



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Giraldo Bustamante, Carlos Julio
La agencia comercial en el derecho colombiano
Revista de Derecho Privado, núm. 47, enero-junio, 2012, pp. 1-31
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



LA AGENCIA COMERCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 47
Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794

La agencia comercial en el derecho colombiano

Carlos Julio Giraldo Bustamante¹

RESUMEN

El contrato de agencia mercantil es uno de los contratos comerciales que ha dado lugar a las más diversas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con los elementos de su esencia, sus relaciones con otras figuras contractuales afines, como el mandato y el suministro por distribución, las prestaciones a que da lugar al momento de su terminación, entre otros. Este artículo, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de Tribunales de Arbitramento y de la doctrina, analiza la naturaleza, el contenido y alcances del contrato, tomando posición en cada uno de los temas de estudio debatidos.

Palabras claves: agencia comercial, distribución, mercado, elementos de la esencia.

ABSTRACT

The commercial agency agreement is one of the commercial contracts that has given way to the most diverse jurisprudential and doctrinal interpretations regarding the elements of its essence, its relationships with other related contractual figures such as distribution and supply mandate, the benefits that cause at the moment of its termination, etc. This article analyzes the nature, the content and scope of the contract in the eyes of the jurisprudence of the Supreme Court, Arbitration Courts and of doctrine, while taking the author's own stance in each of the topics discussed.

Key words: agency agreement, distribution, market, elements of the essence.

¹ Profesor de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Comercial por la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Financiero y Bursátil por la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor por la Universidad Externado de Colombia. Correo: carlgira@uniandes.edu.co.

SUMARIO

Introducción - I. FUNCIÓN ECONÓMICA - II. DEFINICIÓN LEGAL - III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA AGENCIA COMERCIAL - A. *La independencia en la actividad del agente* - B. *La estabilidad en la actividad del agente* - C. *El encargo de promover o explotar negocios* - D. *La actuación del agente por cuenta del empresario* - E. *Una remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario* - IV. PARTES - V. CARACTERÍSTICAS - VI. PRESTACIÓN A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO - VII. AGENCIA COMERCIAL DE HECHO - VIII. CONCLUSIONES - Bibliografía.

Introducción

Agencia proviene del latín *agentia*, de *agens*, en-tis, el que hace². La figura de la agencia surge a partir de la expansión económica del siglo XIX y se utilizó, principalmente en sus inicios, para la conquista comercial de otros países por parte de los productores de bienes.

El agente le permite a un empresario llegar con menos riesgos y con menos costos al consumidor de los bienes o servicios que él produce y que quiere colocar en el mercado. El agente llena el vacío entre fabricante y consumidor. El empresario quiere y necesita de alguien que esté por fuera de su organización, física, jurídica y económicamente, y que sea quien asuma la distribución. Entre empresario y agente se da una verdadera integración económica, diferente y diferenciada de la dependencia jurídica y económica como se verá más adelante.

La distribución se ha convertido en un verdadero fenómeno social, político, económico y jurídico de gran importancia en el mundo moderno, y resuelve algunas de las principales preguntas que se hace un empresario con su negocio: ¿cómo llegar al consumidor más rápidamente, más amplia y más completamente?, ¿cómo penetrar un mercado?, ¿cómo mantener un mercado?³

El agente mercantil reemplaza figuras jurídicas que desempeñaban funciones similares y que van quedando en el olvido, tales como los agentes viajeros, los visitadores o los factores, quienes terminaron siendo amparados por normas laborales, por contraste con la agencia donde la actividad empresarial sobresale sobre la actividad personal. El agente que tiende un puente entre el productor y el consumidor tiene algo de comisionista, en cuanto es un comerciante independiente; de auxiliar del comercio, en cuanto a su condición de permanencia; de agente viajero, en cuanto a su labor de promoción de los negocios y actividades de un empresario⁴. El calificativo de comercial resulta ser redundante puesto que no hay un contrato de agencia civil, entre otras razones porque la agencia es uno de los actos de comercio descritos en el artículo 20 del Código de Comercio⁵.

El contrato de agencia mercantil tiene una estructura jurídica compleja, con un objeto amplio y versátil, que ha dado lugar a las más variadas hipótesis sobre el mismo y en cuanto tiene que ver con sus relaciones con otros tipos contratuales afines como el mandato y, en general, con los otros contratos de distribución⁶, en especial con el contrato de suministro.

