fue regulado sino hasta su tipificación en el Código de Comercio de 1971 en su artículo 1317, en el cual se consagra como un contrato autónomo que goza de una naturaleza jurídica propia pero compleja, no solo porque su estructura se asemeja a otras figuras contractuales previstas en el título XIII, que se refiere al mandato, sino porque puede coexistir con muchas de ellas.

En el mundo de la academia jurídica se ha discutido sobre varios aspectos del contrato de agencia Comercial, pero quizás una de las mayores discusiones ha girado entorno de la Cesantía Comercial y las indemnizaciones del caso, que son a raíz del fruto del esfuerzo del agente en el desarrollo de su labor. Hay quienes defienden la teoría que la cesantía comercial es renunciable, toda vez que no se trata de una norma de orden público o de interés social y además “por no ser la agencia esencialmente onerosa. Es más bien una comisión acumulable o de remuneración diferida, por lo tanto, renunciable.

Por otro lado, está la posición jurídica de la irrenunciabilidad de las cesantías comerciales, ya que la renuncia no afecta simplemente el interés individual de quien renuncia, 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 del derecho a las cesantías comercial.¹

Por lo anterior el contrato de agencia comercial en Colombia a raíz de su abstracción tan efímera del código de comercio ha generado múltiples posiciones jurídicas en relación y en general al contrato como tal y a su etimología y finalidad, con lo cual se puede señalar que la regulación actual solo ha dado lugar a confusiones y categorizaciones equivocadas, evitando así que la agencia comercial cumpla con su función económica en el mundo comercial moderno.

¹ Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contrato Mercantiles – Tomo II, Contratos típicos. Biblioteca Jurídica Dike. 2008, Medellín. Pág. 271-272.

La Agencia Comercial en el Derecho Comparado: Antecedentes, legislaciones particulares (Derecho Europeo) y su propósito de unificación legislativa

La agencia comercial no es una innovación dado que la figura del agente surgió como resultado de otras ya existentes, a saber: los comisionistas, los mediadores y auxiliares de comercio. De los comisionistas se tomó el carácter de comerciante autónomo; de los mediadores, su actividad mediadora; y de los auxiliares de comercio, su característica de permanencia. El antecedente al modelo actual es el agente viajero el cual era dependiente de su principal, sin embargo, los comerciantes del siglo XIX tenían la necesidad de ampliar su radio de acción de una manera más estable y duradera, necesidad a la cual no responden los agentes viajeros que venían desempeñando la actividad de mantener y buscar mercados. La opción de empleados dependientes en cada uno de esos lugares donde surgían necesidades de comercio tampoco parecía ser lo más conveniente, ni lo más económico. Surge así, como necesidad impuesta, la figura de un comerciante autónomo, que sirva de puente entre el empresario y el mercado, como un colaborador independiente. La retribución se hace en proporción a las utilidades de su gestión, con lo cual se procura un incentivo para el agente².

Por las razones anteriores, es racional que en aquellos países donde se acentuó el mencionado auge económico del siglo XIX y siguiente aparecieran las primeras regulaciones legislativas, tendientes a reglamentar la actividad de este importante sujeto del comercio. Algunos países entre ellos, Alemania, Francia y España; regulan el contrato de agencia mercantil desde un punto de vista subjetivo y otros desde un punto de vista contractual como Italia y Suiza³.

² Garrigues Joaquin "Tratado de Derecho Mercantil, Tomo III, Volumen 1, Pag 529-579

³ Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contrato Mercantiles, Tomo II, Pag 222.

En Alemania, la Ley del 6 de agosto de 1953 estudia la figura del *handelsvertreter*, identificándola como un empresario independiente, al que otro empresario le confía la mediación o conclusión de negocios en su nombre. La independencia y la mediación o conclusión de negocios en nombre de un empresario son las características esenciales. Ello nos muestra que la regulación alemana responde a un criterio de definición subjetivo, pues además de ubicarla dentro del Libro dedicado a los comerciantes y a sus auxiliares, en lugar del del libro correspondiente a los contratos, su énfasis lo hace sobre la figura del agente, determinando sus facultades, derechos y obligaciones⁴.

En efecto, el reconocimiento del agente como un empresario con suficiente capacidad económica para desarrollar su propia empresa, jugó un papel fundamental en la regulación de la figura, pues además de despreocupar al legislador de prever las reglas que regirían la relación entre el agente y el agenciado, les dio carácter dispositivo y no imperativo a las normas de protección a favor del primero.

De la anterior afirmación emanan dos aspectos fundamentales sobre la forma en que era concebido el agente. En primer lugar, se puede apreciar su autonomía frente al agenciado, en la medida en que se le niega el carácter de empleado y adicionalmente, se aprecia una facultad de representación de tipo accidental y no esencial. Tampoco constituye una consecuencia directa de la agencia, la asignación de un territorio determinado, aspecto que puede ser estipulado pero que en tal caso sólo representará un elemento con base al cual tendrá lugar la llamada remuneración indirecta⁵.

