

LA CESANTÍA COMERCIAL EN LA AGENCIA MERCANTIL*

UNEMPLOYMENT IN THE COMMERCIAL TRADE AGENCY

Por: Francisco J. Romero Barraza**

67

RESUMEN: 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. En el presente artículo se esgrime la naturaleza y origen de la cesantía comercial y la posición jurisprudencial al respecto de la renunciabilidad de la misma dentro del marco del contrato.

PALABRAS CLAVE: Agencia, Cesantía comercial, Indemnización por clientela, Distribución.

ABSTRACT: Regulation of commercial agency agreement in regard to the termination of the contract and the financial consequences arising thereof reveals a highly contentious issue in practice, which has led to resistance from employers to use the figure of commercial agency agreement with the purpose of evading the provision (commercial severance) referred to in Article 1324 of BCC using any other contractual term in the type of distribution contracts, being the only agency that provides this type of provision considered by many to be very burdensome to the interests of the agency. This article puts forward the nature and origin of the trade and position severance jurisprudence about the renunciability of it within the framework of the contract.

KEY WORDS: Agency, Commercial severance, Compensation for customers, Distribution.

Fecha de recepción: Julio 1 de 2010
Fecha de aprobación: Julio 29 de 2010

* Este artículo es el resultado de la investigación Contratos Mercantiles Modernos en la Globalización "La agencia mercantil" realizado con recursos asignados al grupo de investigación de Derecho Privado de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC, año 2009.

** Abogado de la Universidad Libre de Barranquilla. Magíster en Derecho Marítimo y Negocios Internacionales, Universidad de las Palmas de Gran Canarias (ULPGC). Profesor de Derecho Marítimo y Contratos Mercantiles. fromero7@cuc.edu.co

PRESTACIÓN E INDEMNIZACIÓN A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El carácter duradero junto a la naturaleza integradora de los contratos de agencia comercial provoca que a su terminación imprevista sea particularmente costoso para las partes en particular para el agenciado. Esta situación se explica en el hecho de que en Colombia se haya adoptado una norma de carácter imperativo por vía de interpretación que regula el régimen de extinción del contrato de agencia. Un caso específico está contemplado en el Artículo 1324 del Código de Comercio que reza lo siguiente:

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

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objetos de contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor se tendrá en cuenta la extensión, la importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

¿Cuál ha sido el debate en relación a esta prestación que contempla el Artículo 1324 del Código de Comercio?

Esta prestación es considerada por muchos como una prestación sumamente gravosa para el agenciado, en el sentido de que percibe una contraprestación adicional a la remuneración pactada que recibe el agente por las operaciones que ejecuta continuamente y que recibe al término del contrato en cualquiera de los supuestos de terminación del contrato siempre y cuando no medie culpa del agente mercantil¹.

¿Cuál ha sido la consecuencia de esta situación?

La renuencia 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. En este sentido en la mayoría de los litigios que se presentan, las altas Cortes en sus fallos entran a delimitar ampliamente



1. (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 28/2005, Exp. 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

las características y los elementos integradores de la figura haciendo un paralelo con otros contratos de distribución como sustento para negar esta prestación cuando no se está en presencia de la figura del agente mercantil, ejemplo la Sentencia **SC 016 de 2008** al respecto es posible analizar el fallo del Tribunal Supremo español de Sala Civil del 21 de enero de 2009 magistrado ponente IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA que podría cambiar la línea jurisprudencial con respecto a la posición que se ha sostenido durante mucho tiempo por los altos tribunales colombianos. Fallo muy reciente y de gran importancia, que permite la aplicación analógica de la prestación contemplada para la agencia mercantil contenida en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, a los contratos de concesión y distribución, teniendo en cuenta el origen y la naturaleza de la misma. Pero no solo causa gran interés este aspecto de considerar la posibilidad de extender esta prestación a otros contratos de distribución; sino también la consideración del fallo al permitir la renuncia a la prestación; paradójicamente a la luz del ordenamiento jurídico español no es aplicable a la agencia mercantil las consideraciones relativas a la renuncia de la compensación por clientela que en virtud de la autonomía de la voluntad contractual pueden hacer las partes llámese indemnización por clientela, compensación o la mal llamada cesantía comercial en nuestro país.