2 Peña Nossa, Lisandro. *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Tercera edición. Editorial Temis y Universidad Santo Tomás, Bogotá. 2010. p. 269. Afirma Messineo que el contrato de agencia está dirigido a procurar a una de las partes un resultado (opus) por la obra del agente. Ver Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VI. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955. p. 60.

3 Hinestrosa, Fernando. La Agencia Comercial y figuras afines. En *Escritos varios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983. p. 756.

4 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa S.A. México. 1981. p. 118.

5 Escobar Sanín, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales I. Negocios de sustitución*. Segunda edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. p. 387.

6 Distribución entendida como "el conjunto de operaciones por las cuales un bien después de producido o una prestación de servicios después del momento de su concepción son vendidos o suministrados al comprador o consumidor". Ver, Velilla Moreno, Marco Antonio. Contrato de Franquicia. En *Derecho de la distribución comercial*. El navegate editores. Bogotá. 1995. p. 41.

Es un contrato que ha sido abundantemente tratado en la doctrina y jurisprudencia en países como Francia, Estados Unidos, Europa en general, y también en Colombia, al punto que no se puede comprender acabadamente la figura contractual sin conocer en profundidad las decisiones jurisprudenciales y la doctrina, muy especialmente la de los tribunales de arbitramento, que hay sobre él⁷.

Alemania fue uno de los primeros países que trató tanto en la jurisprudencia⁸, como mediante normas positivas, la figura del agente mercantil, describiéndolo como quien se encarga de manera permanente de gestionar negocios por cuenta de otro empresario o de concluirlos en nombre de este último⁹.

Nuestro anterior Código de Comercio (el Código de Comercio Terrestre), enumeró dentro de los actos de comercio a las agencias de negocios y reguló también la agencia de cambio, pero no reglamentó la agencia mercantil. Tampoco lo hizo el decreto 437 del 9 de marzo de 1963, que reglamentó la actividad de los agentes representantes de firmas nacionales o extranjeras, cuando se refería a quienes teniendo capacidad para ejercer el comercio se encargaban de la gestión de uno o más negocios lícitos por un mandato comercial.

7 Hinestrosa, Fernando. *Ob. cit.*, p. 755.

8 La primera consagración jurídica del contrato de agencia se debió a la jurisprudencia del Tribunal Imperial Alemán, que en una decisión de 1892 habla del agente. Ver, Hinestrosa, Fernando. *Ob. cit.* p. 759.

9 El Código de Comercio Alemán de 1897 reglamentó la figura del agente en los párrafos 84 a 92. Posteriormente, mediante la ley 6 de agosto de 1953 se reglamentó la figura del Handelsvertreter, modificada más adelante por la ley del 29 de mayo de 1967 y del 13 de mayo de 1976. Ver, Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1997. Bogotá. p. 380.

Lo común del agente en las distintas legislaciones es su consideración como un auxiliar del comercio, que desarrolla su actividad en favor de un empresario y que tiene como principal función la de poner en contacto a la oferta y a la demanda, creando la demanda¹⁰, de manera autónoma. En otras palabras, el agente tiene que influir en la voluntad del tercero¹¹, y procurar realizar el mayor número de operaciones posibles. Pero ante todo, el agente comercial es un experto, un conocedor a fondo del mercado y eso es lo que lleva al agenciado a buscar sus servicios. Para desarrollar su actividad requiere de tiempo, ya que únicamente mediante un contrato que tenga una cierta permanencia el agente podrá abrir mercado o penetrar más uno ya existente, ampliándolo a favor del empresario o agenciado. El agente es fundamentalmente un buscador de negocios y su actividad consiste en proporcionar clientes, según la feliz expresión de Ferrara.

La agencia mercantil es un “moderno” negocio que pertenece al viejo grupo de contratos denominado arrendamiento de servicios¹².

I. FUNCIÓN ECONÓMICA

Al fabricante de un producto le resulta difícil y especialmente costoso dedicarse también a su distribución y venta, ya que esto implicaría la contratación de personal, la apertura de

10 Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Editorial Temis - Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1984. p. 17.

11 Garrigues, Joaquín. *Ob. cit.*, p. 119.

12 Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 449.

establecimientos de comercio, tener más infraestructura, e incurrir en gastos de transporte, etc. El agente asume los costos y los riesgos de la actividad de promoción. Igualmente es beneficioso para el empresario por cuanto la permanencia y estabilidad del agente en una zona o sitio determinado le aseguran a aquél una actividad de promoción que no es propia de otros contratos de distribución.