En Francia, el Decreto del 23 de diciembre de 1958 define a “Los agentes independientes”, como los agentes comerciales en el sentido estricto de la palabra, ya que allí se conocen otras categorías de agentes. Al sentir de *Ripert*, lo que caracteriza a estos sujetos del comercio es la nota de independencia en sus funciones, lo cual los

⁴ Cfr. Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 99

⁵ Camacho, Lopez, (2008), *El Contrato de Agencia Comercial*, E-Mercatoria (ISSN:1692-3960), Volumen 7, (Numero 2) Pagina 4.

diferencia del agente asalariado y del representante de comercio, a quienes considera en una situación de subordinación⁶.

En cuanto a la legislación española, el primer acercamiento legislativo a la agencia comercial se produjo con el Reglamento del Cuerpo de Agentes de Comercio (Decreto del 7 de noviembre de 1931), en cuyo artículo primero son definidos como: *“todo mandatario mercantil independiente que por profesión y de un modo habitual medie, en nombre propio y por cuenta ajena o en nombre y por cuenta de otro, en operaciones de compraventa de mercancías de cualquier clase, concepto y clasificación tributaria”*.

Este Reglamento fue derogado por el Decreto del 21 de febrero de 1942, el cual definió el agente de comercio en el art. 1º como: *“El comerciante que esté encargado de un modo permanente de realizar o preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajenos”*.

Era claro que, en ese entonces, en España los agentes de comercio gozaban de dos características fundamentales, la primera de ellas su independencia y la segunda su calificación como comerciantes, lo que los hacía sujetos de regulación por parte de la normativa mercantil. Sin embargo, poco tiempo después esta situación cambió dando lugar a que normas de tipo laboral se encargaran de dicha figura, algunas veces con el simple objeto de excluirlas de su reglamentación, otras por el contrario para tratar de introducirlas dentro de las mismas.

Esta imposibilidad de desligarse completamente de su tendencia laboral al describir que las relaciones contractuales son aquellas en las que una persona natural asume la labor de promover operaciones mercantiles por cuenta de otro, sin asumir el riesgo y pérdida de esas, si consideramos incluidos los agentes de comercio en la misma, estamos desnaturalizando el contrato de agencia, pues recordemos que precisamente una de las razones que dieron lugar a su aparición, fue la asunción del riesgo por parte

⁶ Cfr. Zanelli, E. Storia e teoria..., cit., p. 148, 152

del otro empresario (agente) para disminuir el del comerciante interesado en expandir y dar a conocer su producto.

En la legislación italiana, el Código de 1942 no define al agente, sino al contrato de agencia, el cual contempla como una figura autónoma, por completo independiente de otras figuras contractuales. Sobre este contrato, los doctrinantes italianos incluyen como elementos esenciales, el hecho de conferir una parte y aceptar la otra en un encargo estable, la ejecución del encargo a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma, el objeto del encargo que ha de consistir en promover la conclusión de contratos y la retribución en favor del agente.

Así pues, son características esenciales de la agencia comercial en la legislación italiana los elementos de la zona, la exclusividad, la previsión que tiene lugar solo en el caso del buen fin de los negocios celebrados por el agenciado como consecuencia de la labor desarrollada por su agente y los fundamentos de la indemnización por la terminación del contrato.

Es importante hacer mención al hecho de la consagración de la representación como un acto que puede hacer parte del contrato en de agencia comercial en la legislación italiana, sin que su introducción modifique su naturaleza o intención de contratación inicial. Según el artículo 1745 del *Codice Civile*, la única representación inherente al contrato de agencia es aquella pasiva consistente en recibir los reclamos por los incumplimientos contractuales y aquellas declaraciones relativas a la ejecución del contrato por su trámite⁷.

Por otro lado, la legislación suiza, a través de su Código regula el contrato de agencia y define al agente de la siguiente manera:

⁷ Messineo, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Argentina.

“Agente es aquel que asume de manera permanente el compromiso de gestionar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en nombre y por cuenta de estos, sin estar ligado a ellos por un contrato de trabajo”

Sin duda, sitúa al contrato de agencia dentro del ámbito del mandato, no obstante, es necesario destacar la falta de técnica con que la legislación Suiza regula y estructura el contrato de mandato, al punto de incluir el contrato de corretaje en el título de mandato, el cual aparece en la legislación Italiana como una figura independiente y con características muy marcadas y diferentes a las del contrato de mandato⁸.

Para el caso de los países que hoy conforman la Unión Europea, por parte del Consejo de la esta se ha procurado la armonización y unificación legislativa a través de la adopción de la Directiva 86/653 sobre agentes comerciales sobre agentes comerciales independientes. Las consideraciones del mencionado estatuto reconocen que las diferencias entre las legislaciones nacionales en esta materia afectan sensiblemente las condiciones de competencia, con el detrimento del intercambio de mercancías entre los países miembros y países con los cuales tiene relaciones comerciales, al tiempo que perjudican el ejercicio de la profesión del agente. Proclama la necesidad de unificar su régimen, para evitar los inconvenientes nacidos de la coexistencia de diversos sistemas jurídicos y dar protección adecuada a los agentes comerciales en sus relaciones con los empresarios⁹.

