

LA AGENCIA COMERCIAL Y SU TALÓN DE AGUILES: LA CESANTIA COMERCIAL

CAROLINA DEIK ACOSTA-MADIEDO*

RESUMEN

La jurisprudencia ordinaria y arbitral han aportado importantes criterios para comprender el contrato de agencia mercantil, destacando la estabilidad e independencia que lo caracterizan y distinguen de otros contratos, como el de trabajo, del cual se separa también por la inexistencia de subordinación. Sin embargo, sigue siendo controvertida la figura de la cesantía comercial, una forma especial de protección consagrada a favor del agente para evitar la revocación intempestiva o abusiva de la agencia. La cesantía es irrenunciable, puede indexarse para la fecha del pago y, pese a las críticas, admite que las partes pacten modalidades anticipadas de pago de tal obligación.

Palabras clave: agencia comercial, cesantía comercial, indexación, contrato de trabajo, justicia arbitral.

ABSTRACT

Ordinary and arbitral precedents have contributed important criteria to understand the commercial agency contract, highlighting the stability and independence that characterize it and distinguish it from other contracts. However, controversy persists regarding indemnity, a special form of protection

Fecha de recepción: 16 de junio de 2009
Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2009

* La autora es abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, y actualmente cursa una especialización en Derecho Administrativo en la misma universidad. Es profesora auxiliar de Derecho Constitucional Colombiano I en la P.U.J. y actualmente trabaja para la firma Estudios Palacios Lleras S.A. Contacto: carodeik@hotmail.com

established in favor of the agent to avoid abusive and unexpected termination of the agency. This figure is unrenounceable, its value can be brought to the date of payment and, despite the criticism, the parties are entitled to agree on forms of early payment of that obligation.

Key words: *commercial agency contract, indemnity, indexing, labor contract, arbitral justice.*

INTRODUCCIÓN

La agencia comercial, regulada en los artículos 1317 y siguientes¹ del Código de Comercio, es un contrato de colaboración empresarial por medio del cual “...un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover y explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero...”². Esta definición comporta los elementos clásicos del contrato en mención, a saber: la independencia del agente y la estabilidad de las relaciones con su principal, el empresario.

Pues bien, esta controvertida figura del derecho mercantil es la que mayor actividad litigiosa ha suscitado en las últimas décadas³; al punto que fue trascendental durante las engorrosas negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, cuyos delegados exigían “...la eliminación del artículo 1324 del Código de Comercio, que hace referencia a la ‘cesantía comercial’ ...”⁴. Lo anterior, sumado a la múltiple y variada jurisprudencia en torno al tema, exigen realizar un análisis jurisprudencial (que no una línea jurisprudencial), abordando de manera crítica las posiciones adoptadas en las últimas décadas por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia y por algunos Tribunales de Arbitramento en torno a la agencia comercial, haciendo especial hincapié en la *cesantía comercial*, por ser éste el más problemático de sus elementos, al cual se ha atribuido el

1 Esta normativa no fue derogada por las normas sobre promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas (D. 2153/92), pero al aplicarlas no puede incurrirse en ninguna conducta anticompetitiva. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00034404 (Jefe Oficina Asesora Jurídica Martha Vergara Perdomo, Junio 23 de 2000).

2 Código de Comercio Colombiano [CCoC]. Decreto 410 de 1971. Art. 1317. Junio 16 de 1971 (Colombia).

3 Enrique Gómez Martínez. Agencia Comercial: autonomía de la voluntad y responsabilidad. <http://www.bogota.gov.co/galeria/14%20abril%203p.doc>

4 Departamento de Derecho Comercial. *Corte Suprema precisa alcance de cesantía comercial e indemnización equitativa en los contratos de agencia comercial*. Actualidad Jurídica. Abril 2005. At. 1-2.

languedecimiento de la figura y la presencia de un menor número de empresas extranjeras en Colombia.⁵

Por cuestiones metodológicas, conviene acometer un análisis temático de los distintos pronunciamientos en lugar de abordarlos en estricta sucesión cronológica, con miras a lograr un mejor entendimiento de las múltiples aristas del contrato aludido. Con este fin, el presente artículo se divide en los siguientes capítulos: 1. Configuración y elementos del contrato de Agencia Comercial a la luz la jurisprudencia ordinaria y arbitral, distinguiéndolo del contrato de trabajo; 2. La Cesantía Comercial en el contrato de Agencia Comercial, el cual comprenderá, a su turno, el análisis del alcance y naturaleza de la cesantía comercial, así como de la procedencia de la corrección monetaria de la misma; y 3. Conclusiones.