El agente, entonces, media en la cadena económica de distribución, llevando los bienes y servicios del empresario en algunos casos a comerciantes revendedores y en otros al mismo consumidor final, derivando de esa labor de distribución una utilidad adicional a la del productor.

Si el empresario no hace uso de los servicios del agente tiene como mecanismos alternativos, para desarrollar la labor de distribución propia de un agente comercial: el establecimiento de satélites o filiales; la compra de empresas, alianzas o fusiones; el desarrollo horizontal, entre otros.

productos del mismo”¹³. Muchas críticas se han hecho a la forma como se tipificó el contrato de agencia mercantil, al punto que se ha llegado a manifestar que algunas de las normas que regulan el contrato de agencia mercantil son las más confusas de todo el Código de Comercio.¹⁴

Glosando la definición legal, podemos decir que el contrato de agencia mercantil tiene como función principal que el agente promueva o explote los negocios del agenciado, que puede ser un empresario nacional o extranjero, en una zona geográfica preestablecida, labor que supone un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, con el propósito de crear, aumentar, o mantener una clientela para el empresario; es decir, que el agente cumple una función facilitadora de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad de representarlo¹⁵.

II. DEFINICIÓN LEGAL

El art. 1317 del Código de Comercio establece que el contrato de Agencia Comercial es aquel por medio del cual “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 prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios

13 En Francia, el decreto 58-1345 de 1958 establece que el agente mercantil es “el mandatario que a título de profesión habitual e independiente, sin estar ligado por un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos, prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes”. Por su parte, el artículo 1742 del Código Civil italiano trae la siguiente definición: “Por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada”.

14 Vallejo García, Felipe. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Editorial Legis. Bogotá. 1999. p. 86.

15 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA AGENCIA COMERCIAL

Siguiendo la definición legal del contrato de Agencia Comercial, los elementos esenciales de dicho contrato, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de tribunales de arbitramento, son los siguientes:

A. La independencia en la actividad del agente

Este elemento está consagrado por el Código de Comercio al regular en el artículo 1317 la Agencia Comercial. En efecto, dicha norma establece que mediante la Agencia Comercial, se “asume en forma independiente y de manera estable” el encargo de promocionar o explotar negocios como representante o agente de un empresario”.

Éste, además, es un elemento común a los contratos de distribución. El agente es independiente, en el mismo sentido que lo es el consumidor en el contrato de suministro, o el concesionario en un contrato de concesión, o el franquiciante en un contrato de franquicia. El agente desarrolla su actividad a través de una empresa propia¹⁶. La independencia o autonomía en el contrato de agencia tiene que ver tanto en la organización y estructura de la persona que desa-

rrolla la labor, como en la ejecución y desarrollo del contrato¹⁷.

Esa independencia se traduce, en la práctica, en la apertura de oficinas o establecimientos de comercio por parte del agente, la vinculación de empleados calificados, la selección de las técnicas de mercadeo y de publicidad y, en general, en la realización de actos encaminados a procurar el cumplimiento del encargo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que hayan sido convenidas.

Ese carácter independiente que es propio del agente excluye la posibilidad de la coexistencia de la agencia comercial con el contrato de trabajo, pues el hecho de que el agente desarrolle su actividad a través de una empresa con organización, aportes de capital y de trabajo propios, desvirtúa la existencia de dependencia en el sentido laboral que tiene ese término¹⁸. El agente es un verdadero empresario autónomo, que cumple su función de intermediario para llevar a cabo la promoción o explotación de productos y servicios del agenciado.

A la independencia del agente también se refiere el artículo 1321 del Código de Comercio al decir que “el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas...”. Por consiguiente, la independencia no supone que el agente deba obrar prescindiendo

¹⁶ Para el Tribunal de Arbitramento de Francisco de Paula Higuera y Otros vs. Casa Luker S.A., no se cumplió con este requisito por quien pretendía ser agente, en consideración a que no era él quien tenía el manejo del flujo de caja, “ya que inicialmente lo manejaban a través de un contrato de fiducia y después era la convocada la que hacía ese manejo”.

¹⁷ Namén Vargas, William. Contrato de Agencia Mercantil. En *Derecho de la distribución comercial*. El Navegante editores. Bogotá. 1995. p. 208.

¹⁸ El artículo 23 de