



## Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

### Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

hacer un uso comercial de esta obra



### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

## **El contrato de agencia comercial como contrato modelo de la Cámara de Comercio Internacional vs. el Arbitraje Internacional en Colombia**

### **The commercial agency contract as a model contract of the International Chamber of Commerce vs. International Arbitration in Colombia**

**Jhorman Stiven Romero Barrera<sup>1</sup>**

#### **Resumen**

El presente artículo de investigación tiene como objetivo principal determinar las implicaciones jurídicas del arbitraje internacional respecto del contrato de agencia internacional, en razón a que se presentan dos posturas opuestas al momento de resolver un conflicto que se genera en esta clase de contrato mercantil, por lo que se plantea el siguiente problema jurídico ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas del arbitraje internacional respecto del contrato de agencia mercantil en Colombia?

Para dar solución al problema jurídico, se definirán conceptos generales relacionados con el arbitraje internacional, así como los órganos competentes para su práctica, posteriormente, se analizará el contrato internacional de agencia comercial, colocando de presente los conflictos generados por la interpretación de la normatividad sobre agencia comercial internacional en el Código de Comercio colombiano, para finalmente exponer las dos tesis yuxtapuestas en torno a las implicaciones jurídicas del arbitraje internacional en el contrato de agencia comercial.

**Palabras Clave:** Arbitraje Internacional; Contrato de Agencia Comercial; Cámara de Comercio Internacional; Corte Internacional de Arbitraje, Estatuto Arbitral.

---

<sup>1</sup> Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil 2110693 y correo electrónico: jsromero93@ucatolica.edu.co

## **Abstract**

The main objective of this investigation article is to determine the legal implications of international arbitration with respect to the international agency contract, because there are two opposing positions when resolving a conflict that is generated in this kind of commercial contract, by What is the following legal problem? What are the legal implications of international arbitration regarding the commercial agency contract in Colombia?

To solve the legal problem, general concepts related to international arbitration will be defined, as well as the competent bodies for its practice, subsequently, the international commercial agency contract will be analyzed, placing in mind the conflicts generated by the interpretation of the regulations on international commercial agency in the Colombian Commercial Code, to finally expose the two theses juxtaposed around the legal implications of international arbitration in the commercial agency contract.

**Keywords:** International arbitration; Commercial Agency Contract; Chamber of international trade; International Court of Arbitration, Arbitration Statute.

## **Sumario**

Introducción. 1. Cámara de Comercio Internacional y Arbitraje Internacional. 1.1 Cámara de Comercio Internacional. 1.2. Concepto de Arbitraje Internacional. 1.3. Corte Internacional de Arbitraje. 2. Contrato Internacional de Agencia Comercial 2.1. Definición de contrato de agencia comercial. 2.2. Agencia Comercial como Contrato Modelo de la Cámara de Comercio Internacional. 2.3. Cláusulas del contrato de agencia comercial en la ley colombiana. 3. Posiciones respecto a la solución del problema conflictual de normas 3.1. A favor de la aplicación de cláusulas de arbitraje internacional. 3.2. A favor de aplicación de las leyes sustantivas del Código de Comercio colombiano y su categorización como normas de orden público. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

## **Introducción**

En el giro ordinario de los negocios de los comerciantes, es posible evidenciar que se celebren ciertos negocios jurídicos sin el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la ley, esto, con el fin de maximizar la utilidad recibida como contraprestación de la venta del bien o servicio. Asimismo, debido a la posición de poder que ostentan en la sociedad, suelen omitir algunas disposiciones de la ley comercial, así como sacar provecho de todas las relaciones comerciales que realizan con proveedores, clientes, agentes, entre otros. En el caso concreto, se procederá a analizar el contrato de agencia comercial catalogado como una manifestación expresa o tácita de la voluntad, en la que una persona propone a otra u otras, la realización de una actividad bajo ciertas condiciones (Chaves, 2016), caracterizado como un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, celebrado entre un agente y un agenciado, con el objeto de que el primero preste sus servicios de representación y distribución de un bien o producto en un territorio determinado al que el agenciado le es casi imposible acceder, teniendo como fin hacer expansivo, ya sea a nivel nacional o internacional, su objeto de negocio.

El contrato de agencia comercial puede tener dos dimensiones, por un lado, ser nacional y celebrarse dentro del territorio colombiano, y por otro lado, un contrato internacional celebrado entre un sujeto privado perteneciente a un Estado con otro sujeto privado que pertenece a otro país, que por lo general, está clausulado bajo el Contrato Modelo de la Cámara de Comercio Internacional, tal y como se evidenciará posteriormente. El Contrato Modelo de agencia comercial realizado por la Cámara de Comercio Internacional, se utiliza generalmente para organizar la distribución de mercancía en un país extranjero, contempla dentro del mismo, factores como las ventas por Internet e indemnizaciones, “fue creado a partir de los principios fundamentales de la contratación internacional, para facilitar las relaciones surgidas de un acuerdo transnacional” (Camacho, 2008, p.63).

La regulación de esta clase de contrato, está en el artículo 1324 del Código de Comercio, el cual establece dos prestaciones para el agente, la primera, una cesantía comercial como suma pagadera al agente ante la terminación por cualquier causa del contrato, y la segunda, la indemnización equitativa, que es una compensación en caso de terminación unilateral e injustificada del contrato.

Ahora bien, en lo que respecta al arbitraje internacional, que es la otra figura jurídica que se abordará con posterioridad, es definida un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que suele ser manejado en el campo de los negocios mercantiles a nivel nacional e internacional (Arrubla, 2012), cumple con los principios de celeridad procesal, pues basta con pactar una cláusula compromisoria en los contratos para determinar que un Tribunal de Arbitramento resolverá cualquier conflicto que se suscite entre las partes, que en la mayoría de los casos, son personas jurídicas o comerciantes, pues resulta ser una justicia onerosa. El Tribunal de Arbitramento se dedica a proferir laudos arbitrales, sus efectos son extensivos a las partes y tienen los mismos efectos que una sentencia proferida por un juez, debe ser de obligatorio cumplimiento y presta mérito ejecutivo en caso de incumplimiento.

Uno de los contratos mercantiles en los cuales se puede pactar una cláusula compromisoria para que los conflictos deban ser resueltos por un Tribunal de Arbitramento, es el contrato de agencia internacional, el cual, en virtud del objeto del Derecho Comercial de lograr las finalidades de los comerciantes y sus empresas (Cardozo, 2018, p.18) ha sido regulado normativamente por el ordenamiento jurídico colombiano, y que además a nivel internacional, cuando entre productores con diferente domicilio, celebran un contrato de agencia, esta normatividad prima sobre las demás, teniendo ciertas reglas exclusivas que a todas luces de la ley, no pueden ser modificadas por acuerdo de las partes.