La Directiva regula los siguientes temas:

- I. Derechos y obligaciones del agente comercial y del empresario.
- II. Remuneración del agente.
- III. Celebración y terminación del contrato.
- IV. Indemnización del agente a la terminación del contrato.
- V. La cláusula de no competencia.

⁸ Paucar, Arrubla, Contratos Mercantiles, op. cit.,pp. 222-223-224.

⁹ Felipe Vallejo Garcia. El Contrato de Agencia Comercial, Primera edición -, Editorial Legis, 1999, Bogotá. Pág. 123

La Directiva 86/653 define al agente comercial como:

“Toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.¹⁰”

La Directiva no se aplica a los agentes comerciales de servicios (agentes de publicidad, agentes de viajes, agentes de seguros); ni a los agentes cuya actividad no esté remunerada; ni a los agentes o distribuidores que compran como “principales”; esto es, en nombre propio y por cuenta propia, para revender. De aquí se desprende sin dificultad la distinción entre el agenciamiento comercial y la distribución. El primer contrato es una modalidad del mandato, ya que el agente obra por cuenta ajena; el elemento que resulta extraño al contrato de suministro y al desempeño del distribuidor, quien hace su propio negocio y no ejecuta un encargo.¹¹

Según esta definición, el encargo del agente comercial puede estar limitado a la promoción de negocios o bien hacerse extensivo en su celebración. De donde también resulta que el mandato asumido por el agente comercial puede ser o no representativo. El obrar por cuenta de otro, simplemente, es propio de la primera especie de mandato, y el obrar en nombre del empresario caracteriza la segunda modalidad.

En atención a las legislaciones mencionadas anteriormente y con el objetivo de ampliar y facilitar el reconocimiento de la estructura de la agencia comercial de nuestro propio derecho, al realizar una breve referencia al régimen de la agencia comercial en el Derecho Comunitario Europeo resulto interesante y útil por distintos aspectos ya que se pudo percibir con mayor exactitud las tendencias actuales y juzgar méritos y deficiencias de nuestro derecho colombiano.

¹⁰ Felipe Vallejo Garcia. El Contrato de Agencia Comercial, Primera edición -, Editorial Legis, 1999, Bogotá. Pág. 124

¹¹ *Ibíd.* Pag 124

El estudio de las legislaciones emparentadas con la nuestra nos proporciona un punto de referencia para apreciar la oportunidad o la justicia de las soluciones consagradas en nuestra ley, y puede sugerirnos mejores explicaciones o conciliaciones más felices de sus textos y formulas¹².

La Regulación De La Agencia Comercial En Colombia Y Sus Problemas De Interpretación, Desde El Punto De Vista De Derecho Comparado

El anterior Código de Comercio, en el Libro I, denominado “de los comerciantes y agentes de comercio”, trataba el tema de la agencia comercial desde el punto de vista de los sujetos mercantiles. Las agencias de negocio se consideraban como actividades mercantiles, es decir que el contrato de agencia comercial no estaba regulado, y por lo tanto aparecía como una figura atípica que presentaba una naturaleza jurídica diversa, por gozar de semejanza con otros tipos de contratos¹³.

El actual código de comercio consagro como contrato autónomo la agencia comercial el cual regulo en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, el cual define o describe el contrato de agencia comercial en los siguientes términos: *“Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.”*

Una primera lectura nos permite comprobar que el texto no ofrece claridad propia de las buenas leyes. Como es sabido, la elaboración del Código de Comercio fue un proceso difícil y accidentado, y en la controvertida etapa final el proyecto de la comisión redactora fue objeto de ajustes improvisados e irresponsables que debilitaron su

¹² Felipe Vallejo Garcia. El Contrato de Agencia Comercial, Primera edición -, Editorial Legis, 1999, Bogotá. Pág. 123.

¹³ Garriguez Joaquin, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo III, Vol I.

estructura técnica.¹⁴ Esto explica la dificultad con que han tropezado jueces y abogados para comprender algunas de sus instituciones, entre ellas la agencia comercial. Pero el intérprete debe triunfar precisamente allí donde el legislador ha fracasado; antes que demoler la construcción defectuosa, él está obligado a reconstruirla, con una labor de hermenéutica que permita fijar el sentido y alcance del artículo 1317 en una forma racional, en armonía con el régimen general del contrato y de conformidad con el sistema jurídico, al igual que sucede con otros tantos preceptos oscuros de nuestra legislación comercial.¹⁵

Para juzgar la naturaleza jurídica de un contrato, es preciso analizar y conjugar todos los elementos del tipo legal que lo define. No se puede tomar aisladamente uno o varios de estos elementos y precipitarse a concluir que existe tal o cual contrato. Esto es particularmente cierto tratándose aún más de la agencia comercial, porque algunos de los requisitos contenidos en la noción legal resultan comunes a otros contratos comerciales; y a menudo los hallamos en los contratos que pertenecen al género de intermediación o colaboración mercantil¹⁶.

