

1. Acreditada la prestación del servicio o la ejecución de la obra, se presume la relación de trabajo, salvo prueba en contrario.
 2. Todo contrato de trabajo se presume por término indefinido, salvo que se pruebe conforme a este Código, que es por obra o tiempo definido y que el objeto de la prestación permite este tipo de contrato;
 3. La relación de trabajo termina por despido, salvo prueba en contrario;
 4. El despido se entiende sin causa justificada, salvo prueba en contrario;
 5. Acreditada la existencia del contrato de trabajo en dos fechas distintas dentro de un mismo año, se reconocerá, salvo prueba en contrario, su ininterrupción;
 6. Demostrado el salario ordinario devengado en los últimos tres meses de servicio, se presumirá en favor del trabajador, salvo prueba en contrario, que dicho salario ordinario fue devengado en el tiempo anterior que hubiere laborado, hasta en los últimos tres años;
 7. Demostrado el pago del salario ordinario correspondiente a seis meses consecutivos según la periodicidad convencional, reglamentaria o acostumbrada en la respectiva empresa, se presumirá salvo prueba en contrario, que los salarios ordinarios por el tiempo anterior han sido igualmente pagados;
 8. Demostrado el pago de la remuneración de las vacaciones por tres años de trabajo, se presumirá, salvo prueba en contrario que están pagadas las causadas por los años anteriores. (art. 737);
- m) Facultad del Juez de rechazar los arreglos en el proceso que vulneren los derechos de los trabajadores (art. 963).

CONTRATO

DE

AGENCIA COMERCIAL

ALEJANDRO GARCIA CARMONA

INTRODUCCION

La actividad mercantil es por esencia actividad de cambio de bienes y servicios. El cambio no es otra cosa que la conjunción o coincidencia de las dos fuerzas representativas de las voluntades que operan en el comercio: oferta y demanda. La manifestación mas simple del cambio se presenta, cuando quien ofrece un determinado artículo que ha producido, llega directamente hasta quien lo demanda para consumirlo. Sin embargo, las exigencias del tráfico mercantil, han complicado la realización del cambio, presentándose en el comercio, la necesidad de una función mediadora que mantenga en continuo acercamiento las voluntades que como oferta y demanda operan en el mercado.

Esta función de mediación está dirigida entonces, a facilitar la realización de operaciones comerciales, y es llevada a cabo por "intermediarios" o "mediadores", los cuales reciben distintos nombres (agentes, comisionistas, corredores, etc.) según las funciones que cumplan y la forma como su actividad se encuentre sancionada por la costumbre o reglada por el Derecho positivo.

En doctrina, todas aquellas personas que colaboran en la actividad mercantil, bien cumpliendo funciones de intermediación o realizando labores de administración o manejo de los bienes del comerciante, se conocen con la designación genérica de "auxiliares"; ahora bien, estos auxiliares se clasifican en "subordinados o dependientes" e "independientes", según que cumplan sus funciones dependiendo del comerciante o empresario a quien sirven, o en forma autónoma y por cuenta propia, sin relación de subordinación con ningún comerciante en particular. Los primeros, es decir los subordinados o dependientes, son distinguidos doctrinariamente con el nombre de "auxiliares del comerciante", por cuanto sirven a comerciantes determinados, a los cuales están vinculados por una relación jurídico-laboral, siendo su principal característica, la de que a pesar de cumplir perma-

nementemente actividades mercantiles, no adquieren la calidad de comerciantes, por la razón de que no ejercen el comercio ni en nombre propio ni por cuenta propia, en nuestro derecho se destacan, como auxiliares del comerciante, los factores, los dependientes de comercio, los agentes viajeros y los agentes colocadores de pólizas de seguros. De otra parte, a los auxiliares independientes se les denomina "auxiliares del comercio", toda vez que no están subordinados a ningún comerciante en particular, dedicándose exclusivamente a cumplir funciones de intermediación por cuenta propia. Se consideran auxiliares del comercio, los comisionistas, corredores, agentes de comercio, agentes de cambio, de aduana, etc. MANTILLA MOLINA los define como las personas independientes que "no están supeditadas a ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que la solicite, siendo así propiamente auxiliares del comercio en general, y no de un comerciante en particular" (1).

Dedicamos las presentes notas a analizar la actividad de uno de estos auxiliares del comercio, la que se cumple a través del contrato de agencia comercial, el cual, en la forma como se encuentra disciplinado por el actual Código de Comercio, es nuevo en nuestra ordenación jurídica.

La Ley Colombiana no se había ocupado hasta ahora de la agencia comercial, y sólo la costumbre mercantil, tenía sancionado un contrato de agencia, que por carecer de reglamentación legislativa, se catalogaba como contrato innominado.

El contrato de agencia comercial es todavía un contrato atípico en países como Francia, España, México, Argentina y Paraguay; quiere ello decir que en los sistemas jurídicos de estas naciones, no existe el contrato de agencia como institución jurídico-legal, encontrándose solamente sancionado por la costumbre y sometido, en consecuencia, a las normas generales de las obligaciones contenidas en sus respectivas legislaciones y a las que por analogía se puedan aplicar de contratos afines, como el de comisión o corretaje, y, en todo caso, a las normas del mandato comercial, del cual es una especie cualificada la agencia comercial.

En otros ordenamientos como los de Alemania e Italia, si se encuentra incorporada a la legislación la reglamentación del contrato de agencia, y es precisamente del Código Civil del segundo país nombrado, Italia, del que mas influencia se advierte en la concepción de las disposiciones sobre agencia comercial que trae, como verdadera innovación, nuestro nuevo y discutido estatuto mercantil.

(1) Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Edit. Porrua, S.A. 4a. Ed. Pág. 143.

Definición. Naturaleza Jurídica. Elementos del Contrato. Perfeccionamiento del Contrato. Elementos Característicos del Contrato.

1. DEFINICION

La dificultad de acordar una definición de universal aceptación, estriba en que este contrato, en la mayoría de los casos, sólo se encuentra sancionado por los usos mercantiles y los ordenamientos jurídicos que lo tienen como un contrato típico, se hayan en desacuerdo con relación a ciertos elementos del mismo. En Colombia, por ejemplo, puede llegar a calificarse, como agencia comercial, cierto grupo de actividades que bajo los supuestos contemplados en nuestra legislación, no llegarían a configurar dicho contrato en otras legislaciones; concretamente nos referimos al encargo de fabricar ciertos productos para un empresario.

Roberto L. Mantilla Molina, tratadista Mejicano, trae la siguiente definición de agente de comercio en su obra Derecho Mercantil: "Agente de Comercio es la persona, física o moral, que de modo independiente se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes" (1).

RAMELLA, propone esta definición para el derecho Italiano: "Quien, ejerciendo profesionalmente y en modo independiente la propia industria, asume el encargo permanente de una o varias casas mercantiles de tratar o concluir negocios de comercio en nombre y por cuenta de ellas" (2).

En forma general y comprensiva, podemos decir que contrato de agencia, es aquel por el cual una persona natural o jurídica, funcionando independientemente, asume en forma estable, el encargo de fomentar los negocios de un empresario, dentro de un territorio determinado y mediante una retribución (3).

El Código de Comercio Colombiano define el contrato de agencia en el Artículo 1.317, cuyo texto es el siguiente: "Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios de un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el

(1) Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Edit. Porrua, S.A. Méjico, 1959, 4a. ed. p.150.
(2) Citado por la Superintendencia de Sociedades Anónimas en concepto emitido en Octubre 4 de 1971.
(3) "El contrato de agencia (vulgar e impropriamente denominado también de representación de comercio) es, al igual del mandato y formas derivadas, dirigido a procurar a una de las partes (preponente) un resultado (Opus) por obra del agente; tal resultado consiste en promover, por cuenta del preponente, la conclusión de contratos en una zona determinada". (Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI Relaciones Obligatorias Singulares Pág. 60).

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”.

2. NATURALEZA JURIDICA

La agencia comercial es una especie del llamado mandato mercantil, cualificado por ciertos elementos que lo tipifican y distinguen de contratos afines. El contrato de agencia es un mandato, por cuanto por definición, mediante él se asume el encargo de ejecutar ciertos actos, y cuando se habla de encargo, necesariamente se hace relación al mandato, esto es, al acto por el cual una parte se obliga a ejecutar uno o mas actos por cuenta de otra. En nuestro derecho, la agencia comercial puede conllevar o no la representación del principal. Esta circunstancia está manifiesta explícitamente en el Artículo 1.317 del Código de Comercio, cuando dice que el encargo para promover o explotar los negocios del empresario puede ser a título de “representante” o “agente”; o sea que “agente”, a secas, es el que no tiene la representación del mandante y “agente representante” aquel al que si se le ha conferido dicha facultad. Cuando el legislador, en la norma que comentamos, contraponen los términos de agente y representante, lo hace porque está imbuído por la tendencia universal de considerar como típico agente comercial, a aquel que no tiene la representación, sin que se descarte, por ello, la posibilidad de que pueda existir la agencia con representación.

En Italia por ejemplo, se caracteriza la agencia comercial por la ausencia de representación, pero se admite el que la pueda conllevar. Así dice Messineo: “Es posible que el contrato de agencia implique también conferimiento de poderes de representación para la conclusión de los contratos; en tal caso, se aplican igualmente (Artículo 1.752) las normas antes expuestas, debiéndose considerar absorbida en el contenido de los necesariamente mas amplios poderes de representación negocial, la disposición contenida en el Artículo 1.745 y debiéndose aplicar, en consecuencia, también las normas generales sobre la representación” (4). Y Ascarelli sobre el particular afirma: “Impropiamente llamados, en la práctica, representantes, los mismos generalmente no representan al titular del establecimiento sino que cuidan de sus intereses en las diversas plazas, buscando negocios, dando informes sobre el mercado, cuidando la propaganda, y así sucesivamente” (5).

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO

a) *Partes.* Agente es la persona, natural o jurídica, que asume el encargo de promover los negocios del empresario o preponente.

- (4) Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI, Pág. 62.
(5) Ascarelli, Tullio. Introducción al Derecho Comercial y parte General de las obligaciones comerciales. Ediar, S. A., Buenos Aires, Pág. 150.

En nuestro derecho, por definición legal, solo puede ser agente de comercio quien tenga la calidad de comerciante. Empresario, es el mandante o preponente, esto, es, quien confiere el encargo; también será siempre un comerciante, pues la calidad de empresario, dentro del Nuevo Código de Comercio, sólo puede predicarse de quien se dedique profesionalmente a la actividad mercantil, aserto este al cual arribamos sin necesidad de acudir a las complejas disquisiciones que conforman la tan en boga “teoría del empresario”, y basándonos solamente en textos del referido Código de Comercio. En efecto, al definir el término empresa, dice el Artículo 25 del mencionado estatuto que se entenderá por tal “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”, agregando a renglón seguido: “Dicha actividad se realizará a través de uno o mas establecimientos de comercio”.