1. CONFIGURACIÓN Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Dispone la norma pertinente del Estatuto Mercantil:

Art. 1324. El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, 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.

Se trata, ante todo, de una modalidad del mandato mercantil, lo cual se deduce de la ubicación de esta norma en el Código de Comercio bajo en el Título XIII sobre el mandato, cuyas normas le son aplicables según se dijo en el Laudo arbitral

5 Juan Camilo Restrepo y Néstor Humberto Martínez. *Agencia comercial: una renovada visión de la Corte*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 7B

del 23 de mayo de 1997 que resolvió el conflicto entre Preparaciones de Belleza S.A. –Prebel S.A.– vs. L’Oreal de París. En esa oportunidad se dijo: “...es entonces por orden del propio legislador que se aplican a la agencia las reglas que rigen el mandato comercial (...). Se reitera de este modo que así no lo haya dicho expresamente el Código de Comercio para la agencia comercial, resulta ser esta figura de la intermediación comercial una variedad del contrato de mandato...”⁶ Es, entonces, un contrato en “...interés exclusivo del empresario agenciado, sin perjuicio de las erogaciones económicas que deben reconocerse a favor del agente...”⁷

Sin embargo, lo anterior no puede llevar a confundir o equiparar esta figura con el simple mandato. Por eso la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que no basta la representación del agenciado para entender configurada la agencia comercial, porque tal representación ni siquiera es un elemento esencial de este negocio de intermediación, en el cual “...el empresario nacional obra por cuenta del agenciado, a través de la promoción o explotación de sus negocios, con carácter independiente y **con o sin representación del mandante...**”⁸

Por eso la representación “...por sí sol[a] resulta insuficiente para perfilar el negocio jurídico de agencia comercial invocado, como exiguo es, al mismo propósito, el acuerdo para compra y posterior distribución de algunos productos elaborados por la demandada, porque como sostuvo la Corte en reciente ocasión en un caso análogo “la compra de libros para la reventa resulta ser poco para de allí derivar la existencia del contrato de agencia comercial” (Sent. 142 del 30 de junio de 2005)...”⁹, lo cual se explica por la complejidad de la figura y la riqueza de elementos que la componen. Sin embargo, debido a la indeterminación de los conceptos jurídicos empleados en la norma transcrita, el operador jurídico constantemente se ve abocado a acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de Tribunales Arbitrales para dilucidar su significado y alcance.

El contrato a la luz de la jurisprudencia ordinaria

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil y Agraria, ha estructurado gran parte de sus elaboraciones jurisprudenciales en materia de la agencia mercantil

6 Citado por: Gonzalo Suárez Beltrán. *Un paso adelante y otro atrás*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 8B

7 Gonzalo Suárez Beltrán. *Un paso adelante y otro atrás*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 7B

8 Juan Camilo Restrepo y Néstor Humberto Martínez. *Agencia comercial: una renovada visión de la Corte*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 7B

9 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso No. 11001-3103-023-1997-24529-01 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; Diciembre 14 de 2005).

sobre la base de la estabilidad que por esencia la identifica y la distingue del simple mandato, en el sentido que el encargo no se agota con un solo negocio sino con varios de ellos, de lo cual derivan otras tantas peculiaridades que enriquecen su comprensión.

En no pocas ocasiones ha regresado la Corte Suprema de Justicia al asunto de la estabilidad, sustentándola en la importancia de la función *económica* de esta intermediación, por un lado, y en los intereses *privados* del agente, por el otro. Éste, por virtud de la independencia que identifica la relación con el agenciado,

(...) se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, **de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor** de sus productos¹⁰.

Así, resulta imperioso para el agente estructurar su propia empresa por virtud de la independencia y la estabilidad propias de este tipo contractual, y es precisamente la **estabilidad** la que explicará otras tantas propiedades que por el desarrollo normal se van agregando a esta institución.

