

**LA INFLUENCIA DEL TLC
CON ESTADOS UNIDOS
EN LA EVOLUCIÓN DEL
ALCANCE DEL CONCEPTO
DE ORDEN PÚBLICO.
LA RENUNCIABILIDAD DE
LA MAL LLAMADA
CESANTÍA COMERCIAL***

**INFLUENCE OF THE FTA WITH
THE UNITED STATES ON CHANGES IN THE
SCOPE OF THE CONCEPT OF PUBLIC POLICY
THE RENOUNCEABILITY OF SO-CALLED
“COMMERCIAL SEVERANCE PAY”**

**A INFLUÊNCIA DO TLC COM
OS ESTADOS UNIDOS NA EVOLUÇÃO DO
ALCANCE DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA.
A RENUNCIABILIDADE DO MAL CHAMADO
FGTS COMERCIAL**

JOSÉ VICENTE HURTADO-PALOMINO*

* El presente escrito es un avance del trabajo de investigación que está en ejecución denominado “Responsabilidad contractual de los contratos de distribución”, al interior del Grupo de Neoconstitucionalismo y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, Colombia.

** Magister en Derecho Comercial. Investigador del Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga.
angeledei@hotmail.com



RESUMEN

En el presente escrito se analizará la influencia de los compromisos adquiridos por Colombia en el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos^{***} en la sentencia de fecha 19 de octubre de 2011 emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en particular lo concerniente a la modificación del alcance del concepto de *orden público*, lo cual sirvió de argumento principal para determinar la renunciabilidad de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio. Para tal propósito, se realizará dicho análisis a partir del pensamiento de la *sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar* desarrollada por el profesor Duncan Kennedy en su obra *Libertad y restricción en la decisión judicial*^{****}.

PALABRAS CLAVE

Contrato de agencia comercial, Tratado de Libre Comercio, orden público, cesantía comercial, autonomía privada, antiformalismo, formalismo, decisión judicial.

^{***} La Corte Constitucional, mediante sentencia C-750 de 2008 declaró exequible tanto la Ley 1143 de 4 de julio de 2007 "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006", como el Acuerdo junto con sus cartas adjuntas, entendimientos y anexos, los cuales fueron incorporados en el ordenamiento jurídico colombiano por la citada ley.

^{****} Un análisis similar para confrontar algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia con el pensamiento del profesor Duncan KENNEDY fue efectuado por Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS y Germán Alonso GONZÁLEZ HERRERA, en su artículo "Kennedy como pretor: una crítica desde los estudios críticos del derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías jurídicas dominantes en Colombia (formalismo-antiformalismo)", *Universitas Studentes*, 157-173 (2007), disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/9Benitez.pdf, fecha de consulta: 28 de noviembre de 2011.

ABSTRACT

The influence of the commitments acquired by Colombia under its Free Trade Agreement (FTA) with the United States^{***} is analyzed in light of a ruling handed down on October 19, 2011 by the Civil Chamber of the Supreme Court Justice concerning a change in the scope of the concept of *public policy*, which served as the main argument to determine the renounceability of the benefit established in the first paragraph of Article 1324 in the Commercial Code. To that end, the analysis in this article is based on the “law and how-I-want-it-to-come-out” thinking developed by Professor Duncan Kennedy in his book *Freedom and Constraint in Adjudication*.^{****}

KEY WORDS

Commercial agency agreement, Free Trade Agreement, public policy, commercial severance pay, private autonomy, anti-formalism, formalism, adjudication

*** Law 1143 of July 4, 2007 “Approving the Trade Promotion Agreement between the Republic of Colombia and the United States of America, Letters Attached Thereto and its Understandings, signed in Washington, D.C. on November 22, 2006” and the Agreement, with its enclosed letters, understandings and attachments, which were included in the Colombian legal system by means of the aforementioned legislation, were declared enforceable by the Constitutional Court in Ruling C-750/2008.

**** A similar analysis to compare several Supreme Court decisions with the thinking of Professor Duncan Kennedy was done by Vicente Fabián Benítez Rojas and Germán Alonso González Herrera in their article “Kennedy as Praetor: A Critique Based on Critical Legal Studies Involving the Theory of Legal Adjudication and the Predominant Legal Theories in Colombia (Formalism- Anti-formalism) Universitas Students, 157-173 (2007), available at http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/9Benitez.pdf, date accessed: November 28, 2011.

RESUMO

No presente artigo, analisa-se a influência dos compromissos adquiridos pela Colômbia no Tratado de Livre Comércio (TLC) com os Estados Unidos^{***} na sentença de 19 de outubro de 2011, emitida pela Sala de Cassação Civil da Corte Suprema de Justiça, no que se refere à modificação do alcance do conceito de *ordem pública*, o qual serviu de argumento principal para determinar a renunciabilidade da prestação do inciso primeiro do artigo 1.324 do Código de Comércio. Para tal propósito, a análise se realizará a partir do pensamento da *sentença-a-que-eu-quero-chegar*, desenvolvida pelo professor Duncan Kennedy, em sua obra *Liberdade e restrição na decisão judicial*^{****}.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato de urgência comercial, Tratado de Livre Comércio, ordem pública, FGTS comercial, autonomia privada, antiformalismo, formalismo, decisão judicial.

*** A Corte Constitucional, mediante sentença C-750 de 2008, declarou exequível tanto a Lei 1.143 de 4 de julho de 2007 “Por meio da qual se aprova o Acordo de Promoção Comercial entre a República da Colômbia e os Estados Unidos da América, suas cartas adjuntas e seus entendimentos, subscritos em Washington no dia 22 de novembro de 2006”, quanto o Acordo junto com suas cartas adjuntas, entendimentos e anexos, os quais foram incorporados no ordenamento jurídico colombiano pela citada lei.

**** Uma análise similar para confirmar algumas decisões da Corte Suprema de Justiça com o pensamento do professor Duncan Kennedy foi efetuada por Vicente Fabián Benítez Rojas e Germán Alonso González Herrera, em seu artigo “Kennedy como pretor: uma crítica dos estudos críticos do direito à teoria da adjudicação judicial e às teorias jurídicas dominantes na Colômbia (formalismo-antiformalismo)”, *Universitas Estudiantes*, 157-173 (2007), disponível em: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/9Benitez.pdf. 28 nov. 2011.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN CONSAGRADA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO; 2. LA CESANTÍA COMERCIAL COMO CLÁUSULA NATURAL DE ORDEN PÚBLICO; 3. INFLUENCIA DEL TLC EN LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO; 4. EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA; 4.1 NOCIONES Y CLASIFICACIONES DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO; 4.2 ALCANCE DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA SENTENCIA DEL 19 DE OCTUBRE DE 2011 PROFERIDA POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; 5. REFLEXIÓN TEÓRICA DE LA SENTENCIA DEL 19 DE OCTUBRE DE 2011 PROFERIDA POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La regulación del contrato de agencia comercial establecido en el Código de Comercio colombiano fue uno de los temas objeto de discusión en las mesas de negociación del TLC con los Estados Unidos, en razón a que sus normas están dirigidas a proteger de manera excesiva al agente comercial, circunstancia esta que no es consonante con la regla general en la realidad negocial, donde el agente comercial es un profesional en la distribución¹ y, por ende, ese tipo de prerrogativas legales a favor del agente no son acordes con el equilibrio contractual. Muestra de dicho privilegio legal es la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio denominada comúnmente como *cesantía comercial*.

En razón de lo anterior, el equipo de negociación de los Estados Unidos solicitó al Gobierno colombiano que se modificara sustancialmente la citada disposición, toda vez que no es acorde con la realidad comercial y porque dicha fórmula no debería ser establecida por el legislador sino por las partes². Tales señalamientos fueron contemplados en el texto definitivo del TLC que fue aprobado por el Congreso norteamericano el pasado 12 de octubre de 2011, de tal suerte que el Estado colombiano asumió el compromiso de efectuar tales modificaciones a través de la autoridad competente —Congreso de la República—³.

En el presente escrito se analizará la influencia de dichos señalamientos efectuados por los Estados Unidos a Colombia durante la negociación para la suscripción

¹ José Vicente HURTADO PALOMINO, "Aspectos generales del contrato de agencia comercial en Colombia", en *Memorias de 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Universidad Santo Tomás-Seccional Bucaramanga, 2010, p. 322, quien cita a Juan José ÁNGULO MARTÍNEZ, "La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia: barrera para el comercio transfronterizo", en AA. VV., *Estudios de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, tomo I, 2009, p. 23.