ANTECEDENTES

Algunos tratadistas sostienen que sus antecedentes descansan en la ley francesa de junio 18 de 1937, la cual al regular la situación jurídica de los agentes representantes de casas comerciales, estableció a su favor la denominada “prestación por clientela”², la cual fue regulada posteriormente por la jurisprudencia y cuyas características, siguiendo al profesor Ripert se resumen de la siguiente forma³:

- *Su establecimiento se justificó en el hecho de que los representantes de comercio creaban o desarrollaban una clientela en provecho de la casa que representaban, sin obtener beneficio alguno de ello, por la cual mediante la citada ley se buscó el que obtuvieran una compensación a la finalización del contrato.*
- *El valor de la prestación se calcula considerando simplemente la clientela constituida y desarrollada por el representante.*

Sin embargo hay quienes sostienen que, fue el Código Civil italiano de 1942, el que tuvo una mayor influencia en el establecimiento y características de estas prestaciones en nuestro Código⁴. Que regulaba la terminación en los siguientes términos:

2. Conocida en otros países como indemnización por clientela, compensación por clientela y en Colombia denominada Cesantía Comercial.

3. RIPERT, Georges. *Traite'elementaire de droit comercial*. Ed. Francesa, París, 1947, p. 832 citada por Juan Sehlesinger Vélez (1982). *El contrato de agencia mercantil*. Tesis Doctoral. p. 155. Bogotá D.E.

4. SEHLESINGER VÉLEZ, Juan (1982). *El contrato de agencia mercantil*. Tesis Doctoral. p. 155. Bogotá D. E.

“El contrato de agencia que sea por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse, siempre que dé preaviso de ello a la otra, dentro del término establecido en los usos, o bien aun sin preaviso, siempre que se abone a la otra parte una indemnización proporcional”⁵.

El Artículo 1324 bis del proyecto de 1958 establecía “a la expiración del término del contrato, o si este es de duración indefinida, a su terminación, de conformidad a lo preceptuado en el artículo anterior, el agente tendrá derecho a una equitativa indemnización de peritos, por concepto de los esfuerzos de acreditar la marca o la línea de productos o los servicios objetos del contrato. Para la fijación del valor se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Siguiendo al doctor **Juan Sehlesinger Vélez** en su tesis doctoral tanto la legislación francesa como la italiana resultan inspiradoras del Código de Comercio colombiano, el cual buscó crear unas situaciones de equilibrio en las relaciones contractuales del contrato de agencia comercial, mediante la adopción de una prestación con las siguientes características⁶:

- Compensatoria del enriquecimiento sin causa que favorecía al empresario a la terminación del contrato, en razón a la clientela conseguida y mantenida por agente, y el crédito que este lograba para los productos de empresario.
- Protectora de la situación de las partes, en los eventos de terminación del contrato, mediante el establecimiento de un preaviso o, en su defecto, de una indemnización equivalente.
- Equitativa, por dos razones: a) Al establecer que el valor de la indemnización debía calcularse con base a la clientela y volumen de negocios logrados por el agente y, en su defecto de poder determinar la magnitud de dicha gestión, mediante su fijación por el juez, peritos o, en último caso, por los usos y costumbres comerciales. b) Al no otorgar al agente derecho a la indemnización en el caso de que el contrato terminara por culpa suya o por fuerza mayor.

En el proyecto del Código de Comercio de 1958, no se consideró esta última excepción, preponiendo el derecho de indemnización sin salvedad alguna apartándose del equilibrio que debe reinar en las relaciones contractuales.