Debe tenerse en cuenta que las agencias a las cuales se aplica la legislación colombiana son aquellas que se ejecutan en Colombia, sin importar el lugar donde se haya celebrado el contrato, se trata también de una norma que protege el orden público interno colombiano, por ello, el pacto en contrario se considera ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial, esto también hace referencia tanto a normas sustanciales como procesales, pues el texto de la norma no hace diferencia de ninguna clase. Así, en los contratos de agencia, no es legalmente posible diferir la solución de controversias a centros de arbitraje internacional, que actúan conforme a sus propias normas de procedimiento.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, que contempla el nuevo régimen para el proceso arbitral nacional e internacional, ha surgido para algunos juristas inquietos la reflexión de hasta dónde pudo haber quedado modificada la

exigencia del artículo 1328 de Código de Comercio Colombiano que ordena la sujeción a la ley colombiana para los contratos de agencia comercial que se ejecutan en el territorio patrio.

El artículo 101 de la mencionada ley, relativo al arbitraje internacional, señala como normas aplicables al fondo del litigio, las que hayan sido elegidas por las partes. Indiscutiblemente se trata de una ley posterior; sin embargo, no deroga el artículo 1328 del Código de Comercio; por tratarse de una norma de orden público interno y especial para la agencia mercantil, que no ha sido objeto de derogatoria expresa. La ley de arbitraje tenía por objeto modificar el procedimiento arbitral, no el contrato de agencia mercantil y mucho menos las consideraciones de orden público interno que en materia de derecho sustancial, se hicieron en el Código de Comercio en relación con la agencia mercantil. Por lo anterior, es procedente plantear el siguiente problema de investigación ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas del arbitraje internacional respecto del contrato de agencia mercantil en Colombia?

Para dar solución a este problema jurídico, se deben traer a colación dos posiciones, la primera de ellas que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil que indica que todas las normas de la agencia comercial deben entenderse de orden público y que cualquier estipulación en contra, puede acarrear una nulidad absoluta por la vulneración de norma imperativa o por contener una causa ilícita. Por otro lado, existe otra posición de varios doctrinantes, argumentando que las prestaciones incluidas en el contrato de agencia, no deben contemplarse de orden público, en el mismo sentido, expresa que los jueces colombianos no tienen jurisdicción cuando existe un pacto de arbitraje internacional, es decir, deben respetar lo pactado por las partes prevaleciendo de esta manera el principio de libre autonomía de la voluntad, así como el respeto por la justicia especial a la que decidieron acceder las partes. Para lo anterior, se traerán a colación las instituciones internacionales relacionadas con estos conceptos jurídicos, tales como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje, así como presentar al lector el concepto de agencia mercantil y de arbitraje internacional, posteriormente, se abordarán las diferentes cláusulas que existen en el contrato de agencia mercantil colombiano, como abre bocas para presentar las posiciones que desarrollan el problema jurídico planteado, por un lado, la que está a favor del arbitraje internacional, y por el otro, las que respaldan la categorización de

normas de orden público de las cláusulas contempladas en la ley colombiana en relación con el contrato de agencia comercial.

## **1. Cámara de Comercio Internacional y Arbitraje Internacional**

En primer lugar, el origen de la Cámara de Comercio Internacional se debe principalmente al impulso que tuvo el comercio históricamente, la Primera Guerra Mundial generó la percepción de que el comercio era una fuerza poderosa en la defensa de la paz entre los países y la prosperidad general, aumentando los factores económicos de cada Estado. La Cámara de Comercio Internacional fue fundada en 1919, agrupa cámaras de comercio, asociaciones empresariales, de 90 países, su sede radica en París, tiene dos órganos de gobierno, por un lado, la Asamblea General que la integran todos los socios del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, y por una Junta Directiva, conformado por miembros elegidos por la Asamblea, y su mandato tiene una duración de seis años, se encargan de elegir un Presidente por un periodo de cuatro años.

### **1.1. Cámara de Comercio Internacional**

La Cámara de Comercio Internacional conocida por sus siglas en inglés ICC, es una organización mundial de carácter mercantil, sus objetivos principales son promover el comercio, la inversión internacional, las políticas y medidas dirigidas a facilitar la operación internacional de las empresas, “fomenta la economía de mercado, que es esencial para el desarrollo y eficiencia de los mercados internacionales” (Cantero, 2015, p. 11).

La Cámara de Comercio se categoriza como una entidad consultiva de primer orden ante las Naciones Unidas, y tiene una relación directa con otras organizaciones internacionales, como la Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (Cámara de Comercio Internacional, 2007).

Dentro de las funciones de la Cámara de Comercio Internacional se encuentra la elaboración de normas y formulación de políticas que faciliten las transacciones comerciales internacionales, resolución de controversias, mantenimiento de Federación

Mundial de Cámaras y del Instituto de Derecho Mercantil Internacional, y la prevención de delitos comerciales y fraudes (Cámara de Comercio Internacional, 2013), también le es dado la creación de reglas Incoterms que definen las responsabilidades de las empresas compradoras y vendedoras en la entrega de mercancías en virtud del contrato de compraventa internacional, las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, modelos de Contrato de la CCI, Guía del Comercio Internacional y reglas de la CCI para combatir la corrupción.

La Cámara de Comercio Internacional está compuesta principalmente por dos órganos de gobierno, por un lado, la Asamblea General la cual la integran todos los socios del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, esto es, Cámaras de Comercio, asociaciones empresariales y profesionales; por otro lado, se encuentra la Junta Directa en la que sus miembros son elegidos por la Asamblea General de entre los miembros anteriormente enunciados, el mandato de dichos miembros es de seis años.

## **1.2. Concepto de Arbitraje Internacional**

En términos generales, el arbitraje tiene su origen en la época romana cuando el pater familias era el encargado de dirimir y llegar a una especie de conciliación de los problemas que surgieran entre individuos de la sociedad (Villalba & Moscoso, 2008), pues se estimaba al pater familias como un sujeto que actuaba con la debida prudencia y diligencia en sus relaciones sociales y económicas, por lo que se consideraba como un buen hombre de negocios, precepto que se tiene actualmente en cuenta en las disposiciones normativas vigentes; pero para el asunto en cuestión, lo que resulta relevante es el arbitraje comercial internacional, que tiene su origen en los cambios sociales, culturales, económicos que han surgido en el mundo moderno entre los siglos XIX y XX, ya que se considera que gracias al desarrollo de los “medios de comunicación y transporte, el avance de la ciencia y la tecnología” (Ibídem, p. 151), el comercio internacional se posicionó como una de las figuras que promueve la economía mundial actual.