² Adriana Lucía LÓPEZ ÁLVAREZ, "El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos", Universidad Externado de Colombia, *REVISTA e - Mercatoria*, 10-1 (2011), pp. 43-47, disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/viewFile/2905/2546>, fecha de consulta: 26 de noviembre de 2011.

³ Texto final Tratado de Libre Comercio Colombia-EE.UU., Capítulo 11: Comercio transfronterizo de servicios. Anexo 11-E, en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>, fecha de consulta: 26 de noviembre de 2011.

del TLC, en el contenido de la sentencia del 19 de octubre de 2011 emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴, específicamente en la determinación del alcance del concepto de *orden público*, lo cual sirvió de argumento principal para determinar la renunciabilidad de la prestación estipulada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Para el desarrollo del presente documento se realizará una descripción general de la naturaleza de la mal llamada *cesantía comercial* a partir del estudio de la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explicando su carácter de cláusula natural de orden público; posteriormente se referirán los argumentos esbozados por el equipo negociador de los Estados Unidos durante las mesas de negociación del TLC con Colombia, que respaldaban la solicitud de modificar el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio; luego se abordará el estudio del concepto de *orden público*, a partir de su noción, evolución y clasificación, teniendo en cuenta el estudio realizado por el Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria en la sentencia de 19 de octubre de 2011; y para finalizar se analizará la influencia de los compromisos adquiridos por Colombia en el TLC con los Estados Unidos en la aludida sentencia a partir de la idea de la *sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar* desarrollada por el profesor Duncan KENNEDY en su obra *Libertad y restricción en la decisión judicial*⁵.

1. LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN CONSAGRADA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Para entender la naturaleza de la prestación denominada de manera irregular *cesantía comercial*, que emana como cláusula natural dentro del contrato de agencia comercial, se hace menester determinar en primera instancia las razones que motivaron al legislador a tipificar el aludido contrato en el actual Código de Comercio; y, ulteriormente, se explicará la naturaleza contractual y la forma en que se estructura la mencionada prestación de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Para la época anterior a la vigencia de la regulación del contrato de agencia mercantil en el actual Código de Comercio (Decreto Extraordinario 410 de 1971)⁶, el mencionado tipo contractual era atípico, es decir, su regulación normativa en sus aspectos esenciales y naturales era inexistente⁷. Por otro lado, en ese tiempo se estaban suscitando conflictos serios entre los productores y agentes, toda vez

⁴ Es importante señalar que la sentencia del 19 de octubre de 2011 fue discutida y aprobada en Sala de 5 de septiembre de 2011, es decir, antes de la aprobación del TLC por los Estados Unidos el 12 de octubre de 2011. Cfr. Adriana Lucía LOPEZ, cit.

⁶ La vigencia de las normas que regulan el contrato de agencia comercial es distinta al resto de normas que conforman el Código de Comercio, toda vez que en este se estableció de manera expresa que los artículos que regulaban tal modalidad contractual empezaban a regir a partir de la publicación del Decreto, es decir, el 16 de junio de 1971, en virtud del mandato señalado en el artículo 2038 del mismo Decreto, donde se señaló que "... el capítulo V del Título XIII del Libro IV [que trata específicamente la agencia mercantil] regirá desde la fecha de su expedición".

⁷ José Vicente HURTADO, cit., p. 302. "En Colombia, el contrato de agencia mercantil era considerado como un contrato atípico, toda vez que el Código de Comercio Terrestre de Panamá no lo contemplaba en su articulado como un tipo contractual específico. Posteriormente, con influencia del Derecho italiano, el ejecutivo expidió el

que algunos de los primeros utilizaban dicho instrumento contractual para hacer fraude a la ley laboral al exigir a sus agentes la conformación de personas jurídicas con los miembros de su familia (cónyuge e hijos) con el ánimo de no quedar obligados al pago de acreencias laborales, tales como prestaciones sociales e indemnizaciones⁸.

En virtud de lo precedente, se pueden entender las razones que fundan la denominación de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio como *cesantía comercial*, término este que ha sido objeto de críticas, toda vez que se trata de acomodar una prestación propia del derecho laboral, y con una regulación específica en dicha rama, a una relación jurídica contractual de naturaleza comercial. Con base en lo anterior, se le ha denominado como prestación “por clientela, ‘retributiva’”, “suplementaria”, “extraordinaria” o “diferida”⁹.

Sumado a lo descrito en líneas anteriores, otro aspecto que justificó la tipicidad del contrato en mención dentro del Código de Comercio fue el interés del legislador de:

“proteger a los comerciantes nacionales contra los abusos de otros empresarios generalmente extranjeros, con quienes habían celebrado contratos de representación o distribución para promover y vender productos en el territorio colombiano o en determinadas partes de este. Ocurría a menudo que una vez que el comerciante había logrado conquistar una clientela, establecer un mercado, acreditar un producto, el empresario revocaba el contrato, haciendo uso de una facultad consagrada o no en este, y en seguida le concedía a otro comerciante la representación, en condiciones más favorables para aquel, o lo asumía por sí mismo, con graves perjuicios para el comerciante nacional”¹⁰.

En ese orden de ideas, se infiere que el legislador apreció al agente como la parte débil del contrato y, con base en dicha premisa, estableció un manto de protección a favor de este a través de la prestación que reza en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

En ese sentido, la mal llamada *cesantía comercial*

“representa la retribución por los esfuerzos realizados por el agente de manera estable para acreditar la marca, la línea de productos o servicios del agenciado, por la conquista o reconquista de una clientela, cuyos efectos económicos se extienden en el tiempo con beneficio solo para el agenciado; por crear, consolidar o recuperar un mercado reflejado en una creciente clientela que mantiene el agenciado, aun después de cesar el contrato de agencia”¹¹.

Decreto Extraordinario 410 de 1971, actual Código de Comercio, donde se tipificó la agencia mercantil como un contrato especial e independiente”.

⁸ Ibid., p. 303, HURTADO cita a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: expediente 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, julio 2 de 2010.

¹⁰ Juan Pablo CÁRDENAS, *El contrato de Agencia Mercantil*, Bogotá, Temis, 1984, p. 14.

¹¹ José Vicente HURTADO, ob. cit., pp. 318-319, cita a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia

Lo expuesto en renglones precedentes conforma el contexto en que se efectuó la regulación expresa del tipo contractual de agencia comercial en el Código de Comercio. Lo cual explica los móviles que orientaron al legislador para efectuar la consagración legal de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio como una fórmula legal, su naturaleza contractual mas no indemnizatoria¹², y permite auscultar los fundamentos en que se basó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde 1980 para catalogar dicha prestación como una cláusula natural imperativa¹³ o de *orden público de protección*¹⁴, es decir, que no puede ser suprimida ni modificada por las partes en ejercicio de su autonomía privada¹⁵.

2. LA CESANTÍA COMERCIAL COMO CLÁUSULA NATURAL DE ORDEN PÚBLICO

Con respecto a la naturaleza de *orden público* de la mal llamada *cesantía comercial*, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 2 de diciembre de 1980 señaló:

“la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación”¹⁶.

Posteriormente, la citada Corporación, en sentencia del 28 de febrero de 2005, efectuó una sutil variación a su postura inicial al aceptar que se realice el pago anticipado y periódico de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio bajo el supuesto de que “el pago anticipado de la prestación

Ref.: expediente 5817, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, octubre 22 de 2001, y sentencia Ref.: expediente 7504, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, febrero 28 de 2005.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Ref.: expediente Ref. Expediente No. 6892 01. (Magistrado Ponente.M. P. Jorge Santos Ballesteros; marzo 18 de 2003): “Debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento”.

¹³ Antonio BOHÓRQUEZ ORDUZ, “De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano”, en *Doctrina y Ley*, 1 (2004), p. 65.

¹⁴ Jorge SUESCÚN MELO, “Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial”, en *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, vol. 2, Bogotá, Legis, 2005, pp. 528-535.

¹⁵ Código Civil, artículo 16: No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

no significa renuncia de la misma y, por tanto, las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, pueden consagrar este tipo de cláusula¹⁷, sin embargo, en el mismo fallo se aclara que dicha cláusula de pago anticipado no sería eficaz si:

“se vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló —en la realidad— la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere”¹⁸.