Ahora bien, si somos lógicos y concatenamos las normas del Nuevo Código que definen los términos empresa, comerciante, establecimiento de comercio y la del Artículo 13 que contiene los casos que se presumen como ejercicio del comercio, debemos afirmar, que la titularidad de un establecimiento de comercio, la cual debe tener todo empresario como ya quedó visto, es actividad que debe considerarse como mercantil, y que por ende, confiere la calidad de comerciante a quien la ejerce.

Podría tenerse como excepción de nuestro aserto el caso del Estado—empresario, el cual, a través de alguna de sus desmembraciones celebrara, por ejemplo, el contrato de agencia con algún particular para la distribución de un producto determinado; sin embargo, bien sabido es que el Estado moderno suele ejercer el comercio por medio de empresas industriales y comerciales, las cuales desarrollan sus actividades con patrominio estatal, pero conforme a las reglas del derecho privado, asimismo el Estado—comerciante se pone de manifiesto a través de empresas de economía mixta y de las denominadas “entidades descentralizadas indirectas”.

Vemos como este contrato sólo puede celebrarse entre personas que tengan la calidad de comerciante, contrario a lo que ocurre en otros ordenamientos, en los cuales, el agente, no necesariamente tiene que ser comerciante o adquiere la calidad de tal por realizar los actos jurídicos propios de la agencia comercial (6).

- (6) “El agente no es un comerciante, pues no realiza actos jurídicos en su nombre. Si está inscrito en el registro de comercio, es con la calidad particular que le confiere el contrato y se le califica de apoderado. Esta denominación tradicional señala bien que se obliga por otro, y es por tal razón que la legislación juzga útil hacer pública su calidad”
Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Editora Argentina 1954, Tomo VI, Pág. 87.

b) *Objeto.* Su finalidad u objeto es la promoción o explotación de los negocios de un empresario en un ramo determinado. Según esto, el encargo puede decir relación a dos clases de actividades bien distintas y perfectamente delimitables. Promover es realizar una actividad de fomento, tendiente a la conclusión de contratos en favor del principal: explotar, es llegar hasta concluir dichos contratos, por si, pero siempre por cuenta del empresario. La labor de promoción es la que está mas de acuerdo con el objeto del contrato de agencia en la forma como está concebido en los distintos ordenamientos jurídicos. Como quiera que el empresario no puede por si mismo trabajar todos los mercados que está en capacidad de atender con sus productos, se vale de agentes que promocionen sus negocios, esto es, que formenten la celebración de contratos, proponiendo formulas y discutiendo precios, plazos y condiciones, y dejando finalmente la aprobación del negocio a juicio del principal. "El empresario, como dice URÍA, recurre a los agentes con objeto de crear, conservar o ampliar la clientela propia de su establecimiento" (7).

En comparación con otras legislaciones, nuestro Código de Comercio ha ampliado considerablemente el radio de acción de la agencia comercial, al incluir la actividad de explotación de negocios ajenos como objeto del contrato; no ha querido el legislador que la agencia comercial se limite a promover o facilitar la realización de los negocios del empresario, sino que, en pactándose, pueda el agente explotar los negocios de su principal concluyendo por si los contratos, bien en su propio nombre o en el de su mandante, caso de que se le haya conferido la representación. Por lo dicho, entendemos que sobre la mención que trae el Artículo 1.317 en el sentido de que el encargo a que se refiere el contrato de agencia pueda hacerse a título de distribuidor, porque la distribución de los productos del empresario no es otra cosa que una de las formas, la mas general, como puede verificarse la explotación de los negocios de aquel. Nos parece carente de técnica jurídica la enumeración de las normas a cuyo título se puede asumir el encargo en que la agencia comercial consiste, pues cuando se dice que la promoción o explotación de negocios se hará como agente o representante se está aludiendo a que la agencia comercial puede conllevar o no la representación. La distribución, como queda dicho, es una de las formas de explotar negocios ajenos y puede ser llevada a cabo por un agente o por un representante según la clase de mandato que se haya otorgado. Cuanto a la inclusión del encargo de fabricación de ciertos productos, como objeto del contrato de agencia, es circunstancia nueva introducida por el legislador colombiano, que no guarda relación ni armonía con la concepción universal de la agencia comercial, pero ni siquiera con los lineamientos de esta figura jurídica dentro del mismo Código de Comercio.

(7) Uriá, Rodrigo. Derecho Mercantil, 4a. Ed. Pág. 513.

4. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La redacción del Artículo 1.320 del Código de Comercio, ha dado lugar a la equivocada interpretación de que la agencia comercial es un contrato solemne, cuando en realidad es un contrato consensual. Reza así el mencionado Artículo: "El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil".

"No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos". Coincidimos en este punto con la mayoría de quienes han tenido la oportunidad de comentar el contrato de agencia comercial, en el sentido de que los requisitos a que se refiere el artículo antes transcrito, no son solemnidades "ad sustancian actus", esto es, necesarias para la validez del contrato, sino meramente "ad probationem" o sea, indispensables para la prueba de los aspectos cuya especificación debe hacerse por escrito, según la norma en comento. Es tan claro el asunto que el mismo artículo hace consistir, en la inoponibilidad frente a terceros de buena fe, la sanción por la falta de algunos de tales requisitos, sin mencionar los conceptos de inexistencia o invalidez. En nuestro sentir, los requisitos a que se refiere la disposición, han sido establecidos con el fin de que los terceros sean debidamente informados sobre los aspectos enumerados: poderes o facultades del agente, ramo sobre que versan sus actividades, tiempo de duración de las mismas y territorio en que se desarrollen. El fin es pues la publicidad; esa es, por otra parte, la función primordial del registro mercantil. Ahora bien, cuando la Ley exige el lleno de ciertos requisitos para el perfeccionamiento de un determinado acto jurídico, la falta de dichos requisitos trae consigo la invalidez del acto, pero cuando la finalidad de los requisitos es la de dar publicidad al acto, la sanción consecuente por su inobservancia es la inoponibilidad.

La circunstancia de que el Código en su Artículo 1.331 de plena validez a la denominada "agencia de hecho", ha dado lugar para que en tal sentido se argumente en favor de la consensualidad de la agencia comercial. Sin embargo no consideramos éste como argumento de peso para defender la tesis que hemos sustentado, toda vez que en aspecto tan importante como el de las sociedades, se reconoce la figura de la sociedad de hecho y no por ello se ha dudado sobre el carácter de solemne que tiene el contrato social.

5. ELEMENTOS CARACTERISTICOS DEL CONTRATO

Existen ciertos elementos que universalmente tipifican la agencia comercial. Ellos son:

- a) Autonomía del agente.
- b) Estabilidad de las relaciones contractuales.

c) Intermediación del agente entre el empresario y la clientela.

d) Fijación de un territorio como ámbito espacial del contrato.

a) *Autonomía del Agente.*

El agente de comercio funciona como un comerciante independiente; no hay relación de subordinación o dependencia en el agente con relación al empresario. El agente desempeña su actividad en forma organizada y autónoma; él es el dueño de su propia empresa y por ende corre con los gastos generales de la misma. En veces realiza su trabajo de intermediación para varias casas comerciales siempre que éstas no sean competidoras entre sí. La prestación del trabajo del agente no se efectúa de modo subordinado; de ahí que la relación que lo liga al empresario no sea la de un contrato de trabajo sino la de un contrato mercantil: el de agencia comercial.

Sobre este aspecto anota Mantilla Molina: "La actuación del agente de comercio ha de ser independiente, y ello lo distingue del que, con terminología un tanto arbitraria si se quiere, hemos llamado agente de ventas. La independencia del agente de comercio significa que es el mismo, y no alguno de los comerciantes a cuyo favor ejerce sus funciones, quien determina el modo, lugar y tiempo de desplegar su actividad; significa también, en consecuencia, que el agente está en libertad de consagrarse a otras actividades, e incluso de servir como agente a diversos comerciantes, con la única posible limitación de que no sean competidores entre sí, limitación que impone la lógica de los hechos, pues si las funciones del agente, según nuestra definición, consisten en fomentar los negocios de un comerciante, malamente podría fomentarlos si favorece a los de un competidor" (8).

b) *Estabilidad de las Relaciones Contractuales.*

Las relaciones del agente con la empresa son continuadas y estables. Como quiera que la actividad del empresario es permanente, se presenta como necesaria una actividad también permanente por parte de sus agentes o representantes, para el fomento de sus negocios o la distribución de sus productos, etc.. El contrato de agencia regula pues unas relaciones que se suceden en el tiempo sin agotarse y en forma continuada. En sentido contrario podemos afirmar, que relaciones aisladas y ocasionales no pueden dar lugar al contrato de agencia. Este elemento de la estabilidad de las relaciones contractuales sirve para diferenciar nitidamente la agencia comercial del contrato de comisión con el cual ha guardado siempre mucha afinidad.

(8) Mantilla Molina, Ob. cit., pág. 150.

c) *Intermediación del Agente entre el Empresario y la Clientela.*

Ya hemos dicho como las exigencias del tráfico mercantil, han hecho surgir la necesidad de una función mediadora en el mundo del comercio porque al empresario se le dificulta, en sumo grado, atender satisfactoriamente la clientela que está en capacidad de abastecer con sus productos o servicios. Esta función mediadora es cumplida, entre otros, por el agente, quien es por lo tanto, un profesional del comercio que actúa como intermediario; por ende, la figura jurídico-legal que regula su actividad, el contrato de agencia comercial, es un típico contrato de intermediación. Este elemento de la intermediación es el que refleja con mas claridad su condición de mandato comercial. La intermediación se cumple entre el empresario y la clientela, bien para promover los negocios de aquél, sentando las bases de los contratos o para concluir dichos contratos, cuando se tiene facultad para ello. Contratos como este son clasificados en el Derecho Español como de "colaboración" ésto es "aquellos en los que una parte coopera con su actividad al mayor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra (contratos de comisión, de mediación, de agencia, de publicidad, de edición, cinematográficos)" (9).