Si bien éste parece ser un pronunciamiento novedoso en la materia, lo cierto es que se trata de una mera reiteración de la jurisprudencia que data, por lo menos, de veinte años atrás en el seno de aquella Sala. Ya las sentencias de casación del 2 de diciembre de 1980¹¹ y del 31 de octubre de 1995¹² contenían fragmentos similares al arriba citado, que serían luego incorporados por la sentencia 199 de 2006 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹³. En esta oportunidad, la Corte se vio abocada a dilucidar si el contrato sometido a su consideración, en el cual la actora compraba productos Suzuki para luego comercializarlos en el mercado colombiano apropiándose de las utilidades de la reventa, era o no una agencia comercial. Para hacerlo, la Corte acudió a su propia y reiterada jurisprudencia y concluyó que **es una característica determinante de la tipificación del contrato**

10 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5497 (M.P. José Fernando Ramírez; Octubre 20 de 2000) Negrilla fuera de texto.

11 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Diciembre 2 de 1980).

12 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Proceso 4701 (M.P. Pedro Lafont Planeta; Octubre 31 de 1994).

13 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 76001 3103 009 1992 09211 01 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Diciembre 15 de 2006).

que el agente obre por cuenta ajena, asunto sobre el cual regresaré al abordar las características que separan a la agencia del contrato de trabajo.

Por lo pronto conviene destacar que la Corte, en 2005, estudió una cláusula de un contrato de agencia comercial que facultaba a las partes para terminarlo unilateralmente mediando preaviso escrito de noventa días a la contraparte. La Corte, en sentencia del 28 de febrero de 2005¹⁴, realizó un interesante estudio de las características del contrato y de la voluntad de las partes según las reglas de la hermenéutica, para concluir que los noventa días debían contarse regresivamente desde el momento de la terminación del contrato o sus prórrogas. Para ello se basó en lo “cara” que es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, lo cual impide que este mandato pueda finiquitarse con la mera revocación del agenciado (arts. 1279 y 1330 C.Co.), en desmedro de la **estabilidad** de este **negocio de duración** y de la conformación de la empresa que servía a sus propósitos. Más aun, atribuyó a tal estabilidad la necesidad del legislador de fijar justas causas de terminación unilateral del contrato (art. 1325 C.Co) y el derecho a la indemnización equitativa del artículo 1324 del C. de Co., que evitan que tal estabilidad sea tenida como característica absoluta. Y dijo que “...*el mecanismo de la denuncia anticipada, tiene como finalidad clarificar y anunciar que la prórroga automática, prevista en el contrato, no tendrá lugar al vencimiento del plazo acordado (un trienio), a fin de que la contraparte no sea sorprendida y pueda tomar las medidas de previsión del caso, como se acotó...*”¹⁵.

Sobre la naturaleza del contrato, y en relación con la tantas veces aludida estabilidad, la Corte precisó que, si bien la agencia es un arquetípico contrato de duración, no es inexorablemente un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada; solo que las cláusulas de duración que le son propias sirven para *blindar* el contrato frente a terminaciones intempestivas y le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado.

Por otra parte, el núcleo del contrato radica en la promoción del negocio del agenciado y no en los contratos que efectivamente llegaren a perfeccionarse, lo cual devela la naturaleza de la actividad que subyace a la agencia mercantil, esto es: “...una ingente actividad dirigida... a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez

14 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005).

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005).

consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso...”¹⁶ Esto sería reiterado por esta Sala en una sentencia de diciembre del mismo año, en la cual se dijo que “...la labor de promoción, de conquista de mercados para los productos agenciados, [es] medular en ese tipo de negociación, puesto que en eso consiste la obligación principal que asume el agente...”¹⁷ Así, la labor del agente no se limita al acercamiento o puesta en contacto de las partes, sino que trasciende a las actividades de promoción y explotación –en sentido no abusivo- de la clientela del agenciado.

Sobre este célebre fallo, el ex Viceministro de Justicia y del Derecho, Gonzalo Suárez Beltrán, destaca al menos dos errores de la Corte, así: “...olvida que la agencia mercantil es una modalidad del mandato, en el cual la revocación unilateral es siempre posible y cuyas consecuencias están legalmente previstas; y desconoce que la agencia mercantil constituye un negocio jurídico en interés exclusivo del empresario agenciado...”¹⁸; observaciones que no acojo por dos motivos fundamentales. El primero, si bien se trata de una modalidad del mandato, tiene elementos de sobra que lo distinguen del mandato simple; y el segundo, aunque el contrato se perfecciona en interés del empresario agenciado, desde la misma consagración de la figura en el Estatuto Mercantil se ha admitido la necesidad de proteger al agente por virtud de la configuración especial de este tipo contractual. Es precisamente esta necesidad la que justifica la existencia de la cesantía comercial en los términos gravosos en que fue adoptada en 1971, y la que hace improcedente aplicar, sin más, el artículo 1279 del Código de Comercio, que regula la terminación sin justa causa del mandato conferido en interés del mandante. Por ello es válida la postura de la Corte en el sentido que el contrato no puede terminar unilateralmente sin una causa válida.