En el mismo sentido, bajo el principio de cooperación internacional y las relaciones estatales que surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, aparecen organizaciones con la finalidad de regular varios aspectos internacionales de los Estados, es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho



Mercantil Internacional (en inglés UNCITRAL) y la Organización Mundial de Comercio (OMC) teniendo como objeto crear preceptos que normativicen las actividades económicas internacionales, como también instituciones de carácter privado, como es la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 1919, la cual “ha promovido la consolidación del arbitraje internacional y la formación de una serie de principios y prácticas inherentes a esta figura desarrollados por la justicia arbitral” (Ibídem), es así como se expresa que el origen de este concepto es completamente institucional, en relación a la necesidad de regular de manera pacífica las controversias que surgieran en relación a los actos económicos entre sujetos que ejercieran el comercio exterior.

Para el uso correcto de esta figura, se hace alusión a los instrumentos internacionales como fuente formal del Derecho Internacional Privado que han influido de alguna u otra manera al desarrollo y aplicación del Arbitraje Comercial Internacional, a continuación se enuncia esta normatividad de acuerdo a la UNCITRAL:

La UNCITRAL en relación al arbitraje comercial internacional ha proferido lo siguiente:

- Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976
- Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL de 1982.
- Ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985.
- Notas de la UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral de 1996.

De igual manera, la Convención de Nueva York de 1958, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada por 159 estados parte, entre ellos Colombia y tratados internacionales que regulan el arbitraje internacional en materias específicas como es el caso de la Convención de Washington de 1965 “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”.

La naturaleza jurídica del Arbitraje Comercial Internacional es la de ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos ya que pretende solucionar las controversias que surjan fuera de la jurisdicción para reducir los costos y el desgaste que ello conlleva (Silva, 1994). Es definido como un “método por el cual las partes

convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para ese fin con el objeto de que sea resuelta conforme a las normas que las partes especifiquen mediante normas de derecho internacional” (Rodríguez, 1999, p. 51).

Ahora bien, para determinar si un arbitraje es internacional existen cláusulas tanto nacionales (normatividad colombiana) como internacionales como la Ley Modelo de la UNCITRAL. En relación al ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 1563 de 2012 que desarrolla todo lo concerniente en materia de arbitraje, establece en su artículo 62 los requisitos para clasificarlo como tal, los cuales se pueden concurrir en conjunción, pues se tendrá en cuenta y será válido si así lo pactaron las partes o también puede configurarse cualquiera de las siguientes situaciones:

- a. Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes, o
- b. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o
- c. La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

De cualquier modo, este arbitraje siempre requerirá un elemento extranjero que puede traducirse en un domicilio, el lugar de cumplimiento del objeto contractual, el lugar de arbitraje que requerirá la mención que especifique que se trata de un arbitraje internacional y que se haya establecido que el lugar donde funcionará el tribunal de arbitramento sea un domicilio diferente al de las partes (Gil, 1999).

Por otro lado, la Ley Modelo de la UNCITRAL, Artículo 2, agrega otros elementos para considerar o clasificar a un arbitraje como internacional, estos son:

- a) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
  - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

b) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Por lo que a diferencia de las cláusulas nacionales, esta normativa internacional le da primacía a la autonomía de la voluntad de las partes, pues siempre tendrá en cuenta lo pactado por ellas, toda vez que son los que tomaron la decisión de acceder a esta clase de jurisdicción especializada para resolver alguna controversia en concreto. En lo que respecta a su importancia y fuerza vinculante, lo decidido por el Tribunal de Arbitramento se verá reflejado en un pronunciamiento denominado laudo arbitral

se adopta por parte del tribunal luego de agotado todo el trámite arbitral, el fallo que se profiere equivale a una verdadera sentencia, por lo cual sus efectos serán equivalentes a los que se producen por esta, pues resuelven las pretensiones y las excepciones perentorias o de fondo (Peláez, 2018, p.271).

### **1.3. ¿Qué es la Corte Internacional de Arbitraje?**

La Corte Internacional de Arbitraje tiene su origen en el año 1923, es una institución arbitral que ha sido pionera en fomentar el arbitraje como método preferido para resolver las controversias transfronterizas, garantiza el buen desarrollo de los casos y asegura que los laudos arbitrales sean susceptibles de ejecución (Cantero, 2015). Es un órgano independiente de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, encargada de administrar la resolución de controversias por tribunales arbitrales, más no resuelve por sí misma las controversias (Cámara de Comercio Internacional, 2013).

Actualmente tiene más de cien miembros alrededor del mundo, a su vez se integra por un presidente y vicepresidentes que son elegidos por el Consejo Mundial de la Cámara de Comercio Internacional por un periodo de tres años, la Corte Internacional de Arbitraje tiene la posibilidad de contar con la experiencia de distinguidos juristas expertos, determinar si hay un acuerdo de arbitraje, decidir sobre el número de árbitros, determinar el lugar y duración del arbitraje, examinar los laudos arbitrales y determinar los costos y honorarios de los árbitros, sin embargo, es una institución que tiene más funciones administrativas, de inspección y vigilancia, que jurisdiccionales, pues en sus

facultades no le es dado investirse del poder judicial que tienen los árbitros para proferir un fallo, sino que más bien, es el ente rector en materia de arbitraje para decidir la composición y la administración de los Tribunales de Arbitramento.

## **2. Contrato Internacional de Agencia**

El origen del contrato de agencia mercantil, remonta al siglo XIX, momento histórico en el que el comercio estaba en auge y existía la necesidad por parte de los comerciantes de ampliar su radio de acción, es decir, de poder vender sus mercancías en diversos lugares; por cuestiones de economía y con el fin de generar más utilidades para el comerciante, se tornaba imposible que pudiera tener bajo su mando trabajadores con un contrato laboral y con el pago de las prestaciones que el mismo conlleva, por lo que surgió la necesidad de “la figura de un comerciante autónomo, que sirva de puente entre el empresario y ese mercado” (Arrubla, 2012, p. 221), fungiendo como un colaborador independiente, el cual recibiría una contraprestación a su servicio, dependiendo las utilidades de cada una de las gestiones realizadas.

### **2.1. Definición de contrato de agencia comercial**

Los contratos son catalogados como mercantiles, cuando “una de las partes que lo celebra es un empresario o comerciante que realiza actos de comercio en forma habitual teniendo como finalidad la producción en masa” (Lozada, 2016, p. 12). En el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato de agencia comercial es un contrato mercantil que se encuentra contemplado en el Código de Comercio artículos 1317 al 1331, y se define como:

por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona preferida en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno varios de los productos del mismo (...) (Código de Comercio, Art. 1317).

Lo anterior conduce a deducir que el contrato de agencia posee tres elementos esenciales, el primero de ellos hace referencia a un encargo del agente de promover o

explotar negocios, el actuar del agente por cuenta del empresario, el agente realiza una gestión en un espacio determinado, y la independencia del agente y estabilidad del encargo (Tribunal de Arbitramento de Ideas Celular Colombia S.A. vs. Bellsouth Colombia S.A., 2002).