El creciente intervencionismo estatal en el comercio y, por tanto en el ámbito de los contratos de distribución comercial se ha caracterizado en la adopción, por los legisladores nacionales y de la comunidad legislativa internacional, de un importante

5. MESSINEO, Francesco (1971). *Derecho Civil y Comercial*, Tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 62.

6. SEHLESINGER VÉLEZ, Juan (1982). *El contrato de agencia mercantil*. Tesis Doctoral. p. 155. Bogotá D. E.

número de normas materiales imperativas⁷. Como el resultado del intervencionismo creciente del Estado en las relaciones privadas y su impacto en la solución en los litigios nacionales e internacionales, han llevado a países como Bélgica y Francia a desarrollar leyes de gran importancia tal es el caso de la **Ley Belga del 27 de julio de 1961**, modificada mediante **Ley del 15 de abril de 1971**⁸. De igual manera la doctrina francesa, muy favorable a establecimiento de un régimen similar, se ha esforzado, durante años, en deducir de la normativa existente una obligación de indemnización como la que contempla el Artículo 1324. En Colombia a diferencia de otros países este debate no ha quedado zanjado como sí lo hizo Francia con la **Ley 1996 sobre la lealtad y el equilibrio de las relaciones comerciales**.

La fuente inmediata de las obligaciones patrimoniales contempladas en el Artículo 1324 del Código de Comercio, fue el proyecto de Ley número 27 presentado por el doctor Aníbal Fernández de Soto a la consideración de la Honorable Cámara de Representantes en el año 1969, por medio del cual se buscaba proteger a los agentes representantes de firmas nacionales o extranjeras. En la exposición de motivos el doctor Fernández de Soto justificó el establecimiento de una remuneración a favor del agente por la simple terminación del contrato, basado en que era una compensación al trabajo y esfuerzo que el agente desarrollaba, en forma a veces exclusiva, para acreditar los productos y servicios del empresario creando y manteniendo una clientela, todo lo cual, a la postre, una vez finalizado el contrato, solo vendría a beneficiar al empresario.

Según el doctor CÁRDENAS MEJÍA, una de las razones fundamentales por las cuales se creyó conveniente reglamentar en el nuevo Código de Comercio el contrato de agencia, fue la intención de proteger a los comerciantes nacionales contra los abusos de otros empresarios generalmente extranjeros, con quienes habían celebrado contratos de representación o distribución para promover y vender productos en el territorio colombiano o en determinadas partes de este. 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 nacional⁹. Pero esta no fue una razón que obedeció a un fenómeno propio de una circunstancia en el ámbito colombiano; sino que esta misma circunstancia se vivía de igual manera ya con anterioridad en otros países.

7. BASEDOW, J. *Conflicts of economics regulations, principios, objetivos y métodos del DIPriv*. Balances y perspectivas de una década, cuartas jornadas de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1995, p. 88.

8. Ley del 27 de julio de 1961 (*moniteur belge* 5 de octubre de 1961), modificada mediante la Ley del 13 de abril de 1971 (*moniteur belge* 21 de abril de 1971).

9. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1891). *El contrato de agencia mercantil*. Editorial Temis.

Igualmente hizo énfasis en la necesidad de establecer adicionalmente a la prestación anterior, el derecho del agente al pago de una indemnización por la revocación o terminación unilateral del contrato por parte del empresario, porque resulta injusto que la parte concedente de un contrato de esta índole, resuelva darlo por terminado sin mediar ninguna indemnización, cuando los volúmenes de negocios han logrado cifras atractivas para dicho concedente.

Este proyecto fue acogido por la comisión redactora del Código de Comercio vigente y con base a él se consagraron en el Artículo 1324 dos diferentes obligaciones patrimoniales a favor del agente y a cargo del empresario.

LA RETRIBUCIÓN DEL PRIMER INCISO, denominada por algunos autores siguiendo la terminología francesa “prestación por clientela”, el agente tiene derecho en todos los casos de terminación del contrato, aun en aquellos en los cuales el empresario lo termine por justa causa imputable al mismo agente.