En ese prolífico año de 2005, en sentencia del 6 de julio¹⁹, la Corte sentó una jurisprudencia que sigue contribuyendo a delinear las propiedades de este contrato, especialmente en dos asuntos: (i) la necesidad de demostración típica y clara del contrato mediante pruebas fehacientes, “...pues siendo éste autónomo (...) no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos (...) que no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial...”; y (ii) la posibilidad de coexistencia de la agencia con otros contratos paralelos.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005).

17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso No. 11001-3103-023-1997-24529-01 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; Diciembre 14 de 2005).

18 Gonzalo Suárez Beltrán. *Un paso adelante y otro atrás*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 8B

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 2430. (M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Julio 6 de 2005). Negrilla fuera de texto

En relación con el segundo numeral, se pronunció la Corte como sigue:

Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de «promover o explotar negocios» del empresario «en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional» (art. 131 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 correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (...) la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento de los negocios del empresario (...) Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que **habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir otros contratos, como los** de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992²⁰), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor²¹.

El contrato a la luz de la jurisprudencia arbitral

Ahora bien, frente a este extenso desarrollo de la jurisprudencia ordinaria, por vía de una variada y copiosa jurisprudencia arbitral se ha venido recopilando, enriqueciendo y construyendo una teoría aproximada de la agencia mercantil. En un célebre laudo de 1992 se esbozaron las características esenciales del contrato de la manera que sigue:

La doctrina nacional y la extranjera son unánimes al considerar que la agencia mercantil versa sobre un encargo **estable, continuo, duradero**, que se ejecuta a través del ejercicio de una **actividad profesional autónoma** y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta naturaleza encaminadas **a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa** (...). El agente, mediante su **organización propia**, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visitas a clientes potenciales, todo dentro de las instrucciones del agenciado y en coordinación con éste, a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado.²²

20 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. G. J. CCXIX, P.703. (M.P. Héctor Marín Naranjo; Diciembre 14 de 1992).

21 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 2430. (M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Julio 6 de 2005). Negrilla fuera de texto

22 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje. Roberto Cavalier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A.. (julio 8, 1992) Negrilla fuera de texto

En ese sentido, el laudo de CHELTEX LTDA. Vs. Celcaribe S.A.²³ estudió un contrato “De Distribución”, cuyo objeto fue “...la distribución y venta, por parte del DISTRIBUIDOR Cheltex Ltda., del servicio de telefonía móvil celular que presta CELCARIBE, mediante aparatos terminales (teléfonos) y accesorios adecuados para el mismo, de propiedad el DISTRIBUIDOR, siempre y cuando dichos aparatos y accesorios se encuentren homologados por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la captación de clientes y la venta y distribución de los equipos propios para ello...”. En su cláusula tercera se indicó que el Distribuidor reconocía y aceptaba que por la firma de dicho contrato no se convertía en Agente de Celcaribe.

El Tribunal, acudiendo a la doctrina²⁴, enunció como elementos característicos de la agencia comercial los siguientes:

1. Constituye una forma de intermediación.
2. El agente tiene su propia empresa y la dirige con independencia.
3. La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a conquistar, ampliar, o reconquistar un mercado en beneficio del principal.
4. Por esencia esa actividad requiere estabilidad. Por ello se ha dicho que el agente comercial desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí, que por lo general se hace manifiesta por medio de la apertura de oficinas u otros locales para las comunicaciones necesarias con la casa para la cual obra y con la clientela respectiva.

Estos elementos llevaron al tribunal a aceptar, en el caso sometido a su conocimiento, la existencia de un contrato de agencia mercantil durante parte del tiempo, sólo que a falta de demanda de nulidad de las cláusulas del contrato “de distribución”, éstas debían interpretarse como libremente negociadas y aceptadas.