El Artículo 1.317 del Código de Comercio que define el contrato de agencia comercial, contiene una notoria incongruencia al determinar que puede ser agencia comercial el encargo de fabricación de ciertos productos, cuando se den los demás elementos del contrato. En nuestro concepto no se configura en tal caso la agencia comercial, porque por una parte no existe el elemento de intermediación ínsito en este tipo de contratos, y, por otra parte, el encargo que se hace al fabricante es para producir, no pudiéndose predicar de esta actividad, la promoción o explotación de negocios del empresario, objeto de la agencia comercial según las voces de la Ley. En este mismo sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades Anónimas en concepto rendido el 4 de octubre de 1971: "En esencia, las características del agente de comercio de que se ha hablado antes son recogidas por el artículo transcrito, en el cual se hace resaltar, de otra parte, su carácter de intermediario al utilizar las expresiones "representante o agente". Desafortunadamente, este rasgo esencial del agente de comercio se deforma en el artículo citado en cuanto también considera como agentes de comercio a los fabricantes, que no cumplen funciones de intermediación en ningún caso. Porque bien puede concebirse que un comerciante encargue a un fabricante la elaboración de alguno de sus productos, pero ello no implica que en tal caso éste esté obrando como intermediario entre aquél y la clientela. Por tanto, en este evento se habrá celebrado cualquier otro contrato, según sean sus modalidades, pero no un contrato de agencia de comercio, por cuanto faltaría ese elemento de su

(9) Uria, Rodrigo. Ob. Cit., Pág. 447.

esencia que es la intermediación. De ahí, pues, que la Superintendencia considere que, en este aspecto, la disposición del artículo 1.317 no podrá tener aplicación práctica alguna”.

Desde luego que si el encargo de fabricación lleva aneja la distribución de los productos fabricados, es factible configurar un contrato de agencia comercial, pero sería en tal caso, el proceso de distribución, el que permitiría nominar en tal forma el encargo en comento.

d) *Fijación de un territorio como ámbito Espacial del Contrato.*

Significa este elemento que al agente debe prefijársele una zona del territorio nacional, dentro de la cual desarrolle las operaciones objeto del encargo. En otros ordenamientos se presenta con mucha frecuencia la designación de esta zona territorial en la celebración del contrato, pero no es elemento consustancial al mismo; en Colombia ha quedado como elemento de su esencia, al ser incorporado en la definición del contrato hecha por el Artículo 1.317 del Código de Comercio. En todo caso este elemento es característico de la agencia comercial y sirve para distinguirlo nítidamente de contratos afines como la comisión, el estimatorio y el suministro. Por lo demás, la prefijación de la zona es circunstancia que tiene una gran utilidad práctica pues sirve, entre otras cosas, para determinar a ciencia cierta, las operaciones que dan derecho de retribución al agente aún cuando se hayan celebrado sin su intervención y para controlar el leal cumplimiento de la cláusula de exclusiva, ya sea en favor del agente, cuando el empresario lo debe garantizar como agente único dentro de la zona, o bien en beneficio del empresario, cuando el agente no puede servir intereses de otros empresarios competidores. Basados en la redacción del artículo 1.317 del Código de Comercio, que habla de “zona prefijada en el territorio nacional” se han preguntado algunos, si todo el territorio de Colombia podría tenerse como zona para los efectos de un determinado contrato de agencia; consideramos nosotros que si bien no es lo más práctico y comercial, nada impide que así se haga, pues todo el territorio nacional, sería la zona de mayor extensión que podría concebirse sin desatender el tenor literal de la norma.

CAPITULO II

Clasificación de la Agencia Comercial como Contrato. Diferencias con otros contratos Mercantiles afines.

6. CLASIFICACION DE LA AGENCIA COMERCIAL COMO CONTRATO

Siguiendo la clasificación que de los contratos hace el Código Civil Colombiano en el libro IV, emprendamos en forma sucinta, la clasificación de la agencia comercial.

Por razón de las obligaciones que producen, los contratos se dividen en “unilaterales” y “bilaterales”, siendo los primeros aquellos que al momento de su celebración sólo generan obligaciones para una de las partes y los segundos, ésto es, los bilaterales, denominados también sinalagmáticos, aquellos que producen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, de tal modo que cada una de ellas desempeña el doble papel de deudor y acreedor. Desde este punto de vista la agencia comercial es contrato bilateral, pues una vez celebrado nacen derechos y obligaciones para ambas partes: para el agente la obligación principal es la de cumplir su mandato en la forma y dentro de los límites que se le haya concedido; para el empresario es principalmente la de pagar la remuneración pactada. Sobre las obligaciones que nacen de este contrato volveremos mas adelante.

Según la utilidad que derivan las partes los contratos se clasifican en “gratuitos” y “onerosos”. En los contratos gratuitos sólo una parte obtiene utilidad, sufriendo la otra el gravámen; en los onerosos hay utilidad para ambas partes, las cuales se gravan en beneficio recíproco. La agencia comercial es eminentemente un contrato oneroso porque es una especie de mandato remunerado: como acto jurídico de comercio la gratuidad le es ajena.

Ahora bien, el contrato oneroso, a su vez, se subdivide en “conmutativo” y “aleatorio”.

Cuando por ser las prestaciones, ciertas, conocidas y firmes desde un principio, se puede colegir con certeza el beneficio o gravamen que producirá el contrato, se dice que es conmutativo; al contrario, cuando las prestaciones de una o de ambas partes dependen de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio. Por este aspecto es incuestionable que la agencia comercial es un contrato conmutativo, porque las prestaciones que de él se derivan son recíprocas y desde el momento de su celebración, son ciertas y conocidas, reputándose equipolentes.

Atendiendo a la forma como los contratos se perfeccionan, éstos se clasifican en “reales” cuando es menester la entrega de la cosa, “solemnes” cuando están sometidos a formalidades especiales y “consensuales” cuando para su perfeccionamiento basta el mero consentimiento de las partes. Ya hemos dicho, al hablar del perfeccionamiento de la agencia comercial que estamos ante un contrato consensual, pues que los requisitos exigidos en el artículo 1.320 del Código de Comercio no miran a la constitución del acuerdo, sino a su publicidad frente a terceros y su finalidad es eminentemente probatoria.

Según que los contratos hayan sido reglamentados o no por la Ley se dividen en “nominados” o “típicos” e “innominados” o “atípicos”. Con anterioridad al actual Código de Comercio la agencia comercial era una figura atípica, no sancionada por el Derecho Positivo, pero a partir del nuevo estatuto mercantil ha encontrado su consagración legislativa al ser nominada y reglamentada por la Ley. Coinciden los

autores en afirmar que esta clasificación ha perdido su importancia jurídica, pues hoy en día impera un régimen de verdadera libertad contractual, en el que lo determinante es que el acuerdo de voluntades sea lícito, es decir, que no viole el orden público ni atente contra la moral ni las buenas costumbres.

Atendiendo a la forma como en el tiempo se realiza la ejecución de las obligaciones que tienen su origen en el contrato, éste puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. En los contratos de ejecución instantánea las obligaciones se cumplen en un sólo momento extinguiéndose para no renovarse mas, por el contrario, en los contratos de tracto sucesivo o "tractu tempore", las obligaciones se repiten en el tiempo, se renuevan constantemente y es así como el contrato se cumple en un período largo. Por este aspecto la agencia comercial es un típico contrato de tracto sucesivo, toda vez que está destinado a cumplir sus efectos en el período generalmente largo que duren las relaciones entre el agente y el empresario.

Importa anotar, en este punto, que con relación a los contratos de tracto sucesivo el nuevo Código de Comercio introdujo la innovación de consagrar expresamente, respecto de ellos, la teoría de la imprevisión: "Otra innovación trascendental es la de que en los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, o sean, aquellos que se ejecutan por prestaciones continuas o periódicas, verbigracia, los de suministro, sociedad, seguros, etc., se considera implícita la cláusula rebus sic stantibus, común en los tratados de derecho internacional, vale decir que se consagra la teoría de la imprevisión, aplicable cuando sobrevienen perturbaciones graves en las condiciones económicas que sirvieron de base para su celebración como las alteraciones del mercado o la modificación sustancial de precios, etc.. Se prevén, pues, reajustes indicados por la equidad, a juicio del Juez, o la declaración judicial de terminación del contrato" (1).

Se distingue también el contrato de libre discusión del contrato de adhesión. El primero es aquel en el cual las partes, situadas en un relativo plano de igualdad jurídica y económica, discuten y acuerdan los términos del contrato; en el contrato por adhesión una parte impone, en cierta manera, su voluntad sobre la otra; es un contrato estereotipado en que las cláusulas vienen dadas y por ende la parte más débil se limita a "adherir" al acuerdo preparado por la otra. Considerando esta clasificación podemos decir que la agencia comercial pertenece al grupo de los contratos de libre discusión llamados también de mutuo acuerdo.

7. DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS MERCANTILES AFINES.

La circunstancia de que el contrato de agencia comercial, guarda mucha similitud con otras figuras del tráfico mercantil, nos indica la importancia de hacer ciertos distinguos, a efecto de evitar confusiones, advirtiendo que haremos referencia a la

(1) Narváez García, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano, Vol. I, Pág. 54.

forma como los contratos mercantiles están concebidos en el Derecho Colombiano.

a) *Con la Comisión:* Según el artículo 1.287 del Código de Comercio, "la comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena".

La principal diferencia entre estos dos contratos estriba en su objeto, pues mientras que la comisión es un mandato aplicado a uno o varios actos concretos de comercio, la agencia tiene como objeto la promoción o explotación de negocios de una persona en forma estable y permanente, elementos estos que no se dan en la comisión; esta característica determina otra diferencia y es la de que, en la agencia, es preciso la prefijación de zona, lo que no ocurre en la comisión.

Atendiendo a la ejecución de los contratos en el tiempo, la comisión es de ejecución instantánea al paso que la agencia, como ya lo comentamos, es un contrato de ejecución periódica o diferida. El comisionista siempre obra en nombre propio por cuenta ajena, el agente, según como se pacte, puede obrar a nombre propio o a nombre del empresario; esta diferencia es consecuencia de la reforma, pues el artículo 356 del antiguo Código de Comercio estatuiría que el comisionista podía obrar en nombre propio o en nombre de su comitente. Finalmente digamos que en la agencia el mandante siempre tiene que ser un comerciante pues la Ley habla de "empresario", mientras que en la comisión no es preciso que lo sea.

b) *Con el Corretaje:* Según las voces del artículo 1.340 del Código de Comercio "se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario de la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación". Si bien esta actividad ofrece algunas semejanzas con la agencia comercial, deben separarse conceptualmente por las siguientes razones: El agente funciona en forma permanente y duradera, en cambio la actividad del corredor es ocasional. El agente es un verdadero mandatario del empresario, relación de mandato que por lo general no tiene el corredor con ninguna de las personas que pone en contacto, y decimos que en forma general, toda vez que no repugna al contrato de correduría el que eventualmente pueda conllevar una relación de mandato.