El planteamiento asumido por Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde 1980 de catalogar la prestación contemplada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio como de *orden público*, fue objeto de crítica¹⁹ a partir de la premisa de que la prestación objeto de análisis recae en un derecho subjetivo de crédito de índole patrimonial y, en ese sentido, no se busca proteger un interés general; dicha interpretación proteccionista a favor del agente no es acorde con el contexto actual de los negocios internacionales que se desenvuelven en el marco de la globalización,

“en donde, la protección indiscriminada del agente mercantil y por ende, la condena al empresario al pago de millonarias sumas de dinero a la terminación de estas relaciones, se ha convertido en un obstáculo para que los grandes empresarios busquen la expansión de sus negocios con la colaboración de terceros para lograr tal fin”²⁰.

La postura jurisprudencial de la aludida Corporación generó el uso indiscriminado, por parte de empresarios nacionales y extranjeros, de *envolturas jurídicas* distintas al contrato de agencia comercial con el propósito de no asumir la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio. Tales conductas generaron innumerables litigios en los estrados judiciales, los cuales han llegado a la sede de Casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia²¹.

¹⁷ José Vicente HURTADO, “Aspectos generales del contrato de Agencia Comercial en Colombia”, ob. cit., p. 318.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: expediente 7504, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, febrero 28 de 2005.

¹⁹ Gabriel ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles y comerciales I. Negocios de sustitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 439 y ss.; Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, vol. 2, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2008, pp. 274 y ss.; Felipe VALLEJO GARCÍA, *El contrato de Agencia Comercial*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 114 y ss.; Superintendencia de Sociedades, oficio 13.534 de octubre 4 de 1971; Ana María TORRES JIMÉNEZ, “Inexistencia de la agencia mercantil en la comercialización de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones entregados en concesión por el Estado”, en *Revista de Derecho Privado* 43 (2010), p. 15, disponible en http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri82.pdf, fecha de consulta: 26 de noviembre de 2011; José Vicente HURTADO, “Aspectos Generales del Contrato de Agencia Comercial en Colombia”, cit., pp. 320 y ss.; Juan José ANGULO MARTÍNEZ, *La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia*, ob. cit., pp. 15-28; Néstor Humberto MARTÍNEZ NEIRA, “Su majestad: la autonomía de la voluntad”, *Ámbito Jurídico*, 14 al 27 de noviembre de 2011, p. 12.

²⁰ Ana María TORRES JIMÉNEZ, “Inexistencia de la agencia mercantil...”, cit., p. 15.

²¹ José Vicente HURTADO, “Aspectos Generales del Contrato de Agencia Comercial en Colombia”, cit., p. 321, quien cita a Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias 2 de diciembre de 1980; 31 de octubre de 1995; 8 de marzo de 2000; 22 de octubre de 2001; 28 de febrero de 2005; 30 de junio de 2005; 6 de julio de 2005; 18 de julio de 2005; 21 de septiembre de 2005; 14 de diciembre de 2005; 16 de marzo de 2006; 15 de diciembre de 2006; 13 de diciembre de 2007; 4 de abril de 2008; 4 de junio de 2008; 18 de enero de 2010; 2 de julio de 2010, 19 de octubre de 2011, entre otras.

3. INFLUENCIA DEL TLC EN LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Como se explicaba en el apartado anterior, la postura de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mantuvo tal tendencia proteccionista en sus fallos por más de treinta años, “haciendo caso omiso que los contratos tienden a evolucionar de acuerdo a la realidad mercantil, pues la realidad de hace cuarenta años, época en la cual se expidió el Código de Comercio, es muy distinta a la actual donde el mercado se mueve en un contexto globalizado”²².

Muestra de las consecuencias negativas que se derivaban por la presencia de normas proteccionistas del contrato de agencia mercantil dentro del contexto de un mercado globalizado es el requerimiento que efectuó Estados Unidos a Colombia sobre el *Dealers Act* en la mesa de la cuarta ronda de negociación del Tratado de Libre Comercio donde se establece la necesidad por parte de Estados Unidos de realizar modificaciones esenciales al artículo 1324 del Código de Comercio colombiano, en especial a la prestación establecida en el inciso primero²³, es decir a la *cesantía comercial*.

Dentro de los argumentos que el equipo de negociación de los Estados Unidos exponía para sustentar la solicitud de modificación de la norma que consagra la referida prestación se encontraba que la mal llamada *cesantía comercial* era una imposición legal que no era consonante con la realidad de las relaciones contractuales, y que la regulación normativa generaba incertidumbre frente al monto de dicha prestación y, a su vez, se constituía como un pago doble a favor del agente por sus servicios, los cuales ya eran pagados mediante la comisión²⁴.

En ese sentido, Estados Unidos sugería en la mesa de negociación que las mismas partes en ejercicio de su autonomía contractual establecieran o no la presencia de dicha prestación y sus condiciones dentro del contrato respectivo, como también que se permitiera la posibilidad de mantener otras medidas diferentes con relación a pagos asociados a la terminación de un contrato de agencia en mala fe, o en violación a los términos del contrato²⁵.

Lo anterior fue tenido en cuenta para la redacción definitiva del documento del TLC, el cual fue aprobado por el Congreso de Estados Unidos el 12 de octubre de 2011²⁶. En ese sentido, en el Anexo 11-E, que hace parte del Capítulo 11 de Comercio Transfronterizo de Servicios, se estableció que se debía modificar o derogar

²² Ibid., p. 320.

²³ Ibid., p. 320. Otros aspectos que solicitaba Estados Unidos para su modificación era la indemnización equitativa consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, y la exclusividad a favor del agente establecida en el artículo 1318 de la mencionada Codificación. Lo anterior quedó consignado en el texto definitivo y aprobado del TLC.

²⁴ Adriana Lucía LÓPEZ ÁLVAREZ, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos”, cit.

²⁵ Ibid.

²⁶ Sergio GÓMEZ MASERI, “Aprobado el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos”, *Periódico Portafolio Co.*,

la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio colombiano, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del acuerdo, haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial, dejando la salvedad de que se pueden adoptar o mantener otras medidas relacionados con la terminación del contrato en virtud de la mala fe o en violación de los términos del acuerdo contractual²⁷, pero en todo caso, “la medida que se adopte en este sentido no podrá ser igual o similar a aquella contemplada en el literal a del numeral 1 del anexo (esto es, a la prestación comercial del Código de Comercio)”²⁸.

Por otro lado, es importante señalar que el compromiso asumido por las partes en el TLC en lo concerniente al contrato de agencia comercial solo recayó sobre bienes comerciales y no sobre servicios²⁹. En ese orden de ideas, las modificaciones que se lleguen a establecer por vía legislativa al Código de Comercio en relación con el aludido contrato solo deberán cobijar a los negocios jurídicos de agencia mercantil que recaigan en la distribución de bienes comerciales mas no de servicios.

Con respecto al alcance del compromiso de modificar la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es importante precisar que este fue bilateral³⁰, es decir, que el mismo fue asumido tanto por Colombia como por Estados Unidos, toda vez que ambos Estados:

“se comprometieron a que si en sus niveles centrales de Gobierno se mantiene una medida que otorgue un derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato, esa parte deberá modificar tal medida haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial”³¹.

Frente a las posibles modificaciones a las normas internas en virtud del TLC, el equipo negociador de Colombia dejo claro que no buscaba realizar modificaciones al régimen legal del contrato de agencia comercial a través del TLC, sin embargo, aclara que “[s]i de la negociación hecha con Estados Unidos para el tema de agencia comercial surgían compromisos de efectuar cambios en la legislación co-

octubre 12 de 2011, en <http://www.portafolio.co/negocios/aprobado-el-tratado-libre-comercio-estados-unidos>, fecha de consulta: 12 octubre de 2011.

²⁷ Texto final Tratado de Libre Comercio, Colombia-EE.UU., Capítulo 11: Comercio transfronterizo de servicios, cit.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Sobre la bilateralidad del TLC suscrito entre Colombia y Estados Unidos la Corte Constitucional, en sentencia C-750 de 2008, señaló: “La Corte encuentra que del análisis global del Acuerdo no encuentra vulnerados los principios constitucionales de equidad y reciprocidad. *Se observa que las obligaciones del Acuerdo son recíprocas y no traen consigo una condición desfavorable o inequitativa para Colombia, pues el control de los principios que rigen la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas no puede hacerse de manera puntual y específica*” (énfasis agregado).