Por lo anterior es menester identificar cada uno de los elementos diferenciadores de la agencia comercial consignados en el artículo 1317 del Código de Comercio para conocer de que está compuesto el tipo legal; **(I) Comerciante**, persona natural o jurídica que se ocupa profesionalmente de una actividad comercial, por lo tanto, a su actividad se le aplica el derecho comercial y no laboral dado que este último derecho no es fuente suya porque riñe con su espíritu. No existe un antecedente lógico-histórico que permita interpretar las expresiones equívocas de la ley en el sentido que los agentes comerciales pertenecen a una clase explotada, merecedora de una protección a causa de sus condiciones económicas desfavorables frente al capitalista.

La legislación alemana y la Legislación francesa contemplan mecanismos especiales de protección para el agente comercial independiente. Es un hecho comprobado que

¹⁴ Garcia Narvaez Jose Ignacio, Introducción al Derecho Mercantil, Bogotá, Legis, 1983, Pag. 41-43.

¹⁵ Garcia Vallejo Felipe, El Contrato de Agencia Comercial, Bogotá, Legis Editores S.A., 1999, Pag 41.

¹⁶ Ibídem Pág.41

nuestra ley directa o indirectamente se nutrió de aquellas fuentes, aunque no supo captarlas con acierto ni reprodujo sus soluciones. De otra parte, el estatuto del agente comercial promulgado por la Comunidad Económica Europea sigue esta misma orientación, sin embargo, esto no quiere decir que el agente comercial deba ser tratado como un trabajador, ni que su condición resulte aplicable por analogía a la doctrina del derecho laboral. **II) Asume**, el agente está obligado a ejecutar el encargo si ha aceptado cumplirlo, es decir cuando voluntariamente se ha obligado a ello por contrato. **III) Independiente**, entre el empresario y el agente no existe un vínculo laboral ni una relación de subordinación, por su carácter independiente se distingue el agente comercial de otros promotores de negocios, como los llamados agentes de viajes, que son asalariados. **IV) Estable**, es un mandato continuado, que tiene vocación de permanencia, con lo cual se diferencia del mandato ocasional. **V) Promover y Explotar Negocios**, se limita el objeto del encargo a la promoción, de manera que el agente trate y negocie con los clientes potenciales del empresario, pero este sea quien valore la conveniencia del negocio. Promover significa dar a conocer la actividad del empresario. Pero también puede recibir el encargo de explotar los negocios del empresario, ósea de concluir ventas, compras, arrendamiento o prestar servicios, sin embargo, la sola expresión *explotar negocios* no califica un contrato como agencia comercial ya que prácticamente todos los comerciantes explotan negocios, cualquiera que sea su actividad. **VI) Por Cuenta Ajena**, el agente se dedica a la gestión de negocios ajenos; obra en interés del empresario, como las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo no repercuten en su esfera patrimonial; las consecuencias benéficas o adversas que se deriven de esas operaciones son trascendentes para el dueño del negocio. **VII) La Remuneración**, en materia comercial no existen actos a título gratuito. Tanto el mandato mercantil como la agencia comercial son contratos bilaterales. El artículo 1264 y 1322 del Código de Comercio indican que el mandatario y el agente tendrán derecho a una remuneración, siendo este el elemento de su esencia.¹⁷

¹⁷ Garcia Vallejo Felipe, El Contrato de Agencia Comercial, Bogota, Legis Editores S.A,1999, Pag. 50,51,52,53.

Por lo anterior, se puede vislumbrar en esta introducción, que la estructura del contrato de agencia comercial es la de una figura típica en nuestra legislación, la cual goza de una naturaleza jurídica propia pero compleja, no solo porque su estructura se asemeja a otras figuras contractuales previstas en el título XIII, que se refiere al mandato, sino porque puede coexistir con muchas de ellas.

Para la regulación de la agencia comercial en Colombia se siguió de cerca la Legislación Italiana y en dicha legislación las únicas especies del mandato son la comisión y la preposición. El Código Italiano tiene en su libro IV, el título III, “De Las Obligaciones Singulares”, dentro del cual, el capítulo X se refiere al contrato de agencia comercial que se regula con independencia absoluta del mandato y de las demás figuras contractuales, definiendo que “[...] El contrato de agencia se distingue del mandato por el dato decisivo de que el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo del caso que se trate de un agente con representación”.¹⁸

Es decir lo anterior que pese a que el legislador Colombiano se inspiró en la legislación italiana, al momento de ubicar la figura en el Código de Comercio lo realizó con una falta técnica legislativa en su ubicación, identificando a la agencia comercial como otra especie de mandato, generando una delgada línea en los distintos elementos del contrato en mención, tales como, la independencia que caracteriza la gestión del agente comercial del contrato de trabajo, entre otros que a continuación se identificarán.