De acuerdo a la clasificación del negocio jurídico, el contrato de agencia mercantil se identifica por ser bilateral, en razón a que tanto el agente y el agenciado adquieren derechos y contraen obligaciones, el primero a promover o explotar los negocios del agenciado cumpliendo el encargo, y el segundo, a pagar la remuneración que merezca el agente por su gestión. Otra de las características innatas del contrato es que es oneroso y por ende conmutativo, esto, por “la utilidad que reciben cada una de las partes, y porque una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez” (Código Civil, Art. 1498).

Es principal, porque su existencia no se deriva de ningún otro contrato (Ibídem, Art. 1499), es consensual, al perfeccionarse por el acuerdo entre las partes, es de tracto sucesivo porque la labor del agente se ejecuta en forma continuada, por lo general, las partes suscriben el contrato para que se realice de manera periódica, en la práctica, es posible que el agente represente al agenciado una vez por semana, o en ocasiones, una vez cada dos semanas, lo cual desvirtúa que pudiera ser de ejecución instantánea pues como se evidenciará más adelante, le sería dado pagar al agenciado las prestaciones económicas estipuladas por el Código de Comercio, como la cesantía mercantil, cada vez que contrata un agenciado, generando pérdidas y gastos para el empresario.

. Actualmente, es un contrato nominado, contrario sensu de lo que sucedía con el anterior Código de Comercio colombiano, pues en el artículo 20 se mencionaba que la agencia era un acto de comercio, pero como contrato carecía de regulación legal, no obstante, a partir del nuevo estatuto mercantil, está regulado legislativamente por los art. 1317 y siguientes (Morales, 1998).

El contrato de agencia mercantil se caracteriza por ser celebrado entre empresarios mercantiles, pues a pesar de que el agente reciba ciertas instrucciones, por ningún motivo se entenderá que existe subordinación ejercida por el comerciante, dichas instrucciones se acoplarán a un concepto de encargo que realiza un comerciante a un

empresario autónomo, que en este caso, es el agente (Arrubla, 2012). También se distingue por ser un contrato de duración, pues otorga cierta estabilidad al agente, se diferencia de figuras contractuales como la comisión y el corretaje, en razón a que “en el caso del agente, cada acto de mediación es cumplimiento de una obligación única nacida del contrato de agencia; mientras que en el caso del mediador cada acto de mediación representa el cumplimiento de una obligación nueva” (Garrigues, 1976, p. 537). No obstante, presenta similitudes con el contrato de mandato, en lo que concierne a que una parte confíe la gestión de un negocio a otra parte, ejerciendo una representación ante terceros con un objeto o fin específico, tratándose de promover y explotar de negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional, pues es la actividad principal del agente.

## **2.2. Agencia Comercial como Contrato Modelo de la Cámara de Comercio**

La agencia comercial internacional hasta la fecha, no ha podido ser susceptible de una regulación uniforme por parte de cada país, presentando diferencias en relación a los elementos esenciales del contrato de agencia dependiendo el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados; para lo anterior, es procedente que se adopten mecanismos internacionales por parte de organismos que tenga como función regular el comercio internacional, con el fin de que los sujetos privados de diferentes Estados, lleguen a un acuerdo en la forma en que se celebra y se ejecuta el contrato de agencia internacional (Salazar, 2014), teniendo cláusulas contractuales que sean comunes para las partes.

Entre las funciones de la Cámara de Comercio Internacional que se expusieron con antelación, le es dada la creación de instrumentos que facilitan las inversiones y el comercio internacional, de igual manera, elabora modelos sencillos de diversos tipos de contratos, como por ejemplo el de compraventa internacional de mercaderías, distribución, fusiones y adquisiciones internacionales, concesión de venta, agencia internacional, entre otros, que evitan controversias entre las partes (Cantero, 2016) y promueven la uniformidad de ordenamientos jurídicos para la celebración de negocios en un marco de cláusulas comunes.

El Contrato Modelo de agencia comercial realizado por la Cámara de Comercio Internacional, se utiliza generalmente para organizar la distribución de mercancía en un

país extranjero, contempla dentro del mismo, factores como las ventas por Internet e indemnizaciones, este modelo de contrato “fue creado a partir de los principios fundamentales de la contratación internacional, para facilitar las relaciones surgidas de un acuerdo transnacional” (Camacho, 2008, p.63). Este instrumento es de fácil acceso por parte de aquellos que quieran suscribir dicho contrato, la minuta que contempla los términos y cláusulas generales se encuentran en la misma página web de esta institución internacional, por lo que las partes verificarán si desean realizar modificación alguna y a su vez, llenarán el contrato con los datos específicos requeridos para el cumplimiento de los elementos esenciales y naturales de todo contrato mercantil, tales como la voluntad libre de vicios, capacidad plena, objeto y causa lícitos, teniendo la facilidad de incorporar cláusulas accesorias catalogadas como elementos accidentales del contrato.

### **2.3. Cláusulas del contrato de agencia comercial en la ley colombiana**

Tal y como se evidenció anteriormente, el contrato de agencia se encuentra regulado dentro del Capítulo V del Título XII del Libro Cuarto del Código de Comercio, y definido expresamente en el artículo 1317. En el mismo capítulo, acompañan al contrato de agencia cláusulas como la exclusividad a favor del agente y agenciado, las obligaciones de las partes, que para el agente es el cumplimiento del encargo y rendición del informe al empresario, y por otro lado, por parte del agenciado, la obligación de remunerar al agente por el cumplimiento del objeto del contrato, obligaciones que son extensivas hasta la liquidación del documento en cuestión, imponiendo la carga de pagar una suma de dinero al agente al momento de finiquitar la relación comercial.

Posteriormente, la ley comercial colombiana también regula la terminación del contrato, causas que son asimilables a la terminación del contrato de mandato, esta cláusula contemplada en el artículo 1324 le impone una obligación al empresario para que pague una suma de dinero al agente en los siguientes términos:

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 (...) (Código de Comercio, Art. 1324).

A su vez, el artículo 1328 del Código de Comercio, es aquel que genera controversia y es objeto principal del presente artículo de investigación, toda vez que indica lo siguiente:

**Art. 1328.** Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas.

Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

El último inciso del anterior artículo hace plantear el problema jurídico del presente artículo de investigación, enfrentando dos posiciones importantes, por un lado, el considerarse esta norma de orden público que no acepta estipulación en contrario, y por otro lado, la autonomía de la voluntad de las partes, cuando el agente y agenciado celebren un contrato de agencia mercantil con la modificación de algunas de sus cláusulas contractuales, pero sin alterar su naturaleza, en el que incluyan una cláusula compromisoria y le sea dado al arbitraje internacional resolver cualquier controversia que surja del mismo, pudiéndose catalogar este problema como un conflicto sustancial, en relación a la normatividad del Código de Comercio; y un conflicto procedimental, en razón al procedimiento del arbitraje y los efectos de este mecanismo de resolución de conflictos en los casos concretos. Por lo cual se hace sumamente necesario determinar cuál de las dos posiciones prevalece y cuáles son los argumentos jurídicos para defender cada una de ellas, tal y como se expondrá a continuación.