La justificación del primer inciso del artículo se desarrolla en el hecho de que el agente despliega toda una actividad que perdura en el tiempo, rindiendo frutos de los cuales no sería justo si se beneficiara solamente el agenciado, “en la medida de que el agente crea una clientela que permanece con el empresario aún después de la extinción de la relación contractual y por ello las comisiones no las remuneran totalmente¹⁰. **El fundamento de esta atribución patrimonial, según los criterios del HGB (Código de Comercio alemán), es de naturaleza “esencialmente retributiva”**. Es una compensación de los servicios prestados por el agente que seguirán redundando en beneficio al establecimiento principal incluso después de extinguirse el negocio jurídico ya que la actividad del agente se habría materializado en captación de nuevos clientes, aumento del negocio “otra consideración obedece a que se trata de remunerar una parte de la actividad del agente que no es adecuadamente retribuida durante la ejecución del contrato y es la creación de una clientela, pues las comisiones recibidas ante todo retribuyen operaciones individuales. Además esta prestación tiene en cuenta la imposibilidad de que el agente perciba comisiones por operaciones futuras con los clientes que él vinculó. En efecto, el agente a través de su trabajo independiente, abre o al menos mantiene un mercado para el empresario, del cual este se beneficia cuando, por cualquier causa dicho agente resulta desplazado o sustituido, produciéndose así un beneficio en cabeza de dicho empresario que al no estar usualmente comprendido en la retribución normal que se le paga merece una compensación adicional, aún en el supuesto en que el contrato se termine por justa causa. De ahí que los doctrinantes suelen denominar este pago como una “prestación”, es decir, como algo propio del contrato, por oposición a aquel que se causa en caso de terminación injustificada, que merece propiamente

10. Citado por SUESCÚN MELO, p. 508.

el nombre de indemnización” (Laudo Arbitral de Consorcio Business vs. Bell South Colombia S.A. de 12 de febrero de 2004). **Fundamentándose esta atribución patrimonial a favor del agente en el “enriquecimiento sin causa”**; ya que la ruptura de la relación contractual sin otra causa que el interés del denunciante, proporciona a este último un enriquecimiento en la medida en que se beneficia de una clientela creada por el agente. Por ello, el agente tiene derecho a que se evalúe este enriquecimiento con la deducción de la medida en que esté ya retribuido.

INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN ABUSIVA

En el segundo inciso se establece con claridad que la terminación unilateral del contrato, sin justa causa comprobada por parte del agenciado dará lugar a una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objetos de contrato. Esto sin duda nos precisa que la indemnización y la prestación que debe reconocerse al final del contrato, no son excluyentes.

El Artículo 1317 establece que esta indemnización deberá ser fijada por peritos, como retribución a los esfuerzos del agente, para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objetos del contrato, y que no habrá lugar a ella cuando sea el empresario quien termine el contrato por justa causa comprobada imputable al agente.

De una parte, el valor de la retribución del primer inciso, ha debido ser fijado por peritos de acuerdo con la verdadera labor realizada por el agente, como lo contemplan las legislaciones francesa e italiana y el mismo proyecto de Código de Comercio de 1958 en el Artículo 1324, y no establecido *a priori* la doceava parte de que trata el Artículo 1317. Por otra parte, para la fijación del valor de la indemnización del segundo inciso, los peritos, por disposición del mismo Artículo 1324, deberán evaluar la labor del agente y no los perjuicios que se le hubieren ocasionado con la terminación abusiva del contrato por parte del empresario, desviándose así del criterio que según la ley y la equidad debe regir en estos casos.

Es necesario tener en cuenta que para tasar la cesantía comercial pueden existir varios factores que ha encontrado el agente al momento de iniciar la ejecución del mandato y que le facilitan su trabajo; como por ejemplo, no es lo mismo el esfuerzo de agenciar una marca ampliamente reconocida en el mercado que una desconocida, los gastos desplegados por el agenciado en materia publicitaria que permiten o garantizan la efectividad a la hora de penetrar un mercado son elementos que no se pueden desconocer en la medida que no se integran en la fórmula planteada por el Artículo 1324 y que realmente no traza un equilibrio en la relación cuando se desconocen estos criterios.