³¹ Adriana Lucía LÓPEZ ÁLVAREZ, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos”, cit., p. 75.

lombiana, estos cambios deberían ser efectuados por el órgano competente para llevarlos a cabo, esto es, por la rama legislativa colombiana”³².

Complementando lo anterior, el equipo negociador colombiano

“explicó al equipo norteamericano que de llegarse a adquirir un compromiso, se requeriría de un tiempo prudencial mientras el Congreso de la República de Colombia expidiera una ley que modificara el Código de Comercio en aras de honrar el compromiso específico adquirido por Colombia, razón por la cual no era posible que un eventual compromiso fuera exigible a partir de la fecha de firma del tratado”³³.

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes se concluye que el Gobierno colombiano, al aceptar la observación de Estados Unidos de realizar modificaciones a la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio a través del órgano competente —Congreso de la República— en un tiempo prudencial de seis meses contados a partir de la aprobación del TLC, realizó un reconocimiento implícito de la existencia de normas proteccionistas, a favor del agente, que regulan el contrato de agencia al interior de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la mal llamada *cesantía comercial*, la cual, además de ser una fórmula legislativa, se catalogó como de *orden público* por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en beneficio exclusivo del agente comercial, constituyéndose en un obstáculo para el comercio, pues “resulta excesivamente oneroso para el empresario que desarrolla en su totalidad el negocio y asume todos los riesgos que este conlleva, y debe adicionalmente remunerar al distribuidor de sus servicios, como si este hubiese participado en el desarrollo del bien ofrecido y hubiese corrido con los riesgos que tal actividad implica”³⁴.

4. EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE *ORDEN PÚBLICO* EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

Retomando lo descrito en el acápite precedente, a partir de la aprobación del TLC por el Congreso de Estados Unidos, el Gobierno colombiano tendría que tramitar a través del Congreso de la República las modificaciones al régimen legal del contrato de agencia comercial establecido en el Código de Comercio, en los términos descritos del Anexo 11-E que hace parte del Capítulo 11 de Comercio Transfronterizo de Servicios del TLC.

Lo anterior era el trámite normal que se debía adelantar, sin embargo, en virtud del pronunciamiento judicial de fecha 19 de octubre de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que trató directamente la naturaleza de la prestación estipulada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, parece que el sendero cambió ostensiblemente, toda vez que dicha sentencia en principio volvió inane el trámite legislativo que buscaba modificar o

³² Ibid., p. 48-49.

³³ Ibid., p. 51.

³⁴ Ana María TORRES JIMÉNEZ, “Inexistencia de la agencia mercantil...”, cit., p. 16.

derogar la citada prestación en virtud del compromiso asumido en virtud del TLC con Estados Unidos.

Dentro del contenido del aludido fallo se evidencia que la citada Corporación autorizó a las partes pactar la renuncia de la mal llamada cesantía comercial en ejercicio de la autonomía contractual, lo cual dio un viraje total a la tendencia proteccionista a favor del agente comercial que había asumido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia por más de 30 años.

El argumento central de dicho fallo que generó la evolución jurisprudencial y, de contera, el posible no adelanto por vía legislativa de la modificación o derogación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, fue el replanteamiento que hizo la Corte del alcance del concepto de *orden público*, el cual ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina, todas ellas dirigidas a fijar su real alcance teniendo en cuenta el contexto (modo, tiempo y lugar) en que se interpretaría y aplicaría.

A continuación se hace mención de algunas nociones del concepto de *orden público*, culminando con la posición actual de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la sentencia del 19 de octubre de 2011.

4.1 Nociones y clasificaciones del concepto de orden público

Frente al concepto de *orden público* se ha señalado que figura por primera vez en el Código de Napoleón, en un contexto en que las ideas de libertad y dignidad de la persona humana se ubicaban en el centro del sistema del código; la dualidad del Derecho expresado en intereses generales, propios de la comunidad, y en intereses privados, propios de los particulares, con la supremacía de los primeros; y la preeminencia del Derecho público sobre el Derecho privado³⁵.

Sin embargo,

“la función de límite que el orden público está llamado a desplegar frente a la autonomía negocial, no expresa ni quiere individualizar la exigencia de una supremacía del interés público sobre el interés individual, y la posibilidad de que este pueda y deba ceder a aquel, cuando las situaciones concretas así lo exijan; el orden público, como límite de la actuación negocial, expresa más específicamente la exigencia de que los particulares en sus convenciones, no subviertan aquellos valores fundamentales en que se funda el orden social, y que si las realicen en el respeto de los valores y principios que el Estado considera esenciales y característicos de la organización social en un determinado momento histórico”³⁶.

³⁵ Fernando HINESTROSA FORERO, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 10; ver Nota 51, donde se cita a G. B. FERRI, “Ordine pubblico (diritto privato)”, en *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1051 y ss.

³⁶ *Idem*.

Con base en lo precedente, se concluye que el concepto de *orden público* enseña los principios basilares del ordenamiento social, es decir, a partir de dicho concepto surgen aquellas reglas que demarcan el perímetro de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro de los parámetros que determine la Constitución Política y, por tanto, los derechos fundamentales y sus límites³⁷.

Por otro lado, la doctrina ha elaborado diversas clasificaciones del concepto objeto de estudio con la finalidad de determinar su alcance. La primera de ellas trata el *orden público* en dos vertientes: como *de dirección* y *de protección*³⁸.

“En el primero se encuentran las reglas y principios fundamentales sobre los cuales reposa la estructura estatal, ya sean de contenido político, social o económico. Esas reglas y principios regulan, entre otros, la actividad económica general, a través, por ejemplo de disposiciones monetarias, o del derecho del consumo, o de las reglas de preservación de la libre competencia, que protegen intereses de la comunidad toda”³⁹.

Por su parte, la segunda vertiente denominada como *orden público de protección*,

“[E]stá integrada por normas que buscan salvaguardar intereses particulares, vale decir, de ciertos empresarios, gremios o contratantes que tienen una posición débil de negociación frente a la otra parte que ostenta una posición de dominio para efectos del establecimiento de los términos y condiciones que han de gobernar una relación negocial. [...] Por eso, se impide la renuncia anticipada de los derechos otorgados a ese contratante”⁴⁰.

Otra clasificación que se ha establecido y que está muy relacionada con la descrita en los párrafos anteriores es aquella que fracciona el *orden público* en *político* y en *económico*⁴¹. El primero hace referencia a los valores de la persona, la familia y la moral social, mientras que el segundo trata de las políticas de dirección y estructura económica o de protección dirigidas a la defensa de los intereses colectivos y sociales trazados por el Estado a través de la regulación o intervención normativa. En ambas modalidades de *orden público* se aprecian elementos proteccionistas y de dirección⁴², los cuales apuntan a la materialización del artículo 1 de la Constitución Política donde se establece que “Colombia es un Estado Social de Derecho

³⁷ Massimo BIANCA, *Derecho civil. El contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 641.

³⁸ Jorge SUESCÚN MELO, “Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial”, en *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, vol. 2, Bogotá, Legis, 2005, pp. 528 y ss., quien cita a Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat: Formation*, 3ª edición, LGDJ, núm. 778, s. f.

³⁹ *Ibid.*, pp. 528-529.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 529.

⁴¹ Fernando HINESTROSA, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, cit., pp. 27 y ss., quien cita a Jacques FLOUR y Jean-Luc AUBERT, *Les Obligations*, vol. 1: l’acte juridique.

⁴² Nicolás PÁJARO MORENO, “El contrato y sus principios orientadores”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), *Derecho de las Obligaciones*, vol. 1, Bogotá, Universidad de los Andes – Temis, 2009, pp. 327 y 328. En sentido contrario se encuentra el profesor Fernando HINESTROSA, quien limita al *orden público* político a un sentido negativo (protección) y al *orden público* económico a un sentido positivo (dirección): Fernando HINESTROSA, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, cit., p. 29.

[...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Una tercera clasificación se ha estructurado a partir de la evolución de la noción de *orden público interno*, entendido este como aquel “conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada ‘débil’ (consumidor, trabajador, menor, etc)”⁴³. Dentro de esta podemos ubicar las nociones de *orden público político y económico; y orden público de dirección y de protección*.