A partir de la vigencia del Código de Comercio actual, todo fue distinto. La agencia comercial se convirtió en una palabra mítica y prohibida, los asesores de los productores tuvieron la precaución de omitir dicha palabra de sus contratos con los auxiliares; surgieron distintas formas contractuales para evitar dicha denominación, como ventas, suministros, distribuciones, etc. La causa para tal acontecimiento estaba en la misma regulación. En el artículo 1324 del Código de Comercio se establecieron dos prestaciones, una de ellas se genera con la terminación de la agencia, cualquiera que sea su motivo, y se instaura de forma parecida a las cesantías laborales, por lo cual algunos

¹⁸ Messineo Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Buenos Aires.

contratistas la llamaron cesantía comercial. La otra se deriva, a manera de indemnización, por el rompimiento unilateral del contrato sin justa causa o por dar lugar a la terminación por justa causa por parte del agente.¹⁹

Los diferentes criterios de interpretación de la anterior afirmación oscilan entre dos extremos: quienes afirman que son prestaciones renunciables por la voluntad contractual y otros que señalan que de ninguna manera pueden ser renunciables, equiparándola de forma casi inmediata a normas de orden público tales como las prestaciones sociales de los trabajadores, las cuales no son ni irrenunciables ni negociables.

Observemos, en primer lugar, el criterio de quienes manifiestan que ambas son prestaciones renunciables:

- a) Para la Superintendencia de Sociedades de Colombia indica que ambas prestaciones son renunciables: “ *en realidad no existe inconveniente legal alguno en que las partes de un contrato de agencia comercial pacten que el agente no gozara de una especie de prestación, o que gozara de una inferior o superior, 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*”
- b) Para Gabriel Escobar Sanín, quien se refiere de forma exclusiva a la prestación que consagra el inciso primero del artículo 1324, esta es renunciable, no se trata de una norma de orden público o de interés social.

Veamos el criterio de quienes opinan que son irrenunciables:

- a) Enrique Gaviria Gutierrez, fundamentándose en el artículo 15 del Código Civil, concluye que la prestación del artículo 1324 no son renunciables, ya que la

¹⁹ Paucar Arrubla Jaime Alberto, Contratos Mercantiles Contratos Tipicos, Bogota, 2012, Legis, Pag. 233

renuncia “no afecta simplemente el interés individual del renunciante sino los intereses generales de todos los agentes mediadores, pues permitida la renuncia, tendría como consecuencia privar la norma de toda eficacia práctica.

- b)** Para Juan Pablo Cardenas, el legislador trato de proteger un gremio,” *para cumplir así los fines que le han señalado a los artículos 32 y 17 de la Constitución Política, la norma debe ser interpretada y aplicada de tal manera que cumpla este propósito, logre la protección pretendida por el legislador, que no se obtendría si la norma fuere supletiva”*

Algunos comentaristas partidarios de la tesis de la irrenunciabilidad acuden al Código Italiano para justificar su intransigencia. Ya que este no trae norma similar a la del inciso primero que hemos venido comentando. El artículo 1751 del Código Italiano dice algo distinto. [...] *“si el contrato por tiempo indeterminado se resuelve por hecho no imputable al agente, el proponente está obligado a abonarle una indemnización proporcional al monto de las remuneraciones que le han liquidado en el curso del contrato y en la medida establecida por las normas corporativas, por lo usos, o en defecto por el juez, según equidad. La indemnización se debe también si la relación de agencia se ha resuelto por invalidez permanente y total del agente.”*²⁰

Es claro que la norma italiana consagra una verdadera indemnización y no una prestación adicional como la nuestra, y tal remisión al derecho comparado tampoco puede ser base para influir en el criterio interpretativo en Colombia. Es evidente que en muchos aspectos se siguió de cerca la Legislación Italiana, pero también es cierto que este punto no fue uno de esos.

Es importante una vez expuestos los argumentos de los párrafos anteriores, traer a colación y con la intención de dilucidar cuál es el camino más acertado para la correcta interpretación del artículo 1324 del Código de Comercio Colombiano a través de la

²⁰ Messineo Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Buenos Aires.

experiencia europea en su objetivo de unificación normativa, la Norma Comunitaria 86/653.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la Norma Comunitaria Europea 86/653 está representado por la regulación que le dio a la indemnización por la terminación del contrato, ya que previó expresamente las dos alternativas que hasta el momento habían ocupado las legislaciones de los países europeos con facultad de elección por parte de los mismos, esto es, el modelo alemán de la *indemnización de clientela* y aquél francés consistente en la *indemnización compensatoria del perjuicio sufrido*, haciéndolo de una forma tan clara y sistemática, que a mi juicio logró resolver muchos de los interrogantes que se suscitaban en torno a su configuración, incluyendo por ejemplo el de su procedencia en los contratos a término definido como a término indefinido, no excluyendo su aplicación en alguno de estos. Para que tenga lugar la indemnización de clientela, la norma comunitaria previó dos requisitos fundamentales, el primero de ellos consistente en la creación de una nueva clientela o la conservación de aquella que ya existía, cuando como consecuencia de esto el agenciado obtenga sustanciales ventajas y el segundo, es el principio de equidad que debe estar representado en el pago de esta indemnización, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en especial las provisiones que el agente comercial pierde y que resultan de los negocios con tales clientes.²¹