Tampoco fue afortunada la concepción del artículo que comentamos al otorgar al agente el derecho a la retribución de la doceava parte en todos los casos de terminación del contrato, pues no es equitativo que si este incurre en una de las justas causas que consagra a favor del empresario el numeral primero del Artículo 1325 del Código de Comercio literales a. El incumplimiento grave de las obligaciones estipuladas en el contrato y la ley, y b. Cualquier acción u omisión que afecte gravemente los intereses del empresario; las cuales suponen un daño al patrimonio de este que en el caso del literal a podría ser doloso, tenga este que retribuirle sus buenos servicios o compensar un enriquecimiento sin causa, que no lo ha sido tanto por el menoscabo económico sufrido por culpa del agente.

Más justo habría sido no otorgar tal derecho al agente cuando diera lugar a la terminación del contrato por cualquiera de las mencionadas causas, lo cual habría dado mayor seriedad y seguridad a su gestión, resguardando en mayor medida el patrimonio del empresario, el cual, al fin y al cabo, es el único que se arriesga.

En el caso específico de la indemnización por clientela en la doctrina extranjera, el autor RICARDO ALONSO SOTO expresa que el agente debe haber aportado nuevos clientes al principal, o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y además, que su actividad anterior, continúe produciendo ventajas sustanciales para el empresario en cuestión, como puede ser la existencia de un pacto de no competencia o cualquier otra circunstancia. Dejando por sentado que no en todos los casos se configura automáticamente una indemnización por clientela en la medida que es necesario que la actividad del agente continúe generando beneficios al empresario, tesis que se aparta de la doctrina colombiana al contemplarla en cualquiera de los supuestos de terminación.

De igual forma establece el Código de Comercio alemán, título 7 “Agente comercial”, §§ 84-92 c HGB, está actualizado según la legislación del 01 de julio de 1998. Dicha versión contiene los cambios hechos según la ley para la ejecución de directivas de la Unión Europea para la coordinación del derecho de agentes comerciales de fecha 31 de octubre de 1989.

89 b (Derecho a indemnización)

(1) El agente comercial puede exigir de la empresa una indemnización razonable al terminar la relación contractual, si y mientras que:

1. *El empresario tenga muchas ventajas después de terminada la relación contractual como consecuencia de la relación comercial con un nuevo cliente que el agente comercial contactó.*
2. *El agente comercial pierda los derechos a una provisión a causa de la terminación de la relación contractual que él hubiera realizado si hubiera continuado con la misma*

por negocios ya concluidos o a ser realizados en el futuro.

3. *El pago de una indemnización responde a razones de justicia.*

Por otra parte, se plantean cuestiones de difícil respuesta: ¿en qué medida existe una relación directa entre el valor de la cesantía comercial y la habilidad o el esfuerzo del agente?

RENUNCIABILIDAD

- De la retribución por clientela

La posibilidad de renunciar a la retribución consagrada en el inciso primero del artículo 1324 se ha constituido en uno de los puntos de mayor controversia de la agencia comercial. Quienes sostienen que dicha retribución es irrenunciable, han argumentado que el Artículo 1324 es una norma de orden público, pues su cumplimiento mira el interés socio-económico del país a través de la defensa de una clase económico-social, constituida por los agentes, los cuales se encuentran en inferioridad de condiciones frente a otra clase poderosa constituida por los empresarios. La economía de los países se mueve en gran parte por la labor que desarrollan los agentes, situación que los califica como un sector sensible y de suma importancia dentro de las políticas de cualquier Estado¹¹.