No obstante, tal concepto de *orden público interno* ha evolucionado en razón de la *globalización*, la cual ha estado acompañada

“de una transformación gradual no solo de la estructura y organización política, sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa [...] y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en el territorio, su centro propio de existencia y de referencia, un derecho que, por eso, esté en irremediable conflicto con el positivismo jurídico ligado al Estado”⁴⁴ (énfasis agregado).

En ese orden de ideas, el alcance del concepto de *orden público* no se puede mantener de manera cerrada a ese contexto de mercados globales, se debe estructurar a partir de *cláusulas generales dinámicas* que contribuyan en el proceso de adaptación del sistema jurídico a la realidad actual y que, a su vez, ayuden a encauzar y controlar el ejercicio de la autonomía privada de acuerdo con los postulados del Estado social de derecho⁴⁵.

Fruto de dicha evolución ha surgido el concepto de *orden público internacional*, que “significa un nuevo orden jurídico con nuevos principios y valores, los cuales deben ser compartidos, una vez que se busca la cooperación internacional, la igualdad, la solidaridad, la libertad y el espíritu de comunidad como fundamentos del espacio asociado”⁴⁶, en el que “cada Estado se amplía y va más allá de sus fron-

⁴³ José Antonio MORENO RODRIGUEZ, “Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, en *Revista electrónica Lima Arbitration*-Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, 2 (2007), p. 75, disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf, fecha de consulta: 15 de julio de 2011. El autor cita el Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 acerca de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654), en <http://europa.eu.int/eurllex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>

⁴⁴ Edgar CORTÉS, “Fluidez y certeza del derecho ¿hacia un sistema abierto de fuentes?”, en Gonzalo RAMÍREZ CLEVES (ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 161, quien cita a Danilo ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problema*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 88 y ss.; Natalino IRTI, *Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, Laterza, 2001, p. 35, y Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 6, quien ya había presentado esta idea en *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial-Pons, 1996, pp. 40 y ss., y recientemente la desarrolló en el trabajo *Prima Lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 6 y ss.

⁴⁵ Fernando HINESTROSA FORERO, *Tratado de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 272-273.

⁴⁶ Luciane KLEIN VIEIRA, “El Orden público Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Integración Regional, 2008, p. 15, en <http://www.caei.com.ar/es/programas/integracion/42.pdf>, fecha de consulta: 27 de noviembre de 2011.

teras territoriales, pues tendrá que proyectarse, ahora, en un *orden público* de la región, donde las disposiciones y principios imperativos del Estado deben convivir armónicamente con las disposiciones y principios extranjeros, en respeto mutuo”⁴⁷.

Tales fundamentos contemporáneos que conciben al *orden público* dentro del marco internacional permearon a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual en varios pronunciamientos estableció que la noción de *orden público* en materia de derecho internacional privado es muy diferente a la de *orden público* interno⁴⁸. Al respecto, la mencionada Corporación señaló:

“La jurisprudencia de esta Corporación al considerar los perfiles de la noción de orden público, ha lenificado su rigor para hacer eco de las tendencias actuales que hacen del mundo la llamada ‘aldea global’. El excesivo rigorismo y la apreciación extensiva del concepto de orden público a cualquier zona de la actividad regulada por normas imperativas, haría prácticamente imposibles las relaciones económicas con el extranjero, con un aislamiento de la producción nacional, situación impensable en el presente siglo. Ha dicho a este propósito la Corte: ‘La noción de orden público, por lo tanto, solo debe usarse para evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales. Por esto la doctrina ha enseñado que ‘no existe inconveniente para un país aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica, se basan en principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios’. (HOLGUÍN HOLGUÍN, Carlos, ‘La noción de orden público en el Derecho Internacional Privado’, IDEA, 1991, p. 414”) (énfasis agregado).

*La Corte tiene explicado que la cuestión de orden público debe examinarse a la luz de criterios jurídicos actualmente en vigor y no anteponiendo principios generales que ‘traen como resultado el hacer prevalecer un orden público defensivo y destructivo, no así un orden público dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo’ . Lo contrario implicaría aceptar la excepción de orden público como ‘un simple subterfugio para facilitar el triunfo de antojadizos nacionalismos’ que conducirían al ‘absurdo de permitir a las personas residentes en Colombia asumir compromisos en el exterior, sabiendo que pueden incumplir impunemente en tanto se pongan al abrigo de las fronteras de su país”*⁴⁹ (énfasis agregado).

En ese orden de ideas, se concluye que “la naturaleza del *orden público internacional* colombiano no está compuesta por cualquier tipo de norma imperativa, sino

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 19 de julio de 1994, Ref.: Expediente 3894, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, y del 29 de febrero de 1996, Ref.: Expediente 3626, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 6 de agosto de 2004, Ref.: Expediente 11001-0203-000-2001-0190-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla, la cual, cita la Sentencia de 19 de julio de 1994 (CCXXXI, 90 y 94) emitida por la misma Corporación.

únicamente por aquellas normas de *orden público de dirección* que representan los fundamentos básicos del Estado y la sociedad colombianos⁵⁰. Sumado a ello, “la naturaleza del *orden público internacional* reside en los conceptos más básicos de moralidad y justicia del Estado. De esta manera, su defensa debe ser concisa y solamente debe aplicarse cuando existe una violación evidente de las nociones básicas de moralidad y justicia del país del foro”⁵¹.

4.2 Alcance del concepto de *orden público* en la sentencia del 19 de octubre de 2011 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Con respecto al ámbito del contrato de agencia comercial, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de octubre de 2011, al interpretar el artículo 1324 del Código de Comercio tuvo en cuenta la realidad globalizada y a los mercados internacionales para establecer el alcance del concepto de *orden público*, de tal suerte que autorizó a las partes del contrato de agencia mercantil la posibilidad de renunciar, en cualquiera de las fases del contrato, a la prestación del inciso primero del aludido artículo del Código de Comercio, sin que ello implicara que la autonomía privada se volviera absoluta. Al respecto en la citada providencia se señaló:

La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, *se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar* (énfasis agregado).

En vezes, el *orden público* actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (*orden público* de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (*orden público* tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socioeconómicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general).

⁵⁰ Juan Felipe ROLDÁN PARDO, “El estado del arte del concepto de *orden público* internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, 44 (2010), p. 9, disponible en http://derechoprivado.uniandes.edu.co/pdfs/R44_A3.pdf, fecha de consulta: 15 de julio de 2011.

⁵¹ *Ibid.*, p. 24, el autor cita a Parsons and Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de L’Industrie Du Papier (Rakta), United States Court of Appeals, Second Circuit. 1974. 508. F. 2d 969; Tibor VARADY, John BARCELÓ y ARTHUR von Mehren, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, Estados Unidos, Thomson West, 2006, p. 816.

Empero, *el concepto de orden público es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socioeconómico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980 (énfasis agregado).*

Con estos lineamientos, *en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse solo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas. (énfasis agregado).*

[...]

... las restricciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva son excepcionales, requieren texto legal, de cuya finalidad, al menos, en protección de determinados sujetos o intereses vitales, pueda inequívocamente desprenderse y, en verdad, no existe norma alguna prohibitiva del acto dispositivo del derecho a la prestación establecida en el inciso 1° del mencionado artículo 1324 (ad exemplum, la hay en las hipótesis de los artículos 424, 1522, 1673 y 1950 del Código Civil; artículos 200, 297, 318, 501, 504, 1005, 1097, 1203 y 1244, C. de Co), ni se observa cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiere comprometer a otro u otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él, y se tratare de una clase desprotegida o débil, a la cual brinda especial tutela el constituyente, a más que la agencia comercial tampoco tipifica una relación individual de trabajo ni los derechos son equiparables a los laborales o de la seguridad social, y el criterio de la debilidad del agente es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario⁵² (énfasis agregado).

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, octubre 19 de 2011.

Analizando la parte transcrita de la sentencia, se hace necesario realizar algunas observaciones al contenido y trasfondo de la misma, en los siguientes términos:

Como primera medida, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia continuó su tendencia de contextualizar el alcance del concepto de *orden público* a través de sus fallos, sin limitarse a casos en que se decide la solicitud de un exequátur, haciendo hincapié en la realidad social globalizada, de tal suerte que se estaría asumiendo un criterio material⁵³ al momento de interpretar las normas que regulan la agencia comercial.