En esta misma línea, el laudo de 2005 en el caso Pérez Navarro S. en C. Vs Marketing²⁵ ahonda en el tema, al dejar por sentado que

23 Cámara De Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje CHELTEXLTDA. vs. Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. —CELCARIBE. (junio 18, 2004).

24 De la Agencia Comercial y del Mandato. Derecho Colombiano, No 140, pág. 126. Citado por: Cámara De Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje CHELTEXLTDA. vs. Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. —CELCARIBE. (junio 18, 2004).

25 Camara de Comercio de Barranquilla. Pérez Navarro S. en C. Vs Marketing dir. (enero 20, 2003). Negrilla fuera de texto.

Con variaciones en lo que corresponde a la terminología de expresión y a la eventual fusión o desagregación de algunos de ellos, resulta ampliamente reconocido que los elementos tipificantes del contrato de agencia mercantil son los siguientes: I. La independencia del agente; II. La estabilidad de la relación; III. El encargo de promover o explotar negocios; IV. La actuación por cuenta de otro.

Así mismo, explicó el tribunal que las dificultades para encasillar una situación concreta dentro del tipo de la agencia mercantil obedecían a la relativa tensión entre sus elementos esenciales, esto es, entre el requerimiento de la autonomía del agente y la exigencia para que obre “...**por cuenta del agenciado, con la consecuente posibilidad que tiene este de impartir instrucciones...**”²⁶ que, aplicados a ultranza o sin matices, podrían resultar definitivamente excluyentes. Sin embargo, dijo el tribunal que su coexistencia ocurre “...dentro del marco general de los sistemas de distribución masiva que imponen la adopción de prácticas homogéneas como requisito indispensable para garantizar niveles óptimos de calidad en el servicio”²⁷...

La agencia comercial frente al contrato de trabajo

Delineadas como quedaron las características esenciales del contrato, y especialmente a la luz del último aparte resaltado, conviene distinguir la agencia comercial del contrato de trabajo. Como lo ha sostenido la justicia arbitral, el legislador en ningún momento asimiló los dos contratos, pues el mero hecho de haber empleado, en el caso de la cesantía mercantil, un método de cálculo de la prestación en favor del agente que se asemeja al que se utiliza para el cálculo de la cesantía laboral, no basta para entender asimiladas las dos relaciones jurídicas. Lo anterior sería, cuando menos, jurídicamente inviable, en virtud de las enormes diferencias que separan ambas figuras, especialmente el elemento de subordinación o dependencia que es esencial del contrato laboral y se echa de menos en la agencia, donde el agenciado es un empresario independiente y autónomo, nunca subordinado²⁸.

Así lo ha considerado también la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia de 1980, en el sentido que:

26 Cámara de Comercio de Barranquilla. Pérez Navarro S. en C. Vs Marketing dir. (enero 20, 2003). Negrilla fuera de texto.

27 Cámara de Comercio de Barranquilla. Pérez Navarro S. en C. Vs Marketing dir. (enero 20, 2003). Negrilla fuera de texto.

28 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje. Roberto Cavalier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A.. (julio 8, 1992) Negrilla fuera de texto

Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se la ha confiado, es claro que el **contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continua dependencia subordinación**. En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia (...), a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otros comerciantes, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos²⁹.

Como vemos, la jurisprudencia ordinaria y arbitral se han encargado de perfilar los elementos y propiedades de este negocio jurídico, derivando gran parte de su esencia de la *estabilidad* que lo caracteriza. Adicionalmente, se ha reiterado que la independencia y asunción de riesgos del agente lo separan del trabajador, concepto que gira en torno de la subordinación.

2. LA CESANTÍA COMERCIAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Alcance y naturaleza de cesantía comercial

La cesantía comercial constituye una protección especial que el legislador concedió al agente una vez terminado el contrato, sobre cuya naturaleza se ha especulado en buena medida desde su misma estipulación en 1971 debido a la vaga redacción del artículo que la consagra (1324 C.Co.) y a la indeterminación de los términos empleados por el mismo. Según lo expone la jurisprudencia arbitral, se trata de un derecho que otorga la ley al agente, por el solo hecho de haberse constituido como tal en una relación contractual de las características antes enunciadas, sin que de ello se infiera que pueda considerarse como una sanción o una pena para el agenciado. Entonces, su naturaleza es **retributiva pero no indemnizatoria**, y procede en todos los supuestos de terminación del contrato, incluso por decisión injustificada del agente³⁰.