El corredor se caracteriza por su imparcialidad frente a los posibles contratantes mientras que el agente siempre obra en interés de su principal. El corredor se limita, en su quehacer, a promover la celebración de contratos acercando a las personas entre sí, al paso que el agente puede estar facultado para la conclusión de contratos en nombre de su principal. Por el aspecto de la

remuneración encontramos también dos diferencias: una de ellas es la de que en el corretaje la retribución debe ser pagada por ambas partes, mientras que en la agencia esta obligación sólo incumbe al empresario; la segunda diferencia consiste, en que por ser el corretaje un contrato en el que solo interesa el resultado obtenido, la retribución solamente se debe cuando se celebra efectivamente el negocio; por el contrario en la agencia se debe reconocer alguna retribución al agente, cuando el empresario, sin la intervención de aquel, celebra directamente un negocio dentro de su respectiva zona; lo mismo ocurre cuando el empresario y cliente se ponen de acuerdo para no concluir un negocio iniciado por el agente.

c) *Con el Contrato de Consignación o Estimatorio:* Recibe este nombre aquel contrato por el cual una de las partes, denominada consignatario, se obliga a vender mercancías de propiedad de la otra, llamada consignante, previa la estimación de un precio que aquél debe entregar a éste. Sus principales diferencias con la agencia son las siguientes: las partes en el contrato de consignación no necesariamente tienen que ser comerciantes, por el contrario, en la agencia, por definición, las partes tienen que tener dicha calidad. El objeto del contrato de agencia es mas amplio y comprensivo que el del estimatorio: aquél está constituido por la promoción o explotación de los negocios del empresario en un determinado ramo, éste, se refiere solamente a la venta de mercancías. Desde luego que la venta por consignación puede darse en el contrato de agencia, o sea que el agente puede recibir del empresario mercaderías para efecto de ser vendidas bajo la modalidad de la consignación. El contrato de agencia será siempre una relación permanente y duradera; en cambio la consignación puede presentarse en forma aislada y ocasional. En el estimatorio, el consignatario siempre obra por su propia cuenta; en la agencia, sea que el mandato conlleve o no la representación, siempre se obra por cuenta ajena.

d) *Con el Contrato de Suministro:* Definido por el artículo 968 del Código de Comercio en la siguiente forma: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios". Valga decir que el suministro no es otra cosa que una compraventa de tracto sucesivo; cuando las prestaciones en la compraventa son periódicas estamos frente al suministro y son aplicables las normas del título III, libro 4o. del Código de Comercio. El fin primordial en la compraventa es la obtención de una cosa mediante el pago de un precio; en el suministro, lo importante es la seguridad de que las cosas o servicios se obtengan en forma periódica o continua en virtud de las estipulaciones del contrato. Y aquí encontramos la primera diferencia con la agencia; la que dice relación a la finalidad del negocio. "La finalidad del suministro es, según lo expresa NARVAEZ, además de la obtención de cierta mercancía o servicio, la seguridad de que el consumi-

dor o distribuidor la conseguirá repetidamente, en forma constante o periódica, por virtud de la organización del proveedor"(2).

La finalidad del contrato de agencia es mas amplia y consiste según la expresión de la Ley en "... el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo...."

Otra diferencia importante es la de que en el suministro, al contrario de lo que ocurre en la agencia, no hay mandato, esto es, que el suministrado no obra ni por cuenta ni a nombre del proveedor; en el suministro no se da la intermediación, elemento característico del contrato de agencia. El suministrado puede no ser comerciante; en materia de suministro de elementos como el agua, la luz, el gas para el servicio doméstico, los suministrados son las personas que componen una determinada comunidad; ya hemos dicho como, el agente, por expresa disposición de la Ley tiene que ser comerciante.

Hay un caso en el que el suministro se convierte en agencia comercial y es el contemplado en el inciso 3o. del artículo 975 del Código de Comercio, el cual se refiere a la circunstancia de que el suministro se haga a título de distribución, evento en el cual el suministrado asume la obligación de promover, en la zona que se le asigne, la venta de mercancías o servicios de los cuales tiene la exclusividad.

CAPITULO III

Obligaciones del Agente. Derecho de Exclusiva. Obligaciones del Empresario. Gastos de la Agencia. Cláusula "Star del Credere".

8. OBLIGACIONES DEL AGENTE

El agente está obligado a cumplir fiel y lealmente el encargo, de conformidad con las instrucciones impartidas por el principal.

En virtud del artículo 1.263 del Código de Comercio, aplicable por disposición de la Ley, "El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento. El mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial". Además, es obligación general del agente suministrar a su mandante, toda la información relativa a las condiciones del mercado en la zona que se le haya asignado, así como cualquier otra información que interese al buen éxito de los negocios del empresario.

(2) Narváez García, José Ignacio. Ob. Cit., Pág. 56.

Estas obligaciones generales están contenidas en el artículo 1.321 del Código de Comercio: "El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio".

Hemos visto como el objeto de la agencia comercial es amplio y comprensivo; bien puede conferirse una agencia para la sola promoción de negocios, fomento y conservación de la clientela del empresario, sin facultades de contratación, como llegar hasta conceder la distribución con representación o la explotación con poder de contratación de los negocios de un empresario.

Así las cosas las obligaciones específicas del agente serán distintas considerando la modalidad de agencia que se contrate y las facultades o poderes que sean conferidos. En todo caso se aconseja verter por escrito el contrato para reglamentar aspectos tan importantes como los siguientes:

Si el agente puede vender al fiado o a plazos sin autorización del mandante; si puede llegar hasta la conclusión de los contratos, o si sus facultades se limitan a preparar la celebración de los mismos; si puede cobrar los créditos de su principal, y, en caso afirmativo, si puede conceder prórrogas y descuentos; hasta donde llegan sus facultades en cuanto a la destinación y uso de los dineros del empresario; si sus poderes se extienden hasta concertar operaciones a precios y condiciones distintos de las inicialmente pactadas, etc. etc..

9. DERECHO DE EXCLUSIVA

Es esta una de las cláusulas características de la agencia comercial. Su consagración está contenida en los artículos 1.318 y 1.319 del Código de Comercio. Cuando la exclusiva se pacta en favor del agente, ella consiste en la prohibición, para el empresario, de servirse de varios agentes dentro de la zona y con relación al ramo de actividades objeto del contrato. Por el contrario, cuando el derecho de exclusiva se pacta en favor del empresario, quiere ello decir, que no es permitido al agente promover o explotar dentro de su zona y en el mismo ramo de actividades, los negocios de dos empresarios que se hagan la competencia entre sí.

Importa anotar que el derecho de exclusiva por el primer aspecto enumerado, es decir, entendido en favor del agente es un elemento de la naturaleza del contrato, o sea que no siendo de su esencia, se entiende involucrado en él sin necesidad de pacto especial. Contrario sensu, la exclusiva en favor del empresario, esto es, significando prohibición para el agente de atender los negocios de varios mandantes competidores dentro de su zona, es un elemento accidental de la agencia comercial, que no le pertenece a su esencia ni a su naturaleza y por ende se debe pactar en cada caso.

Sobre este derecho de exclusiva se expresa MESSINEO "En el contrato de agencia se atribuye por la Ley a las partes el derecho de exclusiva, en el doble sentido que, de un lado el preponente no puede valerse simultáneamente de más de un agente en la misma zona y para el mismo ramo de actividad; y, recíprocamente, el agente no puede asumir el encargo de tratar, en la misma zona y para el mismo ramo, los negocios de varias empresas preponentes que estén en competencia entre sí. Quedaría desnaturalizada la figura del contrato de agencia, si desapareciese el elemento "exclusiva". (1)

MANTILLA MOLINA, por su parte explica así la cláusula de exclusiva:

"Dada la vinculación de intereses que existe entre el comerciante y el agente, y en atención también a que éste, en muchas ocasiones, renuncia (tácita o expresamente) a realizar negocios similares a los de aquel de quien es agente con frecuencia se le concede el derecho de exclusiva respecto a determinado territorio, exclusiva cuyo contenido puede ser:

- a) La renuncia del comerciante a otorgar el carácter de agentes a otras personas, en el territorio de que se trata.
- b) La renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar los propuestos espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él.
- c) La obligación de no contratar sin intervención del agente, o, a lo menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio respectivo y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente. La exclusiva no es un carácter esencial del contrato de agencia: puede celebrarse y es frecuente que así se haga, sin el otorgamiento de tal prerrogativa" (2).

10 OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

Para el empresario su obligación fundamental es la de pagar al agente la retribución a que tiene derecho.

Suele pactarse esta retribución como comisión, en forma de porcentaje sobre el importe de las operaciones realizadas, pero también es factible que se acuerde como utilidad, regalía e inclusive por un precio alzado.

Lo corriente es que el agente solo tenga derecho a su remuneración por las operaciones que hayan tenido cumplida ejecución (el denominado "buen fin del negocio")

(1) Messineo Francesco. Ob. Cit. Pág. 61.

(2) Mantilla Molina. Ob. Cit. Pág. 151.

de que hablan los tratadistas), pero si el negocio no se celebra por causas imputables al empresario, el agente no perderá el derecho a su remuneración.

Como consecuencia del derecho de exclusiva debe pagarse remuneración al agente por los negocios celebrados directamente por el empresario en su respectiva zona.

Igualmente no pierde el derecho a la retribución cuando el empresario se pone de acuerdo con el cliente para no concluir el negocio.

11. GASTOS DE LA AGENCIA

Como quiera que el agente opera como comerciante independiente, es consecuencia lógica que absorba los gastos generales de su establecimiento como costos del negocio. El agente tiene un patrimonio propio afectado al negocio de su agencia; él es, a su vez, un empresario que para atender con éxito el cumplimiento de su encargo, se ve en la necesidad de abrir local comercial, contratar dependientes, adquirir elementos de trabajo, etc., expensas éstas que no pueden trasladar a su mandante pues por Ley corren por su cuenta. Solamente cuando la remuneración del agente consista en un porcentaje de las utilidades del negocio, permite nuestra ley (artículo 1.323 del Código de Comercio) que los gastos de la agencia sean deducidos como expensas generales.

12. CLAUSULA STAR DEL CREDERE

Con este nombre se conoce en la práctica mercantil universal, aquella cláusula en virtud de la cual el mandatario se obliga a responder por el buen fin del negocio; como se puede apreciar se trata de una cláusula de garantía que cuando se pacta, conlleva para el mandatario, además de su comisión ordinaria, una comisión adicional llamada "de garantía". En otras legislaciones se acostumbra pactar esta cláusula en los contratos de comisión y agencia comercial; en nuestro Derecho no tiene consagración legal, pero consideramos que dentro del régimen de libertad contractual que impera en nuestro medio, nada obsta para que las partes en un contrato de agencia pacten la cláusula en comento.