Se puede concluir que la trasplatación de preceptos normativos de distintos ordenamientos jurídicos, sin un previo estudio juicioso, genera una serie de vacíos jurídicos, imprecisiones del contenido e interpretaciones amañadas. Esto conlleva a la necesidad de identificar si el ordenamiento jurídico a través de normas de orden público puede llegar a abstraer del negocio original la voluntad inicial de las partes para transformar los efectos finales del mismo.

²¹ Camacho, Lopez, (2008), El Contrato de Agencia Comercial, E-Mercatoria (ISSN:1692-3960), Volumen 7,(Numero 2) Pagina 59.

La Transformación De La Realidad Del Negocio Jurídico En Virtud De Las Normas De Orden Público, Una Mirada Desde Del Contrato De Agencia Comercial en Colombia

La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, celebrar negocios jurídicos que correspondan al sentido de la declaración de la voluntad emitida por las partes y que sirvan para llevar a efecto los fines perseguidos por las mismas; por ello es por lo que nacen estos efectos jurídicos y no otros.²²

Para contextualizar lo anterior es importante mencionar la evolución histórica de la autonomía de la voluntad, iniciando por el Derecho Romano donde el ordenamiento jurídico no reconocía efectos jurídicos a la voluntad de los particulares; estos únicamente podían celebrar los contratos típicos, debiendo para ello cumplir estrictamente con los ritos.²³

A partir de la etapa Bizantina, la declaración de voluntad común de los particulares comienza a producir efectos jurídicos. Así, durante el Feudalismo las convenciones o cuerdos generan un vínculo jurídico; en esta etapa rige el principio “*modus et conventio vincunt legem*”. Posteriormente durante la Ilustración, se consagra la igualdad jurídica, y como consecuencia de esta, la libertad jurídica, entendiéndose que la ley debe solamente suplir la voluntad particular y, en su caso, completarla; en esta etapa rige el principio “*voluntas facit legem*”. Finalmente, en el siglo XIX, el mercantilismo concibe la voluntad de las partes como una actitud de respeto a la libertad individual.²⁴

En relación con el valor del principio de autonomía de la *voluntad de las partes* en la actualidad, hay distintas posturas en la doctrina moderna:

²² Erich Danz, La Interpretación De Los Negocios Jurídicos, Bogotá, Leyer, Pag. 18

²³ G. Cornú, Les Personnes, Droit Civil, Pág. 289

²⁴ Ibídem Pág. 290

- I. Postura favorable: La doctrina francesa moderna valora favorablemente la autonomía de la voluntad y sostiene que, a pesar de no ser absoluta, es la mayor fuente de obligaciones, que este principio jamás desaparecerá y que durante los últimos años se ha producido un renacimiento de su eficacia. En tal sentido, sostienen que la autonomía de la voluntad es uno de los fundamentos del orden civil.
- II. Posturas críticas: Algunos juristas consideran que la autonomía de la voluntad es un mito, dado que hoy no es ni la sobra de lo que fue, ya que la necesidad de armonización de libertades por parte del dirigismo contractual se ha limitado notablemente la libertad contractual y que, por ende, el principio de autonomía de la voluntad resulta insuficiente en la actualidad para explicar la fuerza obligatoria de los contratos.
- III. Postura diferente: En el derecho anglosajón el principio de autonomía de la voluntad no es el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos. Privilegiando así la confianza frente a la promesa y, consecuentemente, se sostiene que aquella es el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos.²⁵

La autonomía privada está reconocida por los diferentes ordenamientos jurídicos de derecho privado, en las definiciones de contrato que se puedan encontrar y normas correlacionadas. El artículo 1602 del Código civil colombiano, por ejemplo, expresa: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por un consentimiento mutuo o por causas legales". Según esta norma el estado reconoce un poder de reglamentación en el individuo, de tal forma, que una vez el mismo ha utilizado su poder autónomo de decisión de

²⁵ Silvia Contarino, Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Depalma, Págs. 59-60.

contratar, el estado a través del ordenamiento jurídico le otorga ese poder de auto reglamentación o autorregulación ²⁶.

Con lo anteriormente expuesto se tiene que la autonomía de la voluntad de las partes constituye el fundamento de todo negocio jurídico, sin embargo, el acuerdo entre particulares no es suficiente para crear el vínculo contractual, sino que se requiere la conjunción de aquella voluntad con la ley.