### **3. Posiciones respecto a la solución del problema conflictual de normas**

Ahora bien, es preciso presentar el problema jurídico en lo que tiene que ver con el artículo 1328 del Código de Comercio respecto a la sujeción a la ley colombiana, cuando un contrato de agencia es ejecutado más no celebrado en territorio colombiano. El problema se suscita cuando por ejemplo, en un contrato internacional de agencia mercantil que es ejecutado en Colombia, se pactan ciertas cláusulas entre agente y agenciado, verbigracia, en la que el agenciado no tendrá que pagar ninguna suma de dinero por concepto de cesantía mercantil al agente al momento en que se termine la relación comercial, y a su vez, en este contrato de agencia, se pacta una cláusula



compromisoria en la que cualquier controversia será resuelta por un tribunal de arbitraje internacional, resulta menester determinar sí en efecto, se debe dar aplicación a lo estipulado en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a que la cláusula que contravenga cualquier disposición del contrato de agencia mercantil, debe entenderse como no escrita, o sí por el contrario, el tribunal de arbitraje solucionará las controversias conforme a lo pactado por las partes en el contrato de agencia mercantil, muy a pesar de que no sea uniforme con el artículo 1328 del Código de Comercio colombiano.

A continuación, se presentarán varias posiciones de doctrinantes, entes administrativos y jurisprudencia de Altas Cortes que plantean argumentos sumamente válidos que respaldan las dos posiciones anteriormente presentadas.

### **3.1. A favor de la aplicación de cláusulas de arbitraje internacional**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que Colombia ratificó la Convención de Nueva York de 1958, considerado como un instrumento que “propende a la eficacia del arbitraje comercial internacional, al contener disposiciones normativas llamadas a proteger, dentro de límites razonables, la fuerza obligatoria y ejecutoria de los laudos arbitrales y también la de los pactos arbitrales” (Talero, 2010, p. 8).

En este sentido, debe entrar a determinarse sí en efecto prevalece lo pactado y establecido en un laudo arbitral extranjero el cual esté en contraposición del artículo 1328 del Código de Comercio, siguiendo los términos establecidos en este instrumento internacional. De cualquier manera, surge un dilema desde dos perspectivas, por un lado sí el tribunal de arbitramento no acata la voluntad de las partes y decide ceñirse a lo establecido en la norma colombiana sobre agencia mercantil, esta decisión arbitral puede ser objeto de anulación de laudo arbitral, pues la parte agraviada podría sostener que los árbitros extralimitaron en el ejercicio de sus funciones por el hecho de denegar la aplicación de la ley sustancial escogida por las partes (Ibídem, p. 9); pero también existe otra situación en torno a que el tribunal de arbitramento tome su decisión conforme a lo pactado por las partes, y posteriormente, las mismas decidan reconocer y ejecutar dicho laudo arbitral en Colombia, sin embargo, que al momento de realizar el ejercicio de aplicar la figura del exequátur, el mismo no pueda realizarse porque contraviene lo expresado en el artículo 1328 del Código de Comercio.

En lo que tiene que ver con el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio, que consagra la prestación denominada cesantía que se genera a la terminación del contrato de agencia comercial, debe afirmarse que en efecto tiene carácter dispositivo, así como la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para las partes en virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad, pues debe considerarse como un derecho patrimonial con efectos inter partes, lo cual no compromete para nada el orden público, ni mucho menos las buenas costumbres o el orden económico del país.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, a través de sus sentencias de casación ha reafirmado esta teoría aduciendo que:

La libertad contractual o autonomía privada dispositiva faculta a las partes a disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relativa 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 restricto, limitativo o prohibitivo, a 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 consagradoria de la prestación regulada en el inciso primero del artículo 1324, las partes podrían estipularla, pues su libertad contractual les permite con sujeción al ordenamiento disciplinar el contenido del acto, y en particular, el prestacional. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2011, Exp. 2001-847)

La posición que apoya el arbitraje internacional, ha sido reafirmada por autoridades administrativas expertas en el tema de Derecho Comercial, como lo es la Superintendencia de Sociedades que considera que no existe un inconveniente en que las partes que celebran un contrato de agencia mercantil, determinen en el clausulado del contrato, que no se pacta la prestación de la cesantía mercantil a favor del agente, o que tendrá acceso a ella en un menor porcentaje de lo establecido en la ley, “en razón de

que dicha disposición es de carácter dispositivo-supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación” (Superintendencia de Sociedades, 1971). Entre otros argumentos, también se encuentra el del Doctor Gabriel Escobar, quien indica que la cesantía mercantil es renunciable, “pues es más bien una comisión acumulable o remuneración diferida, por lo tanto, renunciable” (Escobar, 1985, p.373).

En definitiva, es muy plausible el argumento de respetar lo estipulado por las partes y de respetar lo proferido por un árbitro cuando deba resolver un conflicto suscitado en relación a la eliminación de la cesantía mercantil en un contrato de agencia comercial, esto encuentra fundamento en la primera norma de carácter civil del ordenamiento jurídico colombiano, precisamente el artículo 15 del Código Civil que señala la renuncia de los derechos conferidos por las leyes, solo si miran el interés individual del renunciante, y que la misma no esté prohibida por la norma. Es así como al realizar un análisis de la norma y de la ley mercantil en conjunto, no se evidencia que expresamente se prohíba la renuncia por parte del agente a la prestación a la cual tiene acceso una vez termine el contrato de agencia mercantil, por lo cual, debe interpretarse que si no se encuentra prohibido, está permitido por la ley.

Aunado a lo anterior, se suscita un problema de competencia, toda vez que si las partes pactaron en el contrato de agencia comercial una cláusula compromisoria, quiere decir que someten sus controversias a la resolución por un árbitro, y si el mismo falla en el sentido en que no se le reconozca al agente la prestación de la cesantía mercantil, porque así está establecido en el contrato, y si por otro lado, cuando se realice el ejercicio de formalizar dicha decisión en Colombia, la Corte Suprema de Justicia no le encuentre validez a la decisión argumentando las razones de que se trata de una norma de orden público, pues se generaría un conflicto de competencias, conflicto el cual deberá ser resuelto a favor del Tribunal de Arbitramento tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional a través de sentencia de unificación:

La competencia del tribunal de arbitramento está dada, inicialmente, por el hecho de que las partes hayan manifestado su voluntad en el someterse a esa justicia especial. Posteriormente, una vez pactada la justicia arbitral, la determinación del ámbito de competencia del tribunal de arbitramento se rige

por un segundo criterio, que obedece (ii) al principio de origen internacional denominado kompetenz-kompetenz, y que indica que es el mismo tribunal arbitral a quien corresponde determinar su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno a las cuales hay un conflicto. Este principio comulga con la regla general de autonomía que se concede a los árbitros cuando las partes se someten a su competencia, y determina que los tribunales tienen un carácter autónomo de interpretación para determinar su propia competencia (Corte Constitucional, SU- 500, 2015).