CAPITULO IV

Causales de Terminación del Contrato. Justas Causas para dar por terminado unilateralmente el Contrato. Obligaciones que se deben pagar a la terminación del Contrato. Renunciabilidad del Derecho a percibir las retribuciones del artículo 1.324 del Código de Comercio. Derechos de retención y privilegios.

13. CAUSALES DE TERMINACION DEL CONTRATO

El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato; así lo dispone el

artículo 1.324 del Código de Comercio. A estas causales de terminación del mandato se refieren los artículos 1.279 y s.s. del Código de Comercio y 2.189 y s.s. del Código Civil, aplicables estas últimas al mandato comercial por expresa disposición del artículo 822 del Código de Comercio, en virtud del cual: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

Examinemos con algún detenimiento como operan las principales causales de terminación del mandato con relación al contrato de agencia comercial:

a) *Revocación del Mandante.*

Es de la naturaleza del mandato que el contrato pueda revocarse por el mandante, total o parcialmente; esto es así a menos que se pacte la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, caso en el cual la revocación sólo podrá operar por justa causa. Considerando que la agencia es un contrato que se celebra en interés de ambas partes contratantes, empresario y agente, vale decir mandante y mandatario, feroso es concluir, que en tal contrato, la revocación sólo es de recibo como causal de su terminación, mediante justa causa comprobada.

La revocación abusiva del mandante da lugar a que el mandante tenga que resarcir los perjuicios que cause al mandatario, indemnización que para el caso de la agencia comercial debe ser fijada por peritos y que se reconoce, según las voces del artículo 1.324, inciso 2o, del Código de Comercio "como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato".

La revocación valedera como causal de cesación del contrato, ésto es, la que se produce mediante justa causa comprobada, debe ser conocida por el mandatario y por los terceros con quienes éste ha contratado, para que surta sus efectos legales. En efecto el artículo 1.282 del Código de Comercio dispone: "La revocación producirá efectos a partir del momento en que el mandatario tenga conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.199 del Código Civil". El artículo citado del Código Civil, se refiere a los actos ejecutados habiéndose producido la expiración del mandato y contiene tres normas distintas, aplicables todas ellas a la agencia comercial, las cuales resumimos así:

1a. Los actos del agente realizados en ejecución del mandato, ignorando la expiración del mismo, son válidos y dan derecho a terceros de buena fe contra el mandante o empresario.

2a. Cuando dichos actos son realizados por el agente conociendo la causa

que ha hecho expirar el mandato, quedará obligado el mandante frente a los terceros de buena fe, pero en este caso tendrá derecho a que el agente o mandatario le indemnice.

3a. Si ha operado la notificación al público mediante periódicos o carteles sobre la circunstancia de la cesación del contrato o "en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero" como dice la Ley, podrá el Juez, según su criterio, absolver al mandante.

b) *Renuncia del Mandatario.*

La retractación unilateral por parte del mandatario recibe el nombre de "renuncia" y es aceptable como causal de terminación del contrato de agencia, siempre que medie justa causa comprobada; cuando el contrato de agencia termina unilateralmente por renuncia del agente no hay lugar a que se le reconozca, la indemnización de que trata el artículo 1.324, inciso 2o. del Código de Comercio. La renuncia del agente sólo pondrá fin a sus obligaciones una vez transcurrido el tiempo razonable para que el empresario pueda asumir control de su negocio; de lo contrario se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al empresario, excusándolo solo la circunstancia de imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa. (Artículo 2.193 del Código Civil).

c) *Muerte del Mandante o del Mandatario.*

Al respecto dice el artículo 1.284 del Código de Comercio: "El mandato conferido también en interés del mandatario o de un tercero no terminará por la muerte o la inhabilitación del mandante".

Importa anotar, en primer lugar, que la muerte del mandante solamente opera como causal de terminación del contrato cuando éste se ha celebrado en su sólo interés, vale decir, cuando se trate de un mandato gratuito. De la agencia comercial podemos predicar que es un mandato conferido también en interés del mandatario o agente y por consiguiente nunca la muerte del mandante o empresario podrá considerarse como causal de terminación del contrato.

Si bien la muerte del empresario no es causal de terminación del contrato, tal como ha quedado visto, la muerte del agente sí lo es, pues en nuestro sentir la consideración de la persona del agente es determinante para la celebración del contrato; se trata de un contrato de los que se celebran en consideración a la persona, y, por ende, la falta absoluta de la misma, ha de concluir necesariamente en la cesación del negocio.

En el evento de la muerte del agente sus herederos o representantes deberán dar inmediato aviso al empresario sobre la ocurrencia del hecho y les corres-

ponderá tomar las medidas necesarias y de posible ejecución, de acuerdo con las circunstancias del momento, para evitar perjuicios al mandante, so pena de indemnizar a éste, los que por su culpa se causen; esto es lo que ordena el artículo 1.285 del Código de Comercio aplicable en todo a la agencia comercial.

d) *Incapacidad Sobreviniente del Mandante o del Mandatario.* Lo mismo que hemos dicho sobre la muerte del mandante o mandatario podemos predicarlo de la incapacidad sobreviniente del uno o del otro, como causal de terminación del contrato. De tal manera que la demencia que sobrevenga al empresario o la interdicción por prodigalidad, no constituyen causa para dar por terminado el contrato, el cual continúa en su interrelación, con el curador que para la administración de bienes se nombre al incapaz. En cambio la incapacidad sobreviniente del agente, sí produce cesación de la agencia comercial, por la potísima razón de que es un contrato "intuitu personae" y no interesará al empresario que sus negocios sean promovidos o explotados por el curador que por efecto de la interdicción se nombre al agente.

Además de las anteriores causales hay otras mas generales como el mutuo consentimiento, la expiración del término prefijado en el contrato, nulidad, resolución, etc.

14. *JUSTAS CAUSAS PARA DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO.*

El artículo 1.325 del Código de Comercio contiene una enumeración taxativa de las que se pueden considerar como justas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial; enumeración que tiene su importancia para efecto de considerar el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 1.324 inciso 2o. del cual hablaremos mas adelante. Dice así el referido artículo 1.325:

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1. Por parte del Empresario:

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la Ley;
- b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades.

2. Por parte del Agente:

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La quiebra o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades.

15. OBLIGACIONES QUE SE DEBEN PAGAR A LA TERMINACION DEL CONTRATO

Tal vez el aspecto mas controvertido en la reglamentación de la agencia comercial es el relacionado con la obligación, para el empresario, de pagar una suma de dinero al agente, a la terminación del contrato. Dicha obligación está consignada en el artículo 1.324 del Código de Comercio que a la letra dice: "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 de 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".

Para efectuar el análisis jurídico de las cuestiones que plantea la norma transcrita es preciso establecer la natural dicotomía de las obligaciones a que se refiere el artículo:

1. Prestación a que tiene derecho el agente a la terminación normal o anormal del contrato (prestación por clientela).

2. Indemnización que se debe pagar al agente cuando el empresario da por terminado unilateralmente el contrato o cuando el agente lo termina por justa causa imputable al empresario.

a) Prestación por Clientela.

Sobre la primera prestación y reparando tal vez en la forma como la Ley ha establecido que debe calcularse, algunos comentaristas han querido ver un derecho de cesantía, similar a la prestación social que debe pagarse a todo trabajador al terminar un contrato laboral. Nada está mas lejos de lo cierto. El auxilio de cesantía es una prestación social que como tal sólo puede tener origen y causa en la relación propia de un contrato de trabajo. Al hablar de la autonomía del agente como elemento característico del contrato, dejamos sentado que el agente no tiene relación de subordinación o dependencia con el empresario, no habiendo por consiguiente vinculación a través de un contrato de trabajo sino de un contrato mercantil, el de agencia comercial. El auxilio de cesantía, como prestación establecida por la Ley Sustantiva Laboral, sólo puede beneficiar el trabajo regulado por el Código de la materia y éste trabajo no es otro que el definido en el artículo 5o. del Código del Trabajo cuando dice:

"El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo". Ahora bien, el trabajo del agente que no es subordinado o dependiente y que por ende no constituye vínculo laboral no puede, en consecuencia, considerarse como "trabajo" para quedar comprendido como objeto de las regulaciones del Código del Trabajo según la norma antes citada.

Para nosotros la prestación de origen legal a que tiene derecho el agente, al término normal o anormal de su contrato, es una retribución por la labor concreta que el agente cumple al frente de su zona con respecto a la clientela, fomentándola, promoviéndola y depurándola, labor que al cesar el contrato seguirá redundando en beneficio del empresario, pues los productos o servicios en que su negocio consiste, continuarán demandados gracias a la actividad publicitaria y de promoción realizada por el agente. No es pues una retribución por la pérdida del derecho a la clientela, como lo han afirmado algunos comentaristas, por la indiscutible razón de que en la agencia comercial la clientela pertenece al agente, forma parte integral de su establecimiento y, por consiguiente, al terminar el contrato, la clientela sigue siendo del agente, el cual ya no la podrá continuar "trabajando" con los bienes o servicios del empresario con quien ha cesado la vinculación contractual, pero po-

drá seguir haciéndolo con los bienes o servicios de otro u otros empresarios distintos, pues nada obsta para que un agente asuma el encargo de promover o explotar los negocios de varios empresarios, siempre y cuando no sean competidores entre sí. Esta circunstancia de pertenecer la clientela al agente, es característica que distingue el agente comercial de otros auxiliares del comercio, especialmente de los que son subordinados o dependientes, entre los cuales podemos mencionar en nuestro derecho a los denominados agentes vendedores o agentes viajeros. Cabanellas, comentando el contrato de trabajo que en Argentina se celebra con los viajantes de comercio, figura ésta que se nos antoja similar a la de los citados agentes vendedores, afirma lo siguiente: "El viajante de comercio se caracteriza:

..... c) por quedar la clientela que obtiene en beneficio de la empresa. Esta última nota —que la clientela pertenece a la firma que representa el viajante— lo diferencia de aquellos auxiliares de comercio que tienen una clientela que les pertenece y que forma parte de su propia actividad económica". (1).

b) *Liquidación de la Prestación por Clientela.*

Transcribimos en primer lugar la parte del artículo 1.324 que dice relación a la forma como debe liquidarse la prestación:

"..... 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".