Frente a lo anteriormente expuesto no se puede dejar de lado la *libertad contractual*, dado que esta frente a la Legislación Colombiana, siempre deberá permanecer indemne como un elemento subjetivo del ser humano, entendiéndose como la posibilidad que tiene el ser humano de decidir cómo y cuándo satisface sus necesidades y si para lograr ese fin debe celebrar un contrato, goza de esa libertad individual y subjetiva de realizarlo, sin embargo, siempre estará la delgada línea entre objetivo y lo subjetivo, generando así esa *zona gris* del contrato o de la libertad contractual. Entre esas limitantes, que como situaciones de hecho no se consideran por la legislación actual, se encuentra la concentración de masas y el excesivo intervencionismo estatal, sin dejar de obviar, las establecidas legalmente como el orden público y las buenas costumbres; es por eso por lo que se piensa que el contrato privado como tal sigue teniendo como fuente un acuerdo de voluntades con las limitantes propias de un mundo cada vez más artificial, aún en materia jurídica.²⁷

Las normas de orden público son aquellas que se refieren a los preceptos que no son susceptibles de ser obviados ni siquiera por el acuerdo de voluntades entre los particulares, pues conciernen al interés público y social del Estado, normas orientadas a la seguridad, solidaridad y justicia. Son imperativas, obligatorias, no son susceptibles de pacto en contrario, de renuncia o transacción. Aquellas se encuentran establecidas en beneficio directo e inmediato del estado social y no de intereses privados y particulares, contrario a las leyes de orden privado que son

²⁶ Fernando Hinestrosa, Revista de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia, Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada, No 2, pág. 10.

²⁷ Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires 1.960, parte II, Vol. Y, pág. 129.

interpretativas o supletivas de acuerdo con lo pactado en virtud de la voluntad de las partes.²⁸

El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar (Código Civil, Arts. 4 y 5). Desde el punto de vista de su contenido y sanción, las leyes se clasifican en *imperativas*, que mandan hacer algo o proceder en cierto sentido; en *prohibitivas*, que ordenan que no se ejecute un hecho de manera que no puede realizarse en forma ni bajo ninguna condición, y en *permisivas*, que no mandan ni la ejecución ni la abstención de un hecho, sino que simplemente lo permiten. En las dos primeras se impone el concepto de obligación, en tanto que en la tercera se percibe destacadamente la idea de derecho.

Las leyes dictadas por motivos de orden público pertenecen a la especie de leyes *prohibitivas*. Las normas de orden público, prosigue la Corte mediante sentencia del 27 de junio de 1940 (citando a Beaudant), son las leyes que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados.

No es cosa fácil de distinguir dentro de la legislación las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el particular. Así por ejemplo son de orden público las leyes relativas al estado y capacidad de las personas; las que gobiernan el régimen de la propiedad sobre toda la inmobiliaria²⁹.

Ahora bien, se puede dirimir que la autonomía de la voluntad de las partes de un negocio jurídico debe adecuarse de tal forma que opere bajo la subordinación y constreñimiento de las normas orden público, porque si esto no ocurre dicha voluntad deja de ser benéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y el progreso de la sociedad, entendiéndose así que el estado utiliza el orden público como una “fuente del derecho” que sin ningún procedimiento y justificado en vacíos

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1997.

²⁹ Felipe Vallejo Garcia, el contrato de agencia comercial, Bogotá, Págs. 112-113.

legales producto de trasplantaciones normativas, se impone sobre lo que legítimamente se ha dispuesto por las partes para la ejecución de su negocio jurídico.

La intervención del estado a la autonomía de la voluntad de las partes frente al contrato de agencia comercial y sus características y elementos a través de la clasificación como normas de orden público, genera conflictos al momento de su aplicación.

El carácter de prestación social que la Corte Suprema de Justicia le ha otorgado a la cesantía comercial, despoja de su investidura del derecho privado, estimando lo siguiente: “la prestación que consagra el Código de Comercio en su artículo 1324, inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir cuando incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente” (Corte Suprema de Justicia, 1980)³⁰.

Es decir que, si el agente no puede renunciar a dicha prestación en el momento mismo de la celebración del contrato de agencia comercial, significa que la Corte Suprema de Justicia le atribuyó la naturaleza de orden público, pues, aunque no está prohibida de manera taxativa su renuncia, la consideraba irrenunciable. No explicó el porqué de su conclusión, pero se puede entender que de alguna manera observo en la norma una protección de orden social y económico, que encajaría en la moderna concepción del orden público económico, que se constituye como una de las barreras de la libre iniciativa privada al momento de celebrar un negocio jurídico³¹.

La posición de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con su jurisprudencia de 1980 puede llevar a concluir que, dado el carácter de orden público de la norma, esta

³⁰ Casación del 2 de Diciembre de 1980, dentro del proceso ordinario de Cacharrería Mundial contra Jorge Ivan Merizalde Soto y Gilberto Merizalde Uribe.

³¹ Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles Tipicos, Legis, Bogota, Pag 242

prestación se impone en todos los contratos celebrados sobre agencia mercantil, antes o después de la vigencia del Código de Comercio de 1971.