Según puede constatarse en el proyecto de 1958, esta figura se creó con el ánimo de "...evitar la revocación intempestiva o abusiva de la agencia y proveer a

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Diciembre 2 de 1980). Negrilla fuera de texto

30 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje. Roberto Cavelier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A.. (julio 8, 1992) Negrilla fuera de texto

la retribución del enriquecimiento sin causa por parte del principal, como secuela del *good will* adquirido por el crédito de la marca de su empresa o de sus productos, gracias a las actividades del agente...”³¹

En el contrato objeto del laudo CHELTEX LTDA. Vs. Celcaribe S.A.³², ya citado, el Distribuidor CHELTEX LTDA. renunció al cobro de cualquier suma de dinero como consecuencia de la terminación del contrato transcurrido el año de vigencia por el cual se pactó, incluyendo las “compensaciones” de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio. Pero, enseguida, se convino un pago anticipado de la prestación establecida en el inciso primero de dicha norma, correspondiente al uno por ciento (1%) de las comisiones que recibía CHELTEX LTDA. Así, si a la terminación del contrato la suma correspondiente a la cesantía comercial no alcanzaba a ser cubierta por el total de comisiones recibidas durante la duración del contrato, Celcaribe S.A. pagaría el excedente.

En este caso el tribunal denegó la pretensión al reconocimiento de cesantía comercial bajo el argumento que el distribuidor había renunciado libremente a ella en la oportunidad en que estaba legitimado para hacerlo, esto es, cuando terminó tal contrato³³. Para ello citó la sentencia de 2 de diciembre de 1980, antes comentada, en cuanto la prestación “...es **irrenunciable** antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo...”³⁴

La Corte Suprema en sentencias como la de 1980³⁵ había señalado que la prestación únicamente sería renunciable una vez causada, es decir, una vez terminado el contrato respectivo, por cuanto al ser de orden público la norma del estatuto comercial que la consagra, ella es *irrenunciable* y toda renuncia expresa y anticipada que de ella hiciera el agente será ineficaz de pleno derecho. Si bien aquella fue una

31 Juan Camilo Restrepo y Néstor Humberto Martínez. *Agencia comercial: una renovada visión de la Corte*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 7B

32 Cámara De Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje CHELTEXLTDA. vs. Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. —CELCARIBE. (junio 18, 2004).

33 Cámara De Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje CHELTEXLTDA. vs. Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. —CELCARIBE. (junio 18, 2004).

34 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Diciembre 2 de 1980). Negrilla fuera de texto

35 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Diciembre 2 de 1980).

sentencia de avanzada para la época, no se aludía en ese momento a una verdadera renuncia *ex ante* a la configuración o a la titularidad del derecho como tal, sino mas bien una especie de condonación de las cuotas ya causadas a favor del acreedor de la obligación, asunto que, a mi juicio, en nada pugna con la legalidad.

Probablemente estas consideraciones llevaron a la Corte Suprema de Justicia a hacer un aporte en el esclarecimiento del sentido del artículo 1324 del C.Co. que trascendiera los incipientes lineamientos trazados por dicha Sala en 1980. Para este fin, y en concordancia con las sentencias de casación civil de 19 de julio de 1936 y de 10 de julio de 1995 (Exp. 4540), la Corte señaló:

No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se **regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación**. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de 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, **tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento**, como sí sucede con la otra 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.

En consecuencia, si los demandantes piden simplemente el cumplimiento de aquella obligación contractual y no piden intereses de mora ni perjuicios anejos, la constitución en mora no es requisito que deba acreditarse, aunque sí la exigibilidad de la obligación, que es asunto diferente, distinción ésta que, por lo demás, ha sido reiteradamente sostenida por la Corte, como puede constatarse en Sentencia de Casación Civil 063 del 10 de julio de 1995 (exp. 4540)...³⁶”

Más aún, la posición actual de la Corte Suprema de Justicia fue condensada en la citada sentencia del 28 de febrero de 2005³⁷. Para efectos de esta sección, y de lado de lo antes abordado en relación con esta sentencia, destacaré que la Corte admitió la posibilidad del pago anticipado de la cesantía comercial en favor del agente si así lo establecen las partes por virtud de su libertad negocial y respetando los principios básicos de contratación. Con ello, se amortiguan los efectos que la terminación de este tipo de contrato acarrearía al agenciado mediante el pago periódico que hace el agenciado al agente de la cesantía comercial a lo largo de la vigencia del contrato.