Esta posición está apoyada principalmente en principios de la constitucionalización del Derecho Privado, precisamente el de autonomía de la voluntad privada, entendida como una facultad que tienen los individuos en virtud de la disposición de sus derechos, para la creación de derechos y obligaciones a través del consentimiento de las partes para la suscripción de un contrato que no esté en contravía del orden público y las buenas costumbres; principio relacionado intrínsecamente a uno de los derechos fundamentales contemplados en la parte dogmática de la Constitución Política de Colombia de 1991 como lo es el de la libertad, por lo que les es dado a las partes determinar el contenido de los derechos y obligaciones siempre y cuando respeten el límite del orden público, concepto que comprende la seguridad, salubridad y moralidad pública.

El anterior argumento trae a colación otro problema, y es sí en efecto, el pactar una disminución o el no pago de la cesantía mercantil por parte del agenciado al agente en un contrato, deberá tenerse por no escrito y, en consecuencia, vulnera el orden público tal y como lo establece el artículo del Código de Comercio en mención. Un análisis ligero conlleva a interpretar que podría estarse vulnerando algún derecho constitucional, tal como el mínimo vital del agente, pues al no tener una relación laboral con el agenciado, no goza de las prestaciones sociales que por lo general comprende un contrato de trabajo independientemente de que sea a término fijo o a término indefinido, y que la prestación económica a la que tiene derecho al finalizar el contrato de agencia mercantil, pueda asemejarse a la liquidación de un contrato laboral; es así que al estar en contra de derechos fundamentales que pueden estar en conexidad con la dignidad humana y la propiedad, deba declararse dicha disposición contractual como contraria al derecho que vulnera derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos a través del ejercicio de ratificación de tratados internacionales de Derechos Humanos.

No obstante, debe tenerse en cuenta los elementos de capacidad plena y voluntad del agente, así como la calidad que ostenta en la relación comercial, esto es, la experticia que ha adquirido con el paso del tiempo y que lo ha catalogado como agente en lo que concierne al negocio de agencia mercantil, en el que puede determinarse que en el giro ordinario de sus negocios, celebra concurridamente contratos comerciales de esta denominación, por lo que no será posible que se excuse en una situación de indefensión frente al agenciado, arguyendo que en efecto, no podría suponer el alcance que tendrían las cláusulas pactadas en el contrato de agencia suscrito por él. Por el solo hecho de expresar su consentimiento y aceptar el contrato, tiene un claro conocimiento de las disposiciones pactadas, y más aún si lo firma, quiere decir que se obliga para con el agenciado a cumplir el objeto contractual establecido, por lo que sí en un contrato de agencia mercantil, se determina que el agente recibirá una menor proporción o ningún rubro a título de cesantía mercantil, y sí el agente lo suscribe en estas condiciones, quiere decir de manera tácita que dispone de sus derechos y acepta los términos del negocio jurídico, pues en ocasiones puede que la retribución que reciba por concepto del precio pactado a cambio de la prestación del objeto contractual, sea equivalente a lo que podría recibir como cesantía mercantil.

En el mismo sentido, le es imposible al tribunal de arbitramento verificar que esta cláusula no se contrarié el orden público, y la pregunta es ¿cómo podría determinarlo aún estando expresamente en la ley que cualquier estipulación en contrario se tendrá cómo no escrita?, estas facultades exceden la competencia de los árbitros, dentro de las funciones contratadas al momento de establecer la cláusula compromisoria por las partes, les es dado analizar los hechos, el negocio jurídico causal y el incumplimiento, para así establecer el problema jurídico a resolver, más no le es dado analizar todas las disposiciones internas del ordenamiento jurídico mercantil de cada país, recordándose que se trata de una jurisdicción internacional que conlleva la revisión de la normatividad del Estado en donde será ejecutado el objeto contractual, pero dentro de sus facultades, no podrá determinar si las cláusulas pactadas, contrarían o no el orden público y económico del Estado, tomando una decisión que se ciñe a los principios de confianza legítima y buena fe de las partes.

### **3.2. A favor de aplicación de las leyes sustantivas del Código de Comercio colombiano y su categorización como normas de orden público.**

Ahora bien, resulta necesario a su vez traer a colación las razones que están a favor de la aplicación de las leyes sustantivas del Código de Comercio colombiano y su categorización como normas de orden público.

En un primer momento, hay que realizar un análisis en cuanto al origen de esta cláusula, la cual según la doctrina, tiene por objeto proteger un gremio específico así como cumplir los fines señalados los artículos 32 y 17 de la Constitución, con el fin de evitar que los empresarios realizaran fraudes a la ley laboral, y de proteger a un sector de la economía que por lo general se ve afectado por el sector industrial, todo esto debía materializarse a través de una norma imperativa más no supletiva (Cárdenas, 1984).

Enrique Gaviria Gutiérrez, apoya el argumento de irrenunciabilidad a la prestación del artículo 1324, e indica que no afecta a personas particulares, sino más bien a todos los agentes mediadores, “por lo que debe interpretarse una norma de orden público, pues permitida la renuncia, tendría como consecuencia privar la norma de toda eficacia práctica, puesto que los empresarios convertirían en cláusula de estilo la eliminación contractual de las dos prestaciones” (Gaviria, 1981, p.84).

La primera posición a analizar es la de la Corte Suprema de Justicia indica que la prestación consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio no tiene un carácter privado, toda vez que es irrenunciable al celebrar y ejecutar el contrato de agencia comercial, el cual una vez se termine, le otorga un derecho personal al agente, que trata de que tal prestación económica ingresa directamente a su patrimonio, y al ser un derecho personal, el mismo no da lugar a renuncia (Corte Suprema de Justicia, 1980). Sí no puede renunciarse a dicha prestación por las partes en el momento de celebrar su contrato de agencia mercantil, significa que se le atribuyó la naturaleza de orden público, pues, aunque no estaba prohibido de manera expresa su renuncia, la Corte sí llega a catalogarlo como irrenunciable.

Eduardo Peláez opina que el artículo 1324 del Código de Comercio es una norma de orden público, por tanto, pactar en contra de los intereses que está protegiendo acarrearía una sanción de nulidad absoluta:

Se hace evidente para mí que el artículo 1324 del Código de Comercio trata de proteger una gran clase social que por sus específicas condiciones cumple en el sistema económico general la misión de llegar hasta el consumidor, las normas que regulan esta actividad afectan directamente el orden público, en su aspecto del interés social. (Peláez, 1978, p.61)

Para sustentar esta posición, es importante tener en cuenta que el artículo 1328 del Código de Comercio es catalogado como una norma de orden público, pues tiene carácter de inderogable (Suescún, 2003), sin embargo, debe categorizarse como una norma de orden público de protección, pues busca salvaguardar intereses particulares de contratantes que tienen una posición débil de negociación frente a la otra (Talero, 2010), esto es, que dicha normatividad busca proteger a los agentes comerciales quienes, por lo general pertenecen al proletariado del país que por lo general no gozan de una relación laboral legalmente formalizada.