Para el año 2011 la Corte Suprema de Justicia se pronunció nuevamente sobre el asunto y acogiendo lo que parte de la doctrina nacional venía sosteniendo³²(Gaviria Gutierrez) en cuanto al tema de la prestación contenida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y en contravía con la doctrina de 1980, dijo: “(...) dicha prestación es derecho de crédito, subjetivo, particular, patrimonial y de formación continuada, de suyo renunciable, ajeno al ordenamiento público, al interés social y sin finalidad proteccionista de una clase determinada.”

Para este sector de la doctrina patria, la prestación es susceptible de renuncia o modificación por los contratantes al instante de celebrar el contrato o después, que no interesa al orden público y atañe solo al interés particular del que renuncia a dicha prestación, los agentes no son necesariamente la parte débil de la relación jurídica contractual, sino en muchas ocasiones comerciantes autónomos, completos empresarios, generalmente solventes, asumen riesgos menores a los de la empresa productora, carecen de sus cargas laborales y eventuales conflictos colectivos, tienen garantizada su utilidad, la protección al interés social o sector económico de los agentes no encuentra antecedente histórico en los trabajos desarrollados por la comisión redactora del Código de Comercio, cuyo articulado propuesto refería a la indemnización, y tampoco en la legislación italiana consagro una verdadera indemnización, mas no de una prestación adicional, y la norma no es de orden público³³.

Ahora bien, lo anterior evidencia que el concepto de orden público es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Lo que en un tiempo se puede considerar como una norma de orden público en un tiempo puede que en el día de hoy ya no sea categorizada de la misma manera. Como lo del presente puede variar mañana, y en verdad los profundos cambios contemporáneos gestados en la

³² Enrique Gaviria Gutierrez, Lecciones de Derecho Comercial, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1994.

³³ Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles Tipicos, Legis, Bogotá, Pag 243

vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socioeconómico³⁴.

Esto nos lleva a interpretar que la libertad contractual o la autonomía privada dispositiva facultan a las partes a disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencias, designios, intereses disponibles, función práctica económica o social, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, y corrección exigibles, sin existir escollo alguno para que las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, modifiquen las prestaciones económicas derivadas del mismo, porque la ley no lo prohíbe, ni hay texto legal expreso precepto *restrictivo, limitativo o prohibitivo* (Sentencia C-990), ni para acordar incluso prestaciones adicionales a las legales dentro de un justo equilibrio contractual.

Se puede concluir que el principio de la autonomía privada nace como una de las expresiones de libertad del hombre, que transmitida al ámbito jurídico significa la celebración de negocios jurídicos que pese a estar bajo unos lineamientos sociales, económicos y jurídicos, ostentan esa libertad e igualdad jurídica, lo cual conlleva a una autorregulación, sin necesidad de intervención del estado, ya que dicha intervención lo que genera es la abstracción negocial originada en la separación de los efectos finales y particulares, incidiendo así de manera inconveniente en la libre competencia en los mercados.

Por lo anterior la agencia comercial la prestación debe ser susceptible de renuncia o modificación por los contratantes al instante de celebrar el contrato o después, que no interesa al orden público y atañe solo al interés particular del que renuncia a dicha prestación, ya que los agentes no son necesariamente la parte débil de la relación jurídica contractual, sino en muchas ocasiones comerciantes autónomos, completos empresarios, generalmente solventes, asumen riesgos menores a los de la empresa productora, carecen de sus cargas laborales y eventuales conflictos colectivos, tienen garantizada su utilidad.

³⁴ Enrique Gaviria Gutierrez, Lecciones de Derecho Comercial, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1994

"Laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui même" (Dejad hacer, dejad pasar, el mundo funciona solo). (Adam Smith) partidario de la no intervención del Estado.

Bibliografía

1. Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles Contratos Tipicos*, Bogota, 2012.
2. Camacho, Lopez, (2008), *El Contrato de Agencia Comercial, E-Mercatoria* (ISSN:1692-3960), Volumen 7, (Numero 2).
3. Garrigues Joaquin “*Tratado de Derecho Mercantil, Tomo III, Volumen 1, Pag 529-579*
4. Messineo, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Argentina.*
5. Cfr. Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 99
6. Felipe Vallejo Garcia. *El Contrato de Agencia Comercial, Primera edición* -, Editorial Legis, 1999, Bogotá.
7. Erich Danz, *La Interpretación De Los Negocios Juridicos*, Bogota, Leyer,
8. G. Cornú, *Les Personnes, Droit Civil.*
9. Silvia Contarino, *Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Depalma*
10. Fernando Hinestrosa, *Revista de Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia, Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada, No 2*
11. Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires 1.960, parte II, Vol. Y*
12. Enrique Gaviria Gutierrez, *Lecciones de Derecho Comercial, Medellín,*

Nota de Aceptación



FRANCESCO ZAPPALÁ SASTOQUE
Director Trabajo de Grado



LISANDRO PEÑA NOSSA
Jurado Evaluador Externo

Santiago de Cali, Septiembre 6 de 2018