En segundo lugar, la citada providencia fortaleció ostensiblemente el principio de la autonomía privada, la cual se encontraba rezagada por el intervencionismo regulatorio del Estado y las corrientes iuspublicistas del Derecho que aminoraban los derechos particulares y la iniciativa privada, en nombre del Estado social de derecho⁵⁴.

Sin embargo, es importante señalar que la Corte, en la misma sentencia, estableció que el ejercicio de la autonomía privada en las relaciones jurídico-privadas no es absoluta, y en razón de ello afirmó que:

“está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el *ius cogens*, las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, *verbi gratia*, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales”⁵⁵.

Por último, revisando detenidamente la sentencia objeto de análisis, es indudable que esta, en su acápite de consideraciones, acogió de forma implícita varios de los argumentos del equipo negociador de los Estados Unidos del TLC dirigidos a la modificación sustancial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Dentro de los argumentos por destacar del aludido equipo negociador, se aprecia el concerniente a la afirmación de que la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 no era acorde a la realidad de las relaciones contractuales

⁵³ Jaime Alberto ARRUBLA, *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, ob. cit., pp. 266 y ss.

⁵⁴ Néstor Humberto MARTÍNEZ, “Su majestad: la autonomía de la voluntad”, cit., p. 12.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, octubre 19 de 2011.

sino una imposición legislativa. En razón de lo anterior, el equipo negociador de los Estados Unidos señaló en su momento que dicha prestación se debería fijar de común acuerdo por las partes en el contrato de agencia comercial respectivo, y no mediante una fórmula determinada por el legislador⁵⁶.

Lo precedente fue acogido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la providencia objeto de estudio al señalar lo siguiente:

“La libertad contractual o autonomía privada dispositiva faculta a las partes disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, *orden público*, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles, sin existir escollo alguno para que *las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, disciplinen las prestaciones económicas derivadas del mismo, porque la ley no lo prohíbe, ni hay texto legal expreso in contrario. Nada obsta, verbi gratia, a las partes en ausencia de expreso precepto restrictivo, limitativo o prohibitivo disciplinar las prestaciones económicas consagradas por la ley, ni para acordar otras prestaciones adicionales a las legales dentro de los parámetros del justo equilibrio contractual. Aún más, no existiendo la norma jurídica consagratória de la prestación regulada en el inciso primero del artículo 1324, las partes podrían estipularla expressis verbis (accidentalia negotia), en términos idénticos, similares o análogos, pues su libertad contractual les permite con sujeción al ordenamiento disciplinar el contenido del acto, y en particular, el prestacional*”⁵⁷ (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, parece que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia efectuó por *vía judicial* los cambios acordados con el Gobierno de Estados Unidos de acuerdo con el texto definitivo y aprobado del TLC en lo atinente a la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, labor esta que se debe realizar por la *vía legislativa* de acuerdo con la Constitución Política en el artículo 150. Por otro lado, en principio se podría afirmar que el alcance de la sentencia del 19 de octubre de 2011 fue más allá de los compromisos asumidos por el Estado colombiano dentro del marco del TLC, porque este se limita a los negocios jurídicos de agencia mercantil que recaigan en la distribución de bienes comerciales mas no para servicios, en cambio, la citada providencia judicial, al no realizar distinción alguna, contemplaría ambas modalidades de agencia comercial.

Tal situación conlleva realizar una reflexión sobre el papel real que tienen los jueces al momento de interpretar aquellos conceptos ambiguos que figuran en el ordenamiento jurídico, como es el caso del *orden público*, y a su vez indagar si el juez ordinario, dentro de su marco de discrecionalidad, al realizar el ejercicio hermenéutico de establecer el alcance de conceptos amplios e indeterminados crea derecho⁵⁸ y, en razón de ello, asume el rol de colegislador.

⁵⁶ Adriana Lucía LÓPEZ ÁLVAREZ, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos”, cit., pp. 43-47.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, octubre 19 de 2011.

⁵⁸ Sobre este cuestionamiento ver Fabricio MANTILLA ESPINOSA, “Interpretar”: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde

5. REFLEXIÓN TEÓRICA DE LA SENTENCIA DEL 19 DE OCTUBRE DE 2011 PROFERIDA POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para abordar la problemática enunciada atrás es importante señalar que el tema concerniente a la renunciabilidad de la mal llamada *cesantía comercial* no constituyó la *ratio decidendi* de la sentencia objeto de estudio, por ende esta no tiene la calidad de precedente judicial⁵⁹. Sin embargo, en virtud del buen anclaje argumentativo y teórico desarrollado a lo largo de la providencia por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta tiene efectos persuasivos⁶⁰ ante los estudiosos del derecho, circunstancia esta que permite realizar reflexiones académicas como la desarrollada en el presente escrito.

Para iniciar tal reflexión se acudirá al pensamiento del profesor Duncan KENNEDY, gran autor de la corriente llamada Estudios Críticos del Derecho, emanada del realismo jurídico norteamericano, particularmente su reflexión de la *sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar* desarrollada en su obra *Libertad y restricción en la decisión judicial*⁶¹.

El autor señala que el juez, al momento de tomar una decisión, busca en primera instancia reproducir el deseo de llegar a una sentencia favorable a sus convicciones morales, políticas, económicas, entre otros, y lo que él cree que es justicia, de tal suerte que se configura una tensión entre ese “yo quiero” del juez y “la ley”⁶².

Complementando lo precedente, en la obra del profesor KENNEDY se aprecia que el juez, como todo ser humano, está permeado por aspectos ideológicos y políticos que pueden influir al momento de fallar sin que por ello, en principio, se esté contrariando a la ley⁶³, salvo que ingrese en un campo minado cuyo ámbito de manipulación de las normas sea reducido⁶⁴, es decir, “el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar”⁶⁵.

la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33 (2009), pp. 537-597.

⁵⁹ Rodrigo UPRIMNY, “¿Es precedente judicial la nueva teoría de la ‘cesantía comercial’ de la Corte Suprema?”, *Periódico Ámbito Jurídico*, marzo 14 de 2012, en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesantí\)/noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesantí\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesantí)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesantí).asp), fecha de consulta: julio 10 de 2012.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Cfr. Adriana Lucía LÓPEZ, cit. Han existido autores, anteriores al citado profesor norteamericano, que han tratado dicha temática, es el caso del profesor italiano Norberto BOBBIO en el año de 1965 al abordar la interpretación formal del Derecho con su obra titulada *El problema del positivismo jurídico*; y el profesor Chaim PERELMAN en el año de 1958 en su libro titulado *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, en la primera parte denominada “Los límites de la argumentación”, en el § 9 titulado “La deliberación con uno mismo”.

⁶² Duncan KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 97.

⁶³ Ibid., p. 105.

⁶⁴ Ibid., p. 157-159.

⁶⁵ Ibid., p. 107.

A partir de lo anterior se deriva que la discrecionalidad del juez se reduce a que este:

“primero emite[n] una respuesta al problema jurídico planteado atendiendo a muy diversos factores ‘políticos, económicos o hasta irracionales o inconscientes’ para luego tratar de proporcionarle a dicha solución (la sentencia a la que se quiere llegar) una base argumentativa sólida y para esto se recurre tanto a argumentos propios del ‘formalismo’ como del ‘antiformalismo’ o argumentos mixtos o nuevos”⁶⁶.

En el mismo sentido, el profesor Norberto BOBBIO, en la obra titulada *El problema del positivismo jurídico*, la cual es anterior al texto del profesor Duncan KENNEDY, realiza una reflexión de la interpretación formal del derecho dentro del contexto del juez perteneciente a la cultura jurídica del *civil law*, señalando que:

“ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el Derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas [...] Los juristas y los filósofos del Derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor”⁶⁷.

De acuerdo con dicha aseveración de la presencia de los juicios de valor en la interpretación que realiza el juez, el citado autor italiano expresa que:

“Como la elección de una u otra actitud [cuestiones lógico-lingüísticas (formales) o cuestiones de hecho (sustanciales)] puede influir el mérito de la decisión es probable que la elección misma del método esté condicionada por la apreciación favorable o desfavorable de las consecuencias de la decisión. El juez adoptará este o aquel método según pretenda obtener este o aquel resultado. Esto hace decir a menudo a los jueces que de hecho la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican. Sobre la jurisprudencia formalista y jurisprudencia de intereses puede decirse, [...] que ambas son legítimas según el fin que se quiera obtener; en general, la primera es ideológicamente más conservadora, la segunda más progresista”⁶⁸.