Del análisis cuidadoso de la norma en comento hemos deducido los siguientes criterios de interpretación:

- 1) Cuando la duración del contrato sea superior a tres años, la fracción de año que resulte no da origen a retribución alguna, porque el artículo habla de que se reconozca una doceava del promedio obtenido, por cada año de vigencia del contrato, sin mencionar para nada proporcionalidad por fracción de año.
- 2) La frase del artículo "si el tiempo del contrato fuere menor" se refiere a duración menor de tres años. Referirla a contratos de duración inferior a un año sería tanto como dejar sin norma de liquidación el caso de los contratos de duración superior a un año pero inferior a tres.

(1) Cabanellas, Guillermo. Contrato de Trabajo, parte especial, Vol. IV, Pág. 158.

3) Para el caso de contratos de curación inferior a tres años, el promedio que se debe obtener y pagar por una sola vez, como prestación correspondiente a todo el tiempo del contrato, es el promedio mensual. Si bien el legislador dejó, en ese punto, un notorio vacío, arribamos a esta conclusión por las siguientes razones:

- a) Por analogía con la fórmula establecida para el caso de los contratos con duración superior a los tres años, en donde se debe pagar la doceava parte del promedio anual obtenido, por cada año de vigencia, solución que guarda proporción con el reconocimiento equivalente a un mes cuando el contrato sea inferior a los tres años.
- b) Porque si el promedio fuese anual, resultaría exorbitante el monto de la prestación y no guardaría proporción con la solución dada al caso de los contratos superiores a tres años. Por otra parte el extremo del promedio diario sería irrisorio.

Continuando el análisis de las disposiciones, advertimos un punto que seguramente será objeto de controversias cuando se presenten casos concretos. Nos referimos al problema de si tienen o no derecho a la prestación los agentes cuyos contratos duren menos de un año. A nuestro modo de ver hay dos criterios de interpretación que pueden darse para solucionar el puto cuestionado:

- 1) Ciñéndonos estrictamente al tenor literal de la norma, forzoso es concluir, que los contratos cuya duración sea inferior a un año dan derecho a percibir la prestación y que el monto de ésta es el equivalente al promedio mensual. Lo anterior por cuanto la norma sobre liquidación de la prestación, realmente contiene dos proposiciones distintas: la referente a los contratos cuya duración sea superior a tres años y la aplicable a contratos con tiempo menor. Abstracción hecha de la primera proposición, la segunda se leería así: "..... el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente..... al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuera menor". Se entiende que se refiere a contratos cuya duración no exceda de tres años, pero no se establece un límite inferior, luego los contratos de menos de un año quedan cobijados por la norma. Con un límite que de todas maneras es necesario establecer y éste es el de un mes, porque con relación a contratos inferiores a dicho lapso de tiempo, no es dable obtener promedio mensual, y porque en tan corto tiempo,

no se puede llevar a cabo una efectiva y apreciable labor de fomento y promoción de la clientela, como para justificar el reconocimiento de esta prestación.

- 2) Atendiendo al contexto de la norma para deducir de éste su sentido, se afirma que la regla de pagar el porcentaje obtenido por cada año de vigencia del contrato se debe aplicar, no sólo respecto de los contratos de duración superior a tres años, sino también a los inferiores a tal espacio de tiempo, con lo cual quedan por fuera de la prestación los contratos inferiores a un año, toda vez que la ley no establece ningún reconocimiento proporcional para fracciones de año.

Nos inclinamos por aceptar este segundo criterio de interpretación por encontrarlo más conforme con el espíritu de la norma y mas acorde con el fundamento de la famosa prestación. Aceptar la primera solución conlleva la sin razón de tener que reconocer retribución, por este concepto, a contratos de solamente algunos meses de duración, mientras no se puede liquidar retribución alguna a las fracciones de año, de contratos con tiempo de duración superior a tres años.

c) *Indemnización por terminación Unilateral del Contrato.*

Cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada, o en el evento de que sea el agente quien termine el contrato por justa causa imputable al empresario, se deberá pagar al agente una indemnización equitativa cuya fijación corre a cargo de peritos.

Consideramos poco afortunada la mención que hace el legislador con respecto al fundamento de esta indemnización, cuando expresa en el inciso 2o. del artículo 1.324 del Código de Comercio que dicha indemnización se debe pagar al agente, "como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato". En efecto, el concepto de indemnización en derecho dice siempre relación directa a un daño o perjuicio, que al causarse, debe resarcirse o repararse. Para que pueda hablarse de indemnización en el campo de la responsabilidad contractual, es necesario que haya inexecución del contrato y, como consecuencia, un perjuicio cierto, actual y directo. Encontramos asidero a esta opinión en las voces del artículo 1.613, inciso 1o. del Código Civil según el cual: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente; o de haberse retardado el cumplimiento". De tal manera que la indemnización comentada se reconoce al agente porque ha sufrido un

daño emergente y un lucro cesante como consecuencia de la terminación intempestiva del contrato, la cual es una típica inexecución del mismo, por presentarse un cumplimiento imperfecto de las obligaciones.

Más lógico hubiera sido que la fundamentación de la indemnización se hubiera establecido como sustento de la que nosotros hemos dado en llamar "prestación por clientela", toda vez que ésta sí necesitaba de una motivación por parte del legislador, al paso que la indemnización no la requería por las razones ya expuestas. Sin embargo esto no fue así, presentándose la inconsecuencia jurídica de haber establecido el legislador una fundamentación para algo que no precisaba de ella, la indemnización, y dejado sin motivación, la famosa prestación, cuya razón de ser ha quedado a la elucubración de la doctrina y la jurisprudencia. Consecuente con los principios de derecho mas generalizados ha debido establecerse la indemnización como secuela jurídica del perjuicio causado por la ruptura unilateral del contrato y haberse fundamentado la prestación con los argumentos del esfuerzo por acreditar la marca y los bienes o servicios objeto del contrato, y muy principalmente la labor realizada ante la clientela, pues esta última razón, es la mas generalizada entre los sistemas jurídicos que tienen implantada esta prestación con respecto a la agencia comercial o contratos afines. Derívase de lo anterior, que presentándose el caso del reconocimiento de una indemnización, los peritos, al fijar su monto, deberán dirigir su atención a sopesar el alcance y los resultados de la labor realizada por el mandatario al frente de su agencia, antes que a evaluar los perjuicios concretos que en su patrimonio económico haya sufrido el agente como consecuencia de la terminación irregular del contrato. Y ésto lo decimos basados no solamente en la motivación de la indemnización hecha por el legislador, pero también en el contenido del inciso 3o. del artículo 1.324: "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".

Finalmente, con respecto a la indemnización, digamos que el legislador repitió innecesariamente en el artículo 1.327 una disposición contenida en el inciso 2o. del artículo 1.324; la de que cuando sea el agente quien termine el contrato por justa causa imputable o provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la consecuente indemnización; un ejemplo de este caso sería el del empresario que despreciando el derecho de exclusividad que le compete al agente, contratara para la misma zona, los servicios de otro agente.

16. *RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A PERCIBIR LA RETRIBUCION DEL ARTICULO 1.324 DEL CODIGO DE COMERCIO*

La cuestión enunciada, tiene, en nuestro concepto, distinta solución según se trata de la "prestación por clientela" o de la indemnización.

Con respecto a la prestación por clientela consideramos que las partes pueden, de común acuerdo, pactar la renuncia a la misma por parte del agente; lo anterior por cuanto se trata de un derecho patrimonial de carácter particular conferido por la Ley en el sólo interés del renunciante, siendo entonces de recibo, en este caso, la norma del artículo 15 del Código Civil, según el cual "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia". Y aquí encontramos otro argumento para distinguir esta prestación del auxilio de cesantía, pues éste, como prestación social, es irrenunciable. Es que las leyes laborales van dirigidas a tutelar a una clase que necesita de la especial protección del estado, toda vez que en el fenómeno de la contratación se encuentra en un plano de desigualdad en relación con la contraparte; es por eso que sabiamente ha establecido el legislador que las normas reguladoras del trabajo humano son de orden público y que los derechos y prerrogativas concedidos por ellas son irrenunciables. En este punto y por estar en un todo de acuerdo con el criterio de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, transcribimos lo dicho por este organismo en su concepto de octubre 14, 1971: "a) La Superintendencia considera que, en realidad, 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 1.324, o que gozará de una inferior o superior a la establecida en él, en razón de que dicha disposición, en su sentir, 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".

Y mas adelante agrega insistiendo sobre el mismo punto: "Es cierto que el artículo 1.324 del decreto 410 de 1971 no expresa que sus disposiciones, en relación con la prestación a que se ha hecho referencia, se aplicarán en ausencia de estipulación en contrario de las partes, lo que dificulta establecer si ellas son imperativas, reglamentarias o supletivas. La Superintendencia, no obstante, estima que pertenecen a la última especie en razón de que regulan cuestiones particulares, en función exclusiva de los intereses patrimoniales de los contratantes, a quienes la Ley otorga amplia libertad de estipular".

Vale la pena hacer mención a otros argumentos expuestos por quienes han tenido oportunidad de comentar el contrato de agencia comercial, argumentos tendientes a demostrar que las disposiciones contenidas en el artículo 1.324 del Código de Comercio, no son de orden público ni imperativas, sino de orden privado, en las cuales está involucrado el interés particular de los contratantes antes que el interés de la comunidad:

Dicen algunos que queriendo el legislador imprimir carácter imperativo a ciertas normas del nuevo Código de Comercio, dio a conocer su voluntad expresamente, como es el caso de la reglamentación del derecho al arrendamiento del local ocupado por el comerciante, reglamentación contenida en los artículos 518 a 523 del Código de Comercio. En efecto, ordena el artículo 524 lo siguiente: "Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523 inclusive, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes". Por exclusión de materia se afirma entonces que si la intención del legislador hubiera sido la de imprimir carácter de orden público a las normas sobre agencia comercial, se hubiera preocupado de insertar en el capítulo de la agencia, una disposición similar a la del artículo 524 antes transcrito.

Y en el mismo capítulo de la agencia comercial encuentran otros, argumento similar al anterior, al reparar en la intención del legislador con respecto a la norma contenida en el artículo 1.328 del Código de Comercio, cuando allí si dijo que toda estipulación en contrario se tendría por no escrita. Reza así el artículo 1.328: "Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas". Entonces, si en el mismo capítulo sobre la agencia comercial se cuidó el legislador de separar la norma del artículo 1.328 para establecer, respecto de ella, que toda estipulación en contrario carecería de validez, contrario sensu podemos colegir que en tratándose de las otras normas comprendidas en el capítulo, si es valedero el acuerdo en contrario de las partes.