Muy a pesar de que se trate de una norma de orden público, para solucionar la gran controversia, es pertinente entrar a estudiar si se trata de una norma de orden público internacional, y para determinarlo ha mencionado la doctrina que el orden público internacional de cada Estado incluye:

(i) Principios fundamentales, relativos a la justicia o moralidad, que el Estado desee proteger aun cuando no lo atañan directamente;

(ii) Normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, siendo estas conocidas como *lois de pólíce* o “normas de orden público” y

(iii) El deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales (Mayer et. al, 2004, p. 209)

En definitiva, no es que todo el articulado que regula lo referente a la agencia mercantil sea catalogado como una norma que tiene un carácter de orden público internacional, toda vez que ninguno de ellos cumple las exigencias anteriormente planteadas, es así como el artículo 1328 del Código de Comercio se refiere únicamente “a la sujeción de los contratos de agencia a la ley colombiana, pero no hace referencia alguna a la posibilidad o imposibilidad de ventilar las diferencias contractuales mediante un arbitraje internacional” (Talero, 2010, p.14); tal y como se ha manejado en

el ordenamiento jurídico colombiano, aquello que no está prohibido por la ley, está permitido. En el mismo sentido,

de acuerdo con las convenciones internacionales ratificadas por Colombia se pueden someter a arbitraje internacional – aún con sede fuera del país- arbitrajes en los que se debata la existencia o no de una agencia comercial, con el único requisito de que el arbitraje reúna los elementos necesarios para ser considerado internacional (Zuleta, 2004, p.145).

Esta posición implica que se realice un análisis frente a la disposición de los derechos de los individuos, a través de la historia se han clasificado algunos derechos como irrenunciables, tal es el caso de los derechos humanos y fundamentales que le son inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona, sin embargo, en lo que concierne a los derechos de carácter patrimonial, debe afirmarse que los individuos tienen la facultad de disponer de sus bienes tangibles e intangibles, siempre y cuando no se pretenda defraudar a un tercero con la toma de esta decisión. En estos términos, la prestación económica definida como cesantía mercantil, debe ser catalogada como un bien que hace parte del patrimonio como atributo de la personalidad del agente, y que, al tener este carácter, el titular podría disponer del mismo, siempre y cuando lo realice bajo los parámetros de un acto jurídico plenamente válido, por lo cual podría ser objeto de renuncia mediante un negocio jurídico privado, es decir, a través del contrato de agencia mercantil, teniendo en cuenta que no es catalogado como un contrato de adhesión, sino que por el contrario, es un contrato consensual que se perfecciona a través del acuerdo de voluntades del agenciado y del agente.

### **Conclusiones**

El Derecho Mercantil, resulta ser una de las ramas con más fuerza a nivel internacional, por lo cual se ha evidenciado que para su realización, materialización y protección, existen órganos internacionales tales como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje teniendo como fin propender por las relaciones comerciales entre individuos de diferentes países. Entre las funciones de la Cámara de Comercio Internacional le es dado la creación de instrumentos que faciliten la inversión y el comercio internacional, entre ellos, la elaboración de contratos modelo como el contrato de agencia mercantil.



En términos generales, el contrato de agencia mercantil es celebrado por el agenciado y el agente, en el que el primero le entrega al segundo, ciertos negocios para que los explote en un territorio específico, promueva la venta de los productos de propiedad del agenciado y sirva como un intermediador entre el productor y el público al cual no tiene acceso por diferentes factores, lo anterior, sin ningún vínculo laboral entre ellos, como tampoco una subordinación por parte del agenciado para con el agente, teniendo como obligación el productor, otorgar una contraprestación económica por la gestión realizada. En Colombia, el contrato de agencia mercantil está regulado en el Código de Comercio en los artículos 1317 al 1331, llama la atención la cláusula del artículo 1324 que indica que, a la terminación del contrato de agencia, el agenciado debe pagar al agente una prestación económica denominada cesantía mercantil, independientemente si se trata de una terminación unilateral o de mutuo acuerdo, y posteriormente, el artículo 1328 indica que cualquier estipulación en contrario, se tendrá por no escrita, tendiendo a una interpretación de la norma de carácter imperativa, es decir, que estas cláusulas no podrían ser modificadas por las partes.

A su vez, es de resaltar una figura jurídica que funge como un mecanismo de resolución de conflictos, como es el caso del arbitraje internacional, en el que a través de una cláusula compromisoria estipulada por las partes, acuerdan que cualquier problema relacionado con el contrato se resolverá a través de un Tribunal de Arbitramento, que se trata de una justicia privada que falla conforme a la normatividad, y que tiene efectos inter partes, y que en el caso de que sea internacional, tiene validez en la jurisdicción correspondiente, verbigracia, en el caso colombiano a través del exequatur a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Es de resaltar que se trata de una justicia que además de privada, es sumamente eficiente, y es muy común que los comerciantes recurran a dicho mecanismo cuando se generen controversias derivadas de sus relaciones mercantiles.

Ahora bien, el tema principal de esta investigación se trata de establecer las implicaciones jurídicas del arbitraje internacional en el contrato de agencia mercantil, y para ello, en el desarrollo del trabajo se hizo énfasis en estos conceptos, determinando que en efecto, existen dos posiciones respecto al tema, la primera de ellas, que hace referencia a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como principios constitucionales del Derecho Privado, esto aunado a que el arbitraje internacional en virtud de las facultades que le asignan las partes a través del pacto comisorio, y de lo

estipulado en el contrato de agencia mercantil, como por ejemplo, la eliminación de la cesantía mercantil a favor del agente, es completamente válido que el Tribunal de Arbitramento falle en razón a lo evidenciado en el contrato, toda vez que no es posible contemplar la cláusula o norma del artículo 1324 como una norma de carácter imperativo, de orden público e irrenunciable, pues la renuncia a dicha prestación económica, en nada afecta al orden público, social ni económico del país.

Por otro lado, se encuentra la posición que sustenta que en efecto, la cláusula contemplada en el artículo 1324 del Código de Comercio, es una norma de carácter público, y por ende, es irrenunciable, toda vez que el legislador la creó para proteger los intereses de un sector económico de la población que repetitivamente es vulnerado en su derecho al trabajo contemplado en el artículo 17 de la Constitución Política, aunado a esto, colocan de presente que el artículo 1328 del mismo Código, es el que le otorga la fuerza imperativa a todo el capítulo de la agencia comercial para determinar que cualquier estipulación en contrario, se tendrá por no escrita.