La descripción teórica expuesta con antelación, cuyo campo de aplicación no se limita a la cultura jurídica del *common law*, de acuerdo con los argumentos expuestos por Norberto BOBBIO, se podría adaptar al contexto jurídico colombiano. En esa medida, es viable tomar los elementos teóricos desarrollados por el profesor KENNEDY expuestos renglones atrás, para efectos del análisis del fallo objeto de estudio emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que *la sentencia a la que se quería llegar* por parte de la citada Corporación pareciera que se dirigía al cumplimiento de uno de los puntos que exigía el Gobierno de Estados Unidos para la suscripción del TLC con Colombia, tendiente

⁶⁶ Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS *et al.*, “Kennedy como pretor: una crítica desde los estudios críticos del derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías jurídicas dominantes en Colombia (formalismo-antiformalismo)”, en *Revista Universitas Estudiantes*, 4 (2007) p. 162, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/9Benitez.pdf, fecha de consulta: 28 de noviembre de 2011.

⁶⁷ Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, trad. Ernesto Garzón Valdés, 2004, p. 28.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 29.

a modificar de manera radical el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio que regula la mal llamada *cesantía comercial*.

Para lograr tal propósito, que no es objeto de reproche, la mencionada Corporación se basó en el estudio del concepto de *orden público*, desde dos concepciones: antiformalista y formalista.

Desde la primera perspectiva, la Corte retomó dentro de su labor hermenéutica el papel social dinamizador de la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho y, a su vez, sensible a la realidad social⁶⁹, todo ello en aras de fijar el alcance del aludido concepto, adaptándolo a la realidad comercial, donde los TLC tienen un impacto directo en las relaciones comerciales.

En virtud de lo anterior, la sentencia del 19 de octubre de 2011 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia varió la posición que tenía la citada Corporación en su jurisprudencia de más de treinta años⁷⁰, al modificar el alcance del concepto de *orden público* definiéndolo como “dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo”, ya que su connotación en la actualidad es muy distinta a la de la época en que se emitió el Código de Comercio por “los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico”.

Con respecto al papel que tiene la jurisprudencia como elemento dinamizador del Derecho y como medio idóneo para adaptar las normas a la realidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un fallo proferido en el año de 1968, trató tales aspectos señalando lo siguiente:

“En últimas, habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, *la jurisprudencia actualiza permanentemente el Derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales*”⁷¹ (énfasis agregado).

⁶⁹ Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2009, p. 271.

⁷⁰ “... no puedo evitar que mi decisión de cambiar la jurisprudencia se vea enredada en medio del campo de la ley y por lo tanto sujeta a la restricción típica del campo, consistente en que yo logre superar de manera convincente la brecha de la obiedad; de no lograrlo quedo expuesto a perder el poder de mi carisma y a sufrir la revocación de mi sentencia durante la apelación. Con todo, es un poder extra: aumenta mi libertad para hacer que la ley se ajuste a la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar más allá de lo que hubiera sido el caso de verme obligado a trabajar todo el tiempo en el primer orden de la aplicación de la norma o en el segundo de la conveniencia pública. [...] Con todo, el cambio de jurisprudencia no hace del juez una persona todopoderosa”; Duncan KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, ob. cit., pp. 156-157.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Fernando Hinestrosa Forero, mayo 17 de 1968.

De acuerdo con el mencionado pronunciamiento judicial se deduce que el juez, en sus sentencias, tiene el poder de definir las palabras de las formulaciones normativas, asumiendo el significado que normalmente se les da a ellas, o de manera excepcional, les atribuye un significado nuevo⁷². Tal problema semántico se presentó con la sentencia del 19 de octubre de 2011 emitida por la mencionada Corporación, pues esta avocó el estudio del concepto ambiguo de *orden público* para determinar la renunciabilidad de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, generando un cambio de postura arraigada por más de tres décadas en su jurisprudencia.

Desde la arista formalista, en la misma providencia objeto de análisis, la Corte hace la aclaración de que si bien es cierto la interpretación renovada que se hace del concepto de orden público permite la viabilidad de la renuncia de la *cesantía comercial*, dicha potestad en cabeza de las partes negociales tiene unos límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Sobre tales parámetros la aludida Corporación señala:

“No obstante, *la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho.* El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, *debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, verbi gratia, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales*”⁷³ (énfasis agregado).

A partir de lo anterior se concluye que en el fallo objeto de estudio, la Corte acude a argumentos de orden antiformalista y formalista para estructurar su decisión, circunstancia esta que permite afirmar que ambas perspectivas no son excluyentes sino que se complementan al momento de argumentar una decisión judicial.

En ese orden de ideas, se infiere que la providencia judicial del 19 de octubre de 2011 generó un impacto de orden económico⁷⁴, social y político, toda vez que a

⁷² Fabricio MANTILLA ESPINOSA, “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33 (2009), pp. 580.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia Ref.: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, octubre 19 de 2011.

⁷⁴ En el mismo sentido, Adriana ZAPATA, “Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia”, *Periódico ámbito jurídico*, marzo 14 de 2012, en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10\(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_)

partir de dicho pronunciamiento el Estado colombiano, *en principio*, cumplió con celeridad uno de los compromisos que adquirió con los Estados Unidos tendente a modificar la prestación el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, por ende, se podría afirmar que no se requerirá adelantar el trámite legislativo para dicho punto, pues por *vía judicial* se cumplió, *en principio*, con lo acordado en el TLC y con un alcance mayor, en razón a que, por un lado, los efectos del fallo cobijan a la agencia comercial destinada a la distribución de bienes y servicios y, por el otro, se acogió la tesis de quienes admitían la renunciabilidad de la mal llamada *cesantía comercial*.

No obstante lo anterior, la sentencia objeto de estudio, si bien es cierto tiene unos argumentos sólidos que persuaden a quienes estudian el contrato de agencia comercial, carece de fuerza vinculante en lo atinente a la renunciabilidad de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, toda vez que dicho punto no se constituyó en la *ratio decidendi* de la mencionada providencia, sino en un *obiter dicta*.

Dicha afirmación se funda en la reflexión rigurosa y oportuna que hizo el profesor Rodrigo UPRIMNY sobre el efecto vinculante del fallo judicial objeto de revisión al señalar que en este:

“La controversia no versó sobre la posibilidad que tenían o no las partes de modificar o excluir la cesantía comercial, por lo que no era necesario para la [Corte Suprema de Justicia] tocar ese punto para decidir el caso. Es posible suprimir de la sentencia todas las páginas dedicadas a sustentar la rectificación doctrinaria sobre la naturaleza dispositiva y no imperativa de la ‘cesantía comercial’, y en todo caso la parte resolutive sería idéntica: el demandante tenía derecho a esa prestación”⁷⁵.

De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, el profesor UPRIMNY concluye que:

“la importante rectificación doctrinaria de la [Corte Suprema de Justicia] sobre la ‘cesantía comercial’ no es en sentido estricto un precedente judicial, sino que configura un *obiter dictum*, que no es vinculante, pero que obviamente tiene una enorme fuerza persuasiva, pues proviene de una sólida argumentación contenida en una sentencia de la [Corte Suprema de Justicia]”⁷⁶ (énfasis agregado).

CONCLUSIONES

Para finalizar el presente documento se concluye que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con su sentencia del 19 de octubre de 2011, renovó la concepción que se tenía por más de tres décadas del contrato de agencia comer-

suprema_sobre_el_c)/noti-120314-10(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c).asp, fecha de consulta: julio 10 de 2012.

⁷⁵ Rodrigo UPRIMNY, “¿Es precedente judicial la nueva teoría de la ‘cesantía comercial’ de la Corte Suprema?”, cit.

⁷⁶ Idem.

cial como un tipo contractual que se inclinaba a favor del agente mercantil, lo cual no era consonante con el mercado globalizado que impera en el mundo actual.

Aunado a lo anterior, en virtud del citado pronunciamiento judicial, el principio de la autonomía privada, como fuente de derecho, y la institución del contrato, como fuente de obligaciones, tomaron un mayor impulso dentro del Derecho privado, y se reafirmó la presencia de la justicia conmutativa, donde las prestaciones en cabeza de cada una de las partes deben ser equilibradas y proporcionadas, más aún, cuando en la realidad comercial actual la regla general es que los contratos de agencia comercial son suscritos por partes que tienen la condición de profesionales en su actividad mercantil, en especial el agente que no es totalmente ajeno a la actividad de distribución de bienes y servicios⁷⁷.