¿En el contrato se puede pactar la renuncia a las prestaciones del Artículo 1324? La respuesta a este interrogante ha dado origen a dos posiciones contrarias, cuyos argumentos se sintetizan así:

1. De una parte quienes sostienen que estas prestaciones son irrenunciables por ser de orden público, ya que interesan al desarrollo económico-social del país, y porque solo en los casos en que el legislador prevé la posibilidad de pacto en contrario puede considerarse que la norma es supletiva. Concluyen que: “Desentrañando el espíritu y alcance de las disposiciones que regulan la agencia comercial es fácil concluir que el Artículo 1324 del Código de Comercio es una norma de orden público o interés social, que no admite pacto en contrario, porque con ellas ha querido el legislador tutelar un gremio (los agentes) que considera económicamente débil, frente a un grupo (los empresarios) que estima económicamente fuerte. Por lo tanto, toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita. No es nula sino ineficaz”. Esta posición es compartida por los profesores Álvaro Pérez Vives (Comentarios al Código de Comercio, Vol. I, p. 243), José

11. Jurisprudencia alemana. Según reiterada jurisprudencia, el sistema establecido por el Artículo 17 de la Directiva tiene carácter imperativo, en particular respecto a la protección del agente comercial una vez que se ha extinguido el contrato (Sentencias de 9 de noviembre de 2000, Ingmar, C381/98, Rec. p. I9305, apartado 21, y Honyvem Informazioni Commerciali, antes citada, apartado 22).

Ignacio Narváez (*Introducción al Derecho Mercantil*, 1976, pp. 283 y ss.), Óscar Alzate López (Boletín N° 86 del Colegio de Abogados Comercialistas) y por el Tribunal Superior de Medellín (Sent. dic. 6/78, M.P. Horacio Montoya Gil).

2. De otra, quienes sostienen que en el Artículo 1324 se distinguen dos prestaciones:
 - a) La del inciso primero (llamada por algunos “cesantía comercial”) que no tiene carácter imperativo, fue dictada para suplir el silencio de las partes, y se rige por el Artículo 15 del Código Civil que permite la renuncia de los derechos conferidos en interés individual. La Superintendencia de Sociedades compartió este criterio al conceptuar: “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” (Oficio N° 13.534 de octubre 4/71, publicado en la Revista *Legislación Económica* N° 459, p. 254). “La referida prestación del Artículo 1324 no tiene ninguna finalidad proteccionista de una clase social determinada, sino simplemente la de restablecer el equilibrio económico de un contrato de derecho privado, surgido entre partes iguales y autónomas, pero que con el correr del tiempo se hizo más gravoso para una de las partes... por consiguiente dicha prestación es renunciable”¹².
 - b) La “indemnización equitativa” prevista en el inciso segundo, sobre la cual se sostiene que como ella equivale a una pena no puede renunciarse válidamente por el beneficiario, pues sería como pactar una cláusula de irresponsabilidad¹³.

La Corte Suprema de Justicia tomó partido por la primera posición, en una de las dos sentencias que en materia de agencia mercantil dictó el 2 de diciembre de 1980. Sin embargo, se le ha criticado que toda su doctrina se reduce a un solo párrafo, sin que hubiera hecho ninguna argumentación que le sirviera de fundamento.

JURISPRUDENCIA. La prestación solo es renunciable a la terminación del contrato. “Para la Corte, la prestación que consagra el 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 queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible

12. ESCOBAR SANÍN, Gabriel (1985). *Negocios de sustitución*. Edit. U. Externado de Colombia. p. 372.

13. CARDOZO LUNA, Hernando (1973). *La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano*. p. 60.

una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación”¹⁴.

JURISPRUDENCIA. Pago anticipado de la prestación. “Al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1° del Artículo 1324 del Código de Comercio (...), parece claro que, en línea de principio, ella debe ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de “la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años”, que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquel.

Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación–, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes (...).

Desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el Artículo 1324 del Código de Comercio, resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados (...).

Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad, que es abusiva o leonina, o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad–, la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del Artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere” (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 28/2005, Exp. 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

NOTA: Con esta jurisprudencia la Corte Suprema le dio validez a una cláusula que estableció que dentro de la remuneración que periódicamente se le paga al agente

14. CSJ, Cas. Civil, Sent. dic. 2/80. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

durante la vigencia del contrato, se encuentra incluida la prestación de la doceava parte del promedio de la comisión que le corresponde según el inciso 1° del Artículo 1324 del Código de Comercio.