Luego, volviendo al caso de la prestación por clientela es dable aceptar la renuncia del agente a la misma en el cuerpo del contrato o el pacto de que a su término se liquide una inferior. Desde luego que si nada se dice sobre el particular se entiende que rige la prestación por clientela en la forma como está reglamentada en el inciso 1o. del artículo 1.324.

Por lo que toca a la indemnización, el problema de la renunciabilidad se resuelve, en nuestro sentir, afirmándose que tal indemnización por equivaler a una pena por incumplimiento del contrato, no puede renunciarse válidamente por el agente. En otras palabras toda estipulación o acuerdo entre las partes que tienda a desconocer esta indemnización adolece de nulidad. Es que las leyes que establecen indemnizaciones son de orden público, y por ende no pueden ser materia de pacto entre los particulares. Se aplica pues la norma del artículo 16 del Código Civil según el cual "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados al orden y las buenas costumbres". Con base en esta disposición se razona diciendo que la sociedad está interesada en que los contratos se cumplan y por consiguiente las indemnizaciones establecidas para sancionar el incumplimiento de los contratos, superan el campo del estricto interés particular para convertirse en normas de interés general.

17. *DERECHOS DE RETENCION Y PRIVILEGIO*

El artículo 1.326 del Código de Comercio contiene una consagración legal de los

derechos de retención y privilegio a favor del agente, pero solamente para el evento de lograr el pago de la indemnización a que pueda tener derecho por causa de una injusta terminación del contrato; o sea que estos medios de defensa privada que son los derechos de retención y privilegios, no se pueden ejercer para exigir la satisfacción de la prestación por clientela en caso de una terminación normal del contrato.

Dice así el artículo 1.326: "El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización".

La retención como derecho consiste en la facultad que tiene el agente de conservar los bienes del empresario que se hallen en su poder y opera como un medio de coacción sobre la voluntad del empresario para inducirlo a pagar el importe de la indemnización. El privilegio, por su parte es un derecho que en este caso asiste al agente para pagarse con los bienes del empresario que tenga retenidos, de preferencia a otros créditos que estén gravitando sobre el patrimonio del deudor, los cuales concurrirían para ser satisfechos en el mismo plano de igualdad que los créditos del agente, caso de no existir el derecho de privilegio.

Retención y privilegio, son, en todo caso, dos instituciones distintas que no es dable confundir, las cuales con frecuencia son consagradas en forma conjunta por el legislador, conformando así un mecanismo de doble efecto, que ofrece seguridad al acreedor para la satisfacción de su crédito.

ROCCO refiriéndose al establecimiento conjunto de los derechos de retención y privilegio en el derecho mercantil Italiano expresa lo siguiente: "Pero el derecho nada mas a retener la cosa podría ser ineficaz, singularmente cuando los demás acreedores se hayan dirigido contra la cosa misma e instado su venta, toda vez que al acreedor detentador de la cosa no correspondería mas que participar en el precio; y por ello, para dar eficacia a la retención, hubo de sentirse inmediatamente la necesidad de adicionarla con un privilegio: y precisamente, en esta conexión entre retención y prelación consiste la mas importante particularidad de la disciplina de esta institución en materia mercantil; porque en tanto que la retención reconocida por el Código Civil no lleva consigo, por lo general, ese derecho de prelación, en materia mercantil, en cambio, el derecho a retener la cosa va unido al de hacerse pago con ella preferentemente" (2).

CAPITULO V

Vigencia de las Disposiciones sobre Agencia Comercial. Aplicabilidad de las Disposiciones sobre Agencia Comercial.

(2) Rocco, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Parte General Editora Nacional, S.A. Mexico 1955, Pág. 367.

18. VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES SOBRE AGENCIA COMERCIAL.

El presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias que le fueron concedidas por el Congreso Nacional, mediante el artículo 20 de la Ley 16 de 1968, para expedir y poner en vigencia el proyecto de Ley sobre Código de Comercio, fijó el primero de enero de 1972 como fecha de iniciación de la vigencia del nuevo estatuto mercantil y estableció, a su vez, una excepción con relación a ciertas disposiciones, las cuales dispuso empezaran a regir a partir de la fecha de expedición del Decreto No.410 contentivo del Código de Comercio, éste es el 27 de marzo de 1971.

Dice así el artículo 2.038 del Código de Comercio:

"Este Código empezará a regir el primero de enero de 1972, con excepción del artículo 821; del capítulo V título XIII, libro IV, y del libro VI que regirán desde la fecha de su expedición".

Las disposiciones excepcionadas con relación a la vigencia general del nuevo Código de Comercio, son las siguientes: Artículo 821, que abolió la expresión "instrumentos negociables" sustituyéndola por la de "títulos - valores"; Capítulo V, título XIII que trata de la agencia comercial; libro IV que versa sobre los contratos y obligaciones mercantiles; libro VI que reglamenta principalmente los procedimientos del concordato preventivo, la Quiebra y el Arbitramento.

Esta disposición del artículo 2.038 que fijó la fecha de expedición del Código como iniciación de la vigencia de las disposiciones antes citadas, ha sido unánimemente criticada, y con razón a nuestro modo de ver, por desconocer flagrantemente las claras y muy bien concebidas normas que en nuestra organización jurídica reglamentan la promulgación y observancia de las Leyes.

En efecto, es principio cardinal de nuestro Derecho que la Ley entre en vigencia solamente en virtud de su promulgación, la cual, según el texto del artículo 52 del C. P. y M. "consiste en insertar la Ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción". Con esta promulgación que es a la vez publicación, se lleva a cabo la ficción legal de que la Ley llegue al conocimiento de todos los ciudadanos. Pues bien, el artículo 2.038 del comentado Decreto No. 410, al vincular la vigencia de las disposiciones sobre agencia comercial, entre otros, a una fecha anterior a la promulgación de las mismas, se llevó de calle los principios explicados, siendo tan protuberante la irregularidad que dio base a una demanda de inconstitucionalidad, la cual no fue declarada por la Corte Suprema de Justicia, aduciendo argumentos sobre promulgación y vigencia de las Leyes que no compartimos en su totalidad. Considera la Corte que si bien la promulgación de la Ley es principio que emana de la Constitución, no hay en cambio ninguna norma en nuestra Carta Fundamental que condicione, expresa o tacitamente, la obligatoriedad de la Ley al fenómeno de la promulgación: Para la Corte Suprema de

Justicia es la Ley la que por medio de los artículos 52 y 53 del C. P. y M., ha establecido, de una parte, el principio general de que la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación y de otra expresas excepciones al referido principio.

El texto de los referidos artículos 52 y 53 es como sigue: C. P. y M., artículo 52. "La Ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la Ley en el periódico Oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termina la inserción".

Ibídem, artículo 53. "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:

- 1) Cuando la Ley fije el día en que deba principiar a regir o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la Ley el día señalado.
- 2) Cuando por causa de guerra u otra inevitable estén interrumpidas las comunicaciones de alguno o algunos municipios con la capital y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se contarán desde que cese la incomunicación y se restablezcan los correos".

En concepto de la Corte Suprema de Justicia con relación a la vigencia de las disposiciones del nuevo Código de Comercio, la Ley autorizó al Gobierno para que fijara el día de su vigencia y éste lo hizo así, señalando para algunas de sus disposiciones una fecha anterior a la promulgación del Código, sin que se haya violado la constitución, toda vez que la obligatoriedad de la Ley está determinada por la misma Ley y ésta en ninguna parte ha dicho que las excepciones autorizadas por el artículo 53 del C. P. y M. deben referirse siempre a fechas posteriores a la promulgación. Ahora bien, la explicación que encuentra la Corte al hecho de que el Gobierno haya puesto en vigencia algunas disposiciones del nuevo Código de Comercio, el mismo día de la expedición del Decreto que lo contiene, es la de haberse presentado circunstancias especiales que hacían exigible la vigencia urgente de ciertas regulaciones de incidencia inmediata en la vida comercial del País.

En juicioso salvamento de voto a la sentencia de la H. Corte que contiene las consideraciones antes expuestas, los magistrados Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar y José María Velasco Guerrero, sostienen la tesis contraria, defendiendo el principio de la promulgación como presupuesto de la obligatoriedad de la Ley y concluyendo que ha debido declararse inexecutable la parte del artículo 2.038 que dispuso la vigencia de algunas normas del Código desde la fecha de su expedición.

Compartimos nosotros las consideraciones expuestas en el referido salva-

mento de voto las cuales podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Es principio fundamental de nuestra organización jurídica que las leyes principien a regir desde su promulgación y no puede concebirse que se obligue a los ciudadanos el cumplimiento de normas que desconocen por falta de publicación.
 - b) Para que pueda operar la presunción de derecho de no poder alegarse la ignorancia de las leyes para excusarse de cumplirlas, es preciso que ésta haya sido promulgada y se encuentre en observancia, la cual principia dos meses después de su promulgación. Parafraseando a nuestro ilustre profesor Doctor Miguel Moreno Jaramillo: "Una ley no puede obligar a los particulares mientras no haya sido promulgada. Si en Colombia no puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, es claro que los particulares no están obligados a observar una ley que no haya sido promulgada" (1).
 - c) Cuando el artículo 53 del C. P. y M. autoriza la excepción de que en la misma ley se fije el día en que deba principiar a regir o se autorice a su vez al Gobierno para fijar dicho día, tal disposición constituye una excepción al plazo de dos meses a que se refiere el artículo 52 del C. P. y M., pero de ninguna manera puede entenderse como expediente para hacer obligatoria una ley antes de su promulgación. La autorización se refiere a que se pueda señalar un término mayor o menor a los dos meses, pero siempre posterior a la promulgación.
 - d) Las meras razones de "urgencias" no pueden dar pie para que se prescindiera de la promulgación como requisito de obligatoriedad de la Ley.
 - e) Para el congreso rige tanto la constitución que ordena la promulgación como las leyes que la reglamentan y no es dable afirmar que cuando el órgano legislativo ordena la vigencia de una Ley desde una fecha anterior a la promulgación, está obrando dentro de sus atribuciones porque puede modificar las leyes; tal acto no puede tomarse como interpretación, derogación o modificación de las leyes por vía general, sino como una disposición de carácter particular violatoria de la constitución y la Ley. En el caso en comento es más notoria la violación constitucional pues fue el propio Gobierno quien prescindió de la promulgación a que estaba obligado por la Constitución.
- 3) Estas apreciaciones del salvamento de voto comentado conforman a grandes rasgos, la tesis que nosotros entendemos sea la correcta en materia de promul-

(1) Moreno Jaramillo, Miguel. Introducción al Derecho, Conferencias de Clase. P. 27.

gación y vigencia de las leyes, tesis que, por otra parte, ha sido la sustentada reiteradamente por el Consejo de Estado, cuyo trasunto fiel es la ponencia del Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez cuya copia nos fue suministrada gentilmente por él, a manera de colaboración con el presente trabajo y la cual transcribimos, en su texto completo, como sencillo homenaje a la memoria de quien honrara con su sabiduría y honestidad sin mácula, las cátedras de Derecho de nuestra Alma Mater:

“Doctrinalmente es indiscutible que la ley tiene que ser conocida por aquellos a quienes se dirige, por aquellos que van a estar sujetos a ella. No se concibe que una Ley secreta o reservada pueda crear obligaciones para los ciudadanos. De ahí la necesidad de promulgación de la Ley, entendida como el conocimiento que de la ley se da por uno u otro medio, de acuerdo con las distintas legislaciones. La necesidad de la promulgación de la Ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada y ha sido ratificada, en distintas providencias, por el Consejo de Estado (ver auto de 5 de marzo de 1959, Ponente Doctor Miguel Lleras).