Por otro lado, basados en el estudio de la idea de la *sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar* del profesor Duncan KENNEDY, se concluye que:

“el juez en la adjudicación judicial busca reproducir un deseo: el deseo de llegar a una sentencia políticamente favorable a sus convicciones [...], con relativa independencia del campo jurídico que se estudia y para lograr a ese fin recurre tanto a argumentos formalistas como antiformalistas (y argumentos mixtos) rompiendo ataduras y simples dualidades o escuelas (formalismo y antiformalismo entendidos como ideología son destruidos por la sentencia a la que se quiere llegar)”⁷⁸.

Como se explicó atrás, en la sentencia del 19 de octubre de 2011 se hace evidente la presencia de elementos tanto antiformalistas como formalistas en la argumentación que explica el alcance del concepto de *orden público*.

Con respecto a los efectos *persuasivos* —en términos del profesor UPRIMNY— que ocasionaría el aludido fallo judicial, se avizora que incentivará en cierta medida al uso del contrato de agencia comercial por los empresarios nacionales y extranjeros, el cual había sido condenado al ostracismo jurídico, en razón de los efectos que traía consigo la mal llamada *cesantía comercial*. Sin embargo, es prudente esperar las modificaciones que se lleguen a efectuar en el futuro por la autoridad competente en lo concerniente a la *cesantía comercial*, a la *indemnización equitativa* del inciso segundo del artículo 1324, y a la *exclusividad a favor del agente* según el artículo 1318 del Código de Comercio.

La posición actual de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirma la concepción de que el jurista no puede hacer caso omiso del vínculo estrecho que existe entre los contratos mercantiles y la globalización, en especial la necesidad que surge entre las partes interesadas de adaptar los contratos y la interpretación de sus normas a esa realidad globalizada, pues de lo contrario:

⁷⁷ José Vicente HURTADO, “Aspectos Generales del Contrato de Agencia Comercial en Colombia”, cit., p. 322, quien cita a Juan José ÁNGULO MARTÍNEZ, “La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia: barrera para el comercio transfronterizo”, cit., p. 23.

⁷⁸ Vicente F. BENÍTEZ ROJAS, “Kennedy como pretor...”, cit., pp. 158-159.

“... al prevalecer la ley nacional sobre el uso dentro de la jerarquía de fuentes, porque la ley asume por su propia definición el predominio sobre las demás fuentes, el Derecho mercantil deja de ser internacional y cosmopolita. Esto trae una consecuencia grave: la consecuencia del nacionalismo del Derecho mercantil y, a través del nacionalismo, la preponderancia de los países superindustrializados, es decir, de los países económicamente poderosos, en las transacciones con los países en estado de desarrollo. Son aquellos países los que formulan los contratos y las cláusulas generales, los que imponen los contratos dictados y los contratos tipo. Con ello queda destruida la equidad entre las relaciones comerciales internacionales”⁷⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO MARTÍNEZ, Juan José, “La excesiva onerosidad del contrato de agencia mercantil en Colombia: barrera para el comercio transfronterizo”, en AA. VV., *Estudios de derecho privado, Liber amicorum* en homenaje a César Gómez Estrada, vol. 1, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, vol. 1, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2008.
- BIANCA, Massimo, *Derecho civil. 3. El contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BENÍTEZ ROJAS, Vicente Fabián *et al.*, “Kennedy como pretor: una crítica desde los estudios críticos del derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías jurídicas dominantes en Colombia (formalismo-antiformalismo)”, en *Revista Universitas Estudiantes* 4 (2007).
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, trad. Ernesto Garzón Valdés, 2004.
- BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, vol. 1, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004.
- CÁRDENAS, Juan Pablo, *El contrato de Agencia Mercantil*, Bogotá, Temis, 1984.
- CORTÉS, Édgar, “Fluidez y certeza del derecho ¿hacia un sistema abierto de fuentes?”, en Gonzalo RAMÍREZ CLEVES (ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁷⁹ Fabián LÓPEZ-GUZMÁN *et al.*, “La unificación del régimen jurídico de la formación del contrato de compraventa en Colombia”, en *Revista Universitas* 118: 81-114 (2009), p. 87, disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/03-Launificacion_000.pdf, fecha de consulta: 16 de julio de 2011, quienes citan al profesor Joaquín GARRIGUES, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 338.

ESCOBAR SANÍN, Gabriel, *Negocios civiles y comerciales. I, Negocios de sustitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.

GÓMEZ MASERI, Sergio, “Aprobado el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos”, *Periódico Portafolio. Co.* (octubre 12 de 2011). Disponible en <http://www.portafolio.co/negocios/aprobado-el-tratado-libre-comercio-estados-unidos>, fecha de consulta: octubre 12 de 2011.

HINESTROSA FORERO, Fernando, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

HINESTROSA FORERO, Fernando, *Tratado de Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

HURTADO PALOMINO, José Vicente, “Aspectos generales del contrato de agencia comercial en Colombia”, en *Memorias de 2do Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual*, Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, 2010.

KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

KLEIN VIEIRA, Luciane, “El *Orden público* Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Integración Regional, 2008. Disponible en <http://www.caei.com.ar/es/programas/integracion/42.pdf>, fecha de consulta: 27 de noviembre de 2011.

LÓPEZ ÁLVAREZ, Adriana Lucía, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos”, en *REVIST@ e – Mercatoria 10-1* (2011).

LÓPEZ-GUZMÁN, Fabián *et al.*, “La unificación del régimen jurídico de la formación del contrato de compraventa en Colombia”, en *Revista Vniversitas* 118 (2009), pp. 81-114.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Universidad de los Andes, 2009.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, “‘Interpretar’: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33 (2009).

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, “Su majestad: la autonomía de la voluntad”, en *Ámbito Jurídico*, 14 al 27 de noviembre de 2011.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, en *Revista electrónica Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, 2 (2007).

PAJARO MORENO, Nicolás, “El contrato y sus principios orientadores”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), *Derecho de las Obligaciones*, vol. 1, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2009.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Biblioteca Románica Hispánica, Gredos, trad. Julia Sevilla Muñoz, 1989.

ROLDÁN PARDO, Juan Felipe, “El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional”, en *Revista de Derecho Privado* 44 (2010).

SUESCÚN MELO, Jorge, “Nuevos desarrollos respecto de la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial”, en *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, vol. 1, Bogotá, Legis, 2005.

TORRES JIMÉNEZ, Ana María, “Inexistencia de la agencia mercantil en la comercialización de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones entregados en concesión por el Estado”, en *Revista de Derecho Privado* 43 (2010).

UPRIMNY, Rodrigo “¿Es precedente judicial la nueva teoría de la ‘cesantía comercial’ de la Corte Suprema?”, *Periódico Ámbito Jurídico*, marzo 14 de 2012. Disponible en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesant”\)/noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesant”\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesant”)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_“cesant”).asp), fecha de consulta: Julio 10 de 2012.

VALLEJO GARCÍA, Felipe, *El contrato de Agencia Comercial*, Bogotá, Legis, 1999.

ZAPATA, Adriana, “Implicaciones económicas del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el contrato de agencia”, *Periódico Ámbito Jurídico*, marzo 14 de 2012. Disponible en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10\(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c\)/noti-120314-10\(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-10(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c)/noti-120314-10(implicaciones_economicas_del_cambio_de_jurisprudencia_de_la_corte_suprema_sobre_el_c).asp), fecha de consulta: Julio 10 de 2012.

Jurisprudencia

Código Civil, Ley 57 de 1887. Abril 25 de 1887. Colombia.

Código de Comercio. Decreto Extraordinario 410 de 1971. Junio 16 de 1971. Colombia.

Corte Constitucional, sentencia C-750, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, julio 24 de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, M. P. Germán Gerardo Zuluaga, diciembre 2 de 1980.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, julio 2 de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 5817, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, octubre 22 de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 7504, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, febrero 28 de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 6892 01, M. P. Jorge Santos Ballesteros, marzo 18 de 2003.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 3894, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, julio 19 de 1994.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 3626, M. P. Nicolás Bechara Simancas, febrero 29 de 1996.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Exp. No. 11001-0203-000-2001-0190-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla, agosto 6 de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia Ref. Expediente No. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P. William Namén Vargas, octubre 19 de 2011.