36 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 6892 (M.P. Jorge Santos Ballesteros; Marzo 18 de 2003). Negrilla fuera de texto

37 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005).

No pocos doctrinantes, entre ellos Enrique Gómez Martínez³⁸, Néstor Humberto Martínez y Juan Camilo Restrepo³⁹, han atribuido a este fallo unas implicaciones que exceden sus justas proporciones. En mi concepto, esta sentencia no constituye un verdadero “*quiebre*” en la jurisprudencia, por cuanto la Corte en ningún momento está aceptando la renunciabilidad de la cesantía en aras de una reforzada responsabilidad empresarial en la celebración de los contratos, algo que sí iría en franca oposición a la visión tradicional.

De hecho, la Corte expresamente hace la salvedad y distingue (e incluso contrapone) la renuncia, por un lado, y el pago anticipado, por el otro. Y basta una interpretación literal del término “pago anticipado” para comprender que constituye un *reconocimiento* de la prestación debida sólo que antes de su exigibilidad y no un intento encubierto de soslayarla; máxime si se tiene en cuenta que tal pacto está sujeto a la revisión de las partes al momento de la terminación del contrato mediante liquidación final de cuentas para asegurarse que el agente haya recibido lo que por ley le corresponde mediante la amortización gradual del valor debido. Si bien el fallo restringe la posibilidad de desconocer la literalidad del acuerdo contractual respecto a la renuncia de prestaciones o la nominación del contrato que venía sosteniendo la jurisprudencia, esto no toca con la renunciabilidad de la cesantía sino con aspectos operativos de la misma, como lo es su forma de pago. Así,

(...) no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquél, permita que el agente, *ex ante*, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su **esfuerzo por la formación de una clientela** que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, 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 C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados⁴⁰.

Incluso en tratándose de la renunciabilidad de la cesantía, la Corte aprovechó para ahondar en las obligaciones *de hacer* que derivan del contrato, esto es, de formar la clientela con las particularidades antes enunciadas. Pero, como dije antes, no hay un verdadero *quiebre* en el aspecto aludido, como se deduce de los pronunciamientos posteriores de aquella Sala atinentes al contrato de agencia

38 Enrique Gómez Martínez. Agencia Comercial: autonomía de la voluntad y responsabilidad. <http://www.bogota.gov.co/galeria/14%20abril%203p.doc>

39 Los dos últimos dijeron que el fallo “rompe en dos la historia de la doctrina sobre la materia.” Juan Camilo Restrepo y Néstor Humberto Martínez. *Agencia comercial: una renovada visión de la Corte*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 7B.

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005). (Negrilla fuera de texto)

comercial (CSJ, Sala Civil, 15 de diciembre de 2006, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Sentencia de 19 de diciembre de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo). En éstos, para resolver asuntos de terminación unilateral e injustificada de un supuesto contrato de agencia, la Corte analizó nuevamente las propiedades distintivas de la convención estudiada sin alejarse sustancialmente de la tradición jurisprudencial que data de la década de los ochenta.

Corrección monetaria de lo adeudado por concepto de la cesantía comercial

De lado de estos aspectos, que por ser los centrales en la materia hemos abordado en primer lugar, también se ha manifestado la Corte en relación con la *corrección monetaria* o actualización de la prestación causada a la terminación de dicho contrato, aclarando que no procede como reconocimiento de un perjuicio adicional sufrido por el acreedor en razón del incumplimiento –razón por la cual no se exige, aquí, la constitución en mora del deudor–, sino como aplicación concreta de razones de equidad.

Al pronunciarse de esta manera en la citada sentencia de 18 de marzo de 2003, la Corte se alejó de otras sentencias de la Sala de Casación Civil que le habían atribuido a la corrección monetaria una entidad autónoma, la de un daño emergente diferente de otros más surgidos del incumplimiento de la obligación pactada. En efecto, la Corte anteriormente había explicado que la permanente y notoria desvalorización de la moneda, por los altos índices de inflación, constituía “...en sí mismo, un perjuicio cuya indemnización es jurídicamente de recibo...” (G.J. CXCII, p 7).