En estos términos, existen varias figuras jurídicas enfrentadas que tienen asidero constitucional y normativo, pues por un lado se encuentra la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que tienen las partes para celebrar sus relaciones mercantiles, y por otro lado, la protección que le otorga esta norma al gremio de un grupo de personas que por lo general, no tienen una relación laboral formalizada, y que muchas veces dependen de la contraprestación económica denominada cesantía mercantil, para garantizar su derecho al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana, derechos contemplados en nuestra Carta Política.

Para dar solución a este conflicto, es importante colocar de presente que en las relaciones mercantiles, prevalece en todo momento la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de las partes, principios que hacen parte de la constitucionalización del Derecho Privado, pues son contratos que se celebran por partes que son comerciantes y que conocen el modus operandi de las relaciones mercantiles, por lo que saben el beneficio económico que reciben como contraprestación de las obligaciones realizadas. Además, lo pactado en las cláusulas del contrato no se encuentran en ningún momento viciadas por el consentimiento, toda vez que resulta muy común para las partes, la celebración de negocios jurídicos de esta clase. Es así como sí en el mismo contrato de agencia mercantil se pacta alguna cláusula

que no esté acorde con lo estipulado en el capítulo del Código de Comercio que regula este negocio jurídico, no puede entenderse como nula porque no vulnera ninguna norma de carácter imperativo, en ningún momento se expresa que la cesantía mercantil que recibe el agente es irrenunciable, ni que está prohibida su renuncia a la misma, por lo cual, sí en el contrato de agencia se llega a pactar que cualquier controversia será resuelta por la justicia privada, es decir, por un Tribunal de Arbitramento, y que en el mismo contrato se exprese que no se concibe la cesantía mercantil para el agente, los árbitros deberán resolver a favor de este último argumento, ya que no estarían contrariando ninguna norma o cláusula de orden público o de carácter imperativo, sino que simplemente están resolviendo conforme a lo pactado por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad y de su experticia en este tipo de relaciones contractuales.

Finalmente se propone que el último inciso del artículo 1328, sea objeto de un análisis por parte de la Corte Constitucional en virtud del control de constitucionalidad asignado en virtud de la Carta Política de 1991, en este estudio deberá abordar el tema sustancial referente al contrato de agencia mercantil y el tema procedimental en el arbitraje internacional, en relación a la autonomía de la voluntad contractual catalogada como un principio constitucional, concluyendo que en efecto cuando se presenten situaciones como la renuncia a la cesantía mercantil por parte del agente, no puede entenderse como una alteración al orden público y a las buenas costumbres, toda vez que por la posición que ostenta el agente en el mercado, tiene conocimiento de lo que suscribió realizándolo en los términos del libre albedrío, pues de esta manera otorgaría seguridad jurídica a las decisiones proferidas por Tribunales Internacionales de Arbitramento.

## Referencias Bibliográficas

- Arrubla, J. (2012). *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*. Legis. Decimotercera Edición. Bogotá.
- Camacho, M. (2008). El Contrato de agencia comercial: Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico”. *Revist@ e- mercatoria*. Colombia, Universidad Externado de Colombia. 7.
- Cámara de Comercio Internacional. (2013). Reglamento de arbitraje.
- Cantero, M. (2015). La Cámara de Comercio Internacional y su Corte Internacional de Arbitraje. *Tesis Pregrado*. Universitat Jaume. España.
- Cardozo-Roa, C. C. (2019). El derecho del consumo y la mercantilidad en Colombia. En G. D. Flórez Acero & C. C. Cardozo-Roa. *Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el derecho comercial* (pp. 12-39). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica.
- Cháves Romero, J. A. (2016). Los principales riesgos entre vendedor y comprador en el contrato de compraventa internacional según la normatividad internacional: un estudio de la Convención de Viena de 1980 sobre el Contrato de Compraventa Internacional. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. Sentencia SU-500 del 6 de agosto de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente T-4.230.220.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (1980). Sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (2011). Sentencia del 19 de octubre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (2016). 8453 del 24 de Junio de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
- Escobar, G. (1985). *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución*. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

- Fiestas, M. (2016). El contrato modelo de la CCI sobre agencia comercial internacional. *Tesis de Maestría*. Universidad de Oviedo. España.
- García, A. (2016). El contrato de agencia en el ámbito internacional. *Tesis de Pregrado*. Universidad de Salamanca, España.
- Garrigues, J. (1976). *Dictámenes de derecho mercantil*. Tomo I. Madrid, Aguirre.
- Gaviria, E. (1981). *Derecho Comercial*. Bedout. Medellín.
- Gil, J. (1999). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Legis, Bogotá, Colombia.
- Lozada Leuro, S. H. (2016). Un estudio comparativo sobre las similitudes y diferencias entre los contratos civiles y contratos mercantiles. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.
- Mantilla, F. (2016). Arbitraje Internacional: *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*. Legis Editores y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. pp. 187-201.
- Mayer, P. & Sheppard, A. (2004). Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales. *Revista Internacional de Arbitraje*. Universidad Sergio Arboleda y Legis. Bogotá.
- Morales, L. (1998). El Contrato de Agencia Mercantil: Análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes. (4). Bogotá. pp. 39-69.
- Peláez, E. (1978). Realidad actual de la agencia mercantil. *Revista de Derecho*, 1978. 102. Colegio de Abogados de Medellín. Medellín.
- Peláez, R.A. (2018). Arbitramento y derecho de acceso a la justicia. Aspectos procesales. En Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D. F., Comandé, G., Peláez Hernández, R. A. & Alarcón-Peña, A. *Estudios contemporáneos de derecho privado: responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones* (pp.241-280). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

- Rivero, J. (2014). El Arbitraje Internacional en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I). *Universitas Relações Internacionais*. (12). Brasilia. pp. 51-61.
- Rodríguez, C. (1999). *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Porrúa. México.
- Salazar, L. (2014). Análisis de la pertinencia y adecuación del contrato de agencia comercial con relación al intercambio de bienes y servicios en el ámbito internacional. *EAFIT Journal of International Law*. (5). 1. Colombia. pp. 45-62.
- Silva, J. (1994). *Arbitraje comercial internacional en México*. Editorial Pereznieto. México.
- Suescún, J. (2003). *Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo II. Legis. Bogotá.
- Superintendencia de Sociedades. (1971). Oficio 13534 del 4 de octubre de 1971.
- Talero, S. (2010). La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*. (44). Universidad de los Andes. ISSN 1909-7794.
- Tribunal de Arbitramento de Ideas Celular Colombia S.A. Vs. Bellsouth Colombia S.A. Laudo Arbitral de 26 de Noviembre de 2002, Arbitros: Carlos Esteban Jaramillo, Héctor Marín Naranjo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.
- Villalba, J. & Moscoso, R. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. *Prolegómenos, Derechos y Valores*, XI, (22), 141-170
- Zuleta, E. (2004). Agencia comercial: ¿nueva tendencia jurisprudencial? *Revisa Internacional – Foro de Derecho Mercantil* 2. Legis. Bogotá