La Constitución Nacional, en sus artículos 85, 89 y 120 numeral 2, menciona la promulgación de la Ley, para decir que el Presidente de la República está obligado a hacerla y que, en su defecto, la hará el Presidente del Congreso. Pero, las normas constitucionales no reglamentan la vigencia de las leyes, de donde puede deducirse que el constituyente defiere a la ley tal reglamentación. Y el legislador la ha hecho por medio de los artículos 52 y 53 de la Ley 4a. de 1913. Código Político y Municipal.

El primero de estos artículos dice que la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación y que su observancia principia dos meses después de promulgada, consistiendo la promulgación en insertar la ley en el Diario Oficial.

El segundo artículo dice que, cuando la ley fije el día en que debe principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, la ley comenzará a regir el día señalado.

Para el Consejo de Estado, no hay duda acerca de la importancia de la publicación como requisito indispensable para que los ciudadanos puedan ser requeridos a someter su conducta a la norma jurídica y para que la observancia de ésta pueda ser exigida coactivamente y penada su violación.

Sin embargo, reconociendo el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido, en varias ocasiones, que este principio puede tener excepciones. Entre éstas, se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que debían ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y sólo en cuanto su aplicación no incida en modo alguno en el ejercicio de las

libertades de los gobernados. Por otra parte, esta excepción no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la Ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada.

A este respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de octubre de 1946, con la ponencia del doctor Guillermo Hernández Rodríguez dijo:

Hay leyes u ordenanzas que se refieren a los ciudadanos y que éstos están obligados a obedecer y cumplir por virtud de la promulgación; pero hay otras que se refieren a los poderes públicos y para los cuales es innecesaria la publicación. Una reiterada jurisprudencia del Consejo, que aclaró o rectificó antiguas doctrinas sobre el particular, enseña que el precepto de que las ordenanzas no pueden ser obligatorias antes de su promulgación, se refiere a los gobernados, a quienes no se les podrá sancionar por no cumplir una ley u ordenanza, que, por no haber sido publicada, ellos estarían en la imposibilidad material de conocer; pero que dicho precepto no dice relación a los funcionarios de la Administración, los cuales adquieren conocimiento de las ordenanzas desde el momento mismo en que les imparta su sanción” (2).

Basados en las anteriores consideraciones resolvemos el problema de la vigencia de las disposiciones sobre agencia comercial afirmando que debe tenerse como fecha en que ellas empezaron a regir, la de la promulgación del Decreto No. 410 de 1971, la cual no es otra que el 16 de junio de 1971 día en que se consumó su inserción en el Diario Oficial.

19. APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE AGENCIA COMERCIAL

También el tema de la aplicabilidad de las nuevas normas sobre el contrato de agencia comercial ha sido objeto de discusión, pues algunos consideran que al no reconocerse validez a los contratos innominados de agencia comercial, celebrados de conformidad con la Ley anterior, quedaron sin garantía legal los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a la Ley mediante la celebración de aquellos contratos. Este que es uno de los argumentos expuestos por quien demandó la inexecutable del artículo 2.038 del Código de Comercio, no es, en nuestro sentir, verdadero para alegar la inconstitucionalidad de la referida norma. Por este aspecto la razón está del lado de la H. Corte cuando afirma: ‘El respeto a los derechos adquiridos que garantiza el artículo 30 de la Constitución, se relaciona, en cuanto a la actividad de la Rama Legislativa, con la imposibilidad constitucional de dictar leyes de carácter retroactivo, que los lesionen. Por eso el texto habla de que aquellos “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Es sabido, además, que la retroactividad de la ley consiste en hacerle producir efectos con fecha anterior a la de su vigencia, de suerte que resulten afectadas situaciones jurídicas creadas o consolidadas al amparo de normas anteriores. Es notorio que los

(2) Jaramillo Vélez, Lucrecio. Consejo de Estado. Ponencia de Sept. 24 de 1971. Ref. 1.836.

preceptos objeto de la discusión en este caso, es decir, los que integran el Capítulo V, Título XIII, Libro 4o. del Código de Comercio, no dicen en parte alguna desconocer los contratos de agencia comercial que ya se hubieren celebrado, ni contienen norma o principio que ignore derechos que se hubieren podido consolidar bajo la vigencia del Código de Comercio sustituido" (3).

Por otra parte los principios generales de derecho que rigen en esta materia enseñan que a los contratos debe aplicarse la ley vigente al tiempo de su celebración y que las leyes nuevas no modifican las relaciones contractuales contraídas antes de su vigencia. Precisamente en atención a estos principios se dictó el artículo 2.036 del Código de Comercio, cuyo inciso 1o. establece lo siguiente: "Los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887".

Por lo anterior concluimos diciendo que las nuevas disposiciones sobre agencia comercial no tienen carácter retroactivo, no siendo aplicables, en consecuencia, ni a los contratos innominados de agencia comercial celebrados con anterioridad a la expedición de la nueva ley, actualmente vigente, y con menos razón, a los celebrados y cumplidos en su totalidad bajo el imperio de la legislación derogada.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. Introducción al Derecho Comercial y Parte General de las Obligaciones Comerciales. EDIAR S.A. Buenos Aires.
- CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo. Parte Especial, Vol. IV, Editores - Librero Buenos Aires.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Providencia aprobada según Acta No. 41 de Nov. 25, 1971. Magistrado Ponente: Doctor Guillermo González Charry.
- JARAMILLO VELEZ, Lucrecio. Consejo de Estado. Ponencia de septiembre 24, 1971. Ref. 1.836.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. Edit. Porrúa, S.A. 4a. Ed. México.
- MESSINEO Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI.
- MORENO JARAMILLO, Miguel. Introducción a la Ciencia del Derecho. Conferencias de Clase 1957.
- NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General. Volumen Primero.
- RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo IV. Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Parte General. Editora Nacional S.A. México 1955.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS. Concepto rendido por el Doctor Rómulo González Trujillo en octubre 4 de 1971. URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Cuarta Edición. Madrid, 1964.

(3) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Providencia Aprobada según Acta No. 41 de Noviembre 25, 1971. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo González Charry.

INTRODUCCION

CAPITULO I

1. DEFINICION
2. NATURALEZA JURIDICA
3. ELEMENTOS DEL CONTRATO
4. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO
5. ELEMENTOS CARACTERISTICOS DEL CONTRATO

- a) Autonomía del agente.
- b) Estabilidad de las relaciones contractuales.
- c) Intermediación del agente entre el empresario y la clientela.
- d) Fijación de un territorio como ámbito espacial del contrato.

CAPITULO II

6. CLASIFICACION DE LA AGENCIA COMERCIAL COMO CONTRATO
7. DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS MERCANTILES AFINES

- a) Con la comisión.
- b) Con el corretaje.
- c) Con el contrato de consignación o estimatorio.
- d) Con el contrato de suministro.

CAPITULO III

8. OBLIGACIONES DEL AGENTE
9. DERECHO DE EXCLUSIVA
10. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO
11. GASTOS DE LA AGENCIA
12. CLAUSULA STAR DEL CREDERE

CAPITULO IV

13. CAUSALES DE TERMINACION DEL CONTRATO

- a) Revocación del mandante.
- b) Renuncia del mandatario.
- c) Muerte del mandante o del mandatario.
- d) Incapacidad sobreviniente del mandante o del mandatario.

14. *JUSTAS CAUSAS PARA DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO*
15. *OBLIGACIONES QUE SE DEBEN PAGAR A LA TERMINACION DEL CONTRATO*
- a) Prestación por clientela.
 - b) Liquidación de la prestación por clientela.
 - c) Indemnización por terminación unilateral del contrato.
16. *RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A PERCIBIR LA RETRIBUCION DEL ARTICULO 1.324 DEL CODIGO DE COMERCIO*
17. *DERECHOS DE RETENCION Y PRIVILEGIO*

CAPITULO V

18. *VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES SOBRE AGENCIA COMERCIAL*
19. *APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE AGENCIA COMERCIAL*

LAS FACTURAS CAMBIARIAS

DR. BERNARDO TRUJILLO CALLE.

Una de las innovaciones más trascendentales en el nuevo estatuto, fue la incorporación de las facturas cambiarias de compraventa y de transporte, reglamentadas en los artículos 772 a 779 (1).

- * Este Capítulo hace parte del libro "De los Títulos Valores" próximo a aparecer.
- (1) Art. 772: "Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador. No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador".
- Art. 773: "Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título".
- Art. 774: "La factura cambiaria de compraventa deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:
- 1) La mención de ser "factura cambiaria de compraventa";
 - 2) El número de orden del título;
 - 3) El nombre y domicilio del comprador;
 - 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías vendidas y la constancia de su entrega real y material;
 - 5) El precio unitario y el valor total de las mismas, y
 - 6) La expresión en letras y sitio visibles de que se asimila en sus efectos a la letra de cambio. La omisión de cualquiera de estos requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura cambiaria, pero ésta perderá su calidad de título-valor".
- Art. 775: "Factura cambiaria de transporte es un título-valor que el transportador podrá librar y entregar o enviar al remitente o cargador. No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado".
- Art. 776: "La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:
- 1) La mención de ser "factura cambiaria de transporte";
 - 2) El número de orden del título;
 - 3) El nombre y domicilio del remitente;
 - 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías objeto del transporte;
 - 5) El precio de éste y su forma de pago;
 - 6) La constancia de ejecución del transporte, y
 - 7) La expresión en letras y sitio visibles de que se asimila en sus efectos a una letra de cambio".

Parágrafo. A esta factura se aplicará lo dispuesto en el artículo 773 y en el inciso final del artículo 774.