Pero la novedad no se configuró en 2003, pues en materia de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda frente a obligaciones dinerarias, este fallo remite a uno anterior, en el que se dijo:

(...) no es atinado inferir, como lo hace la censura, que la corrección monetaria es un perjuicio que debe reconocerse como un daño emergente sufrido por la víctima, pues como ya se ha dicho, y hoy se reitera, ‘el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aún a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese

mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal' (Casación Civil del 9 de septiembre de 1999)⁴¹.

Lo anterior sería luego reiterado por la Corte, en cuanto a la procedencia de la indexación, en la sentencia del 12 de enero de 2005⁴² al resolver un recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Representaciones Delta Ltda. contra Promociones Industriales S.A. 'Proindustrial S.A.', en el que pretendía la actora las debidas prestaciones e indemnizaciones a las que tenía derecho como agente comercial.

3. CONCLUSIONES

Visto lo anterior, nos resta decir que la jurisprudencia ordinaria y arbitral se han encargado de desarrollar y enriquecer una figura contractual que parecía precaria de regulación frente a las siempre cambiantes necesidades mercantiles. En virtud de lo anterior, hoy contamos con una institución sólidamente estructurada, con unos elementos definidos y aceptados por la generalidad de la doctrina; los cuales, a su vez, giran en torno a los elementos clásicos de la estabilidad e independencia. A su turno, se ha reiterado que la independencia y asunción de riesgos del agente lo separan del trabajador, cuya naturaleza pende siempre de la subordinación.

Por otro lado, dada la controversia que ha suscitado la *cesantía comercial*, incluso en materia de políticas públicas y relaciones internacionales, es imprescindible destacar la irrenunciabilidad de la misma, lo que no obsta para que las partes pacten modalidades anticipadas del pago de tal obligación, sin olvidar que su actualización para la fecha del pago es procedente, no como consecuencia del reconocimiento de un perjuicio adicional sufrido por el acreedor, sino como aplicación concreta de razones de equidad, según arriba quedó explicado.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Conciliación y Arbitraje. Roberto Cavelier y Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A.. (julio 8, 1992)

Camara de Comercio de Barranquilla. Pérez Navarro S. en C. Vs Marketing dir. (enero 20, 2003). Negrilla fuera de texto.

41 Citado por: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 6892 (M.P. Jorge Santos Ballesteros; Marzo 18 de 2003). Negrilla fuera de texto

42 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 1965 (M.P. Manuel Isidoro Ardila Velásquez; Enero 12 de 2005).

- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Conciliación y Arbitraje CHELTEXTLDA. vs. Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. —CELCARIBE. (junio 18, 2004).
- CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO [CCoC]. Decreto 410 de 1971. Junio 16 de 1971 (Colombia).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. (M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Diciembre 2 de 1980).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. G. J. CCXIX, P.703. (M.P. Héctor Marín Naranjo; Diciembre 14 de 1992).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Proceso 4701 (M.P. Pedro Lafont Planeta; Octubre 31 de 1994).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 5497 (M.P. José Fernando Ramírez; Octubre 20 de 2000)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 6892 (M.P. Jorge Santos Ballesteros; Marzo 18 de 2003).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 1965 (M.P. Manuel Isidoro Ardila Velásquez; Enero 12 de 2005)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 7504 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Febrero 28 de 2005).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 2430. (M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Julio 6 de 2005).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso No. 11001-3103-023-1997-24529-01 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; Diciembre 14 de 2005).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Proceso 76001 3103 009 1992 09211 01 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Diciembre 15 de 2006).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Diciembre 19 2006).
- Decreto 410 de 1971 [Presidente de la República]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971.
- DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL. *Corte Suprema precisa alcance de cesantía comercial e indemnización equitativa en los contratos de agencia comercial*. Actualidad Jurídica. Abril 2005. At. 1-2.
- ENRIQUE GÓMEZ MARTÍNEZ. Agencia Comercial: autonomía de la voluntad y responsabilidad. <http://www.bogota.gov.co/galeria/14%20abril%203p.doc>
- GONZALO SUÁREZ BELTRÁN. *Un paso adelante y otro atrás*. Ámbito Jurídico. Junio 6-19, 2005. At. 8B

JUAN CAMILO RESTREPO Y NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ. *Agencia comercial: una renovada visión de la Corte*. *Ámbito Jurídico*. Junio 6-19, 2005. At. 7B

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 00034404 (Jefe Oficina Asesora Jurídica Martha Vergara Perdomo, Junio 23 de 2000).