A nuestro parecer estos criterios se orientan más sobre la concepción de debilidad del agente al considerarlo un subordinado en la relación contractual, situación que hoy en día no es lo suficientemente argumentativa porque son muchas las circunstancias que pueden colocar a una u otras de las partes en una situación de poder. Y con más argumento relacionan el Artículo 15 del Código Civil que permite la renuncia de los derechos conferidos en interés individual.

En concepto del autor, con tales normas no se buscó proteger a ninguna clase económica ni socialmente débil y, por lo tanto, no es valedero este argumento para afirmar que son de orden público por las siguientes razones:

- Para que una norma sea de interés público este debe declararse expresamente en la norma misma, o bien constatarse plenamente de su contenido.

En este orden de ideas, es de considerar que el Artículo 1324 no hace tal declaración expresa, ni su contenido ni sus antecedentes permiten deducir que se hubiera buscado proteger a una clase social económicamente débil, constituida por los agentes, frente a una más fuerte conformada por los empresarios.

Al contrario, la definición legal de agente comercial que trae el Artículo 1317 del Código de Comercio, lo concibe como un comerciante independiente, es decir, la persona dedicada profesionalmente al comercio, que a través de su propia empresa, sin subordinación a nadie, desarrolla una actividad mercantil en su propio beneficio.

Aun en la doctrina marxista, que habla de clases en sentido socio-económico, distinguiendo entre la clase capitalista detentadora de los medios de producción y la proletaria que por no tenerlos es asalariada y depende para su subsistencia de los capitalistas, el agente comercial sería un intermediario capitalista, propietario de medios de producción que se sumaría a los capitalistas productores para agravar la plusvalía.

En consecuencia, no es aceptable bajo ninguna circunstancia hablar, al referirse al agente comercial, de una clase social o socioeconómica y pretender fundamentar que una norma es de orden público, porque su sentido busca proteger a una clase inexistente.

Otro argumento que se ha esgrimido en defensa de la irrenunciabilidad de la retribución que comentamos, ha sido fundamentado en la supuesta similitud entre el

contrato de agencia comercial y las relaciones jurídicas de sus pares, con el contrato de trabajo y la situación del trabajador frente al patrono, la cual justificaría que las obligaciones patrimoniales nacidas de primero fueran irrenunciables al igual que las prestaciones e indemnizaciones propias del segundo. Tampoco compartimos este argumento, pues parte de una base equivocada al confundir dos relaciones jurídicas completamente distintas.

CONCLUSIONES

Considera el autor que sería conveniente que la Jurisprudencia volviera a revisar a todos los efectos la distinción que claramente han establecido las resoluciones judiciales citadas como precedentes.

El Código de Comercio no es todavía preciso en relación a la terminación del contrato de agencia comercial, por la cual a falta de regulación específica aplicable al caso, deberemos acudir a la teoría general del contrato y al desarrollo que de la misma hayan realizado los juzgados y tribunales sobre la materia.

Es necesario concluir dos aspectos fundamentales en relación a su naturaleza:

- 1º En el contrato de agencia convenido sin fijación de plazo o que haya devenido indefinido, el empresario tiene derecho a desistir libre y unilateralmente del mismo, según convenga a su interés. No obstante, cuando este desistimiento se produzca de forma abusiva o de mala fe, el distribuidor tendrá derecho a ser indemnizado por todos los daños y perjuicios sufridos. Es sabido que los contratos no son perpetuos.
- 2º Sin perjuicio de ello, el desistimiento del contrato producido de buena fe puede dar lugar también a compensación (cesantía comercial) cuando vaya seguida de un disfrute por el empresario de la clientela aportada por el distribuidor, y ello en aras a evitar el injusto enriquecimiento de aquel.

Es necesario reevaluar la posición del Código de Comercio al establecer que la cesantía comercial se devenga en cualquiera de los supuestos de terminación del contrato, siguiendo así la concepción que la sustenta sobre un carácter retributivo para ser satisfecha de forma diferida. Examinando el segundo aspecto que es una reproducción de la directiva económica europea que se ha plasmado en los diferentes ordenamientos jurídicos se sustenta sobre la teoría del enriquecimiento sin causa, solo por el hecho que es requisito *sine qua non* para concederla que el empresario siga obteniendo ventajas aun después de la extensión del contrato producto de la labor del agente.

En este sentido, el valor de la retribución del primer inciso, ha debido ser fijado por

peritos de acuerdo con la verdadera labor realizada por el agente, como lo contemplan las legislaciones francesa e italiana y el mismo proyecto de Código de Comercio de 1958 en el Artículo 1324, y no estableciendo *a priori* la doceava parte de que trata el Artículo 1317. Por otra parte para la fijación del valor de la indemnización del segundo inciso, los peritos, por disposición del mismo Artículo 1324, deberán evaluar la labor del agente y no los perjuicios que se le hubieren ocasionado con la terminación abusiva del contrato por parte del empresario, desviándose así del criterio que según la ley y la equidad debe regir en estos casos.

Tampoco fue afortunada la concepción del artículo que comentamos al otorgar al agente el derecho a la retribución de la doceava parte en todos los casos de terminación del contrato, pues no es equitativo que si este incurre en una de las justas causas que consagra a favor del empresario el numeral primero del Artículo 1325 del Código de Comercio literales a. El incumplimiento grave de las obligaciones estipuladas en el contrato y la ley, y b. Cualquier acción u omisión que afecte gravemente los intereses del empresario; las cuales suponen un daño al patrimonio de este que en el caso del literal a podría ser doloso, y tenga que retribuirle sus buenos servicios o compensar un enriquecimiento sin causa, que no lo ha sido tanto por el menoscabo económico sufrido por culpa del agente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime A. *Contratos mercantiles*. Tomo I. p. 382. Biblioteca Jurídica Dike 10ª edición.
- CAIROS BARRETO, Dulce María. “Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil”. Universidad de La Laguna. Tesis Doctoral. p. 122.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo (1891). *El contrato de agencia mercantil*. Editorial Temis.
- DAUBLER, W. *Derecho del Trabajo*, pp. 926-927. WANK, R.: “Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella Rft”, *LD*, 1997, N° 2, pp. 217-240.
- ESCOBAR SANÍN, Gabriel (1985). *Negocios de sustitución*. Edit. U. Externado de Colombia. p. 372.
- ETCHEVERRY RAÚL, Aníbal (2003). *Derecho Comercial y Económico*. “Contratos y obligaciones mercantiles”. Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 116.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. L. “Contrato de agencia”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. *Op. cit.*, pp. 1559-1560.
- GARRIGUES GARRIGUES, Joaquín. “Los agentes comerciales”. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, volumen XXXIII, número 83. Enero-marzo de 1962. pp. 7 y 8. Véase Ripert George, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4ª ed., París, 1960, pp. 160 y ss. (Documento de Soyla H. León Escobar).
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2007). *La Jurisprudencia arbitral en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. IV tomo.

- LLOBREGAT HURTADO, M^a L. (1994). *El contrato de agencia mercantil*. Barcelona: Bosch. p. 17 (tesis doctoral Universidad de La Laguna).
- MARZORATI, Osvaldo J. (2006). *Derecho de los Negocios Internacionales*. 3^a edición. Editorial Astrea. p. 35.
- MONSÓ GOICOLEA, E. (1987). “Situación jurídica en España de los agentes comerciales”, *RDP*, p. 755 (Tesis Doctoral p. 122).
- MORALES ARIAS, Luis G. *El contrato de agencia mercantil. “Análisis comparativo entre el Derecho colombiano y el Derecho anglosajón”*. p. 42.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar (2003). *Contratos mercantiles*. México: Editorial Porrúa. Décimacuarta edición.
- Tesis doctoral Universidad de La Laguna.
- Código de Comercio Comentado. Legis Editores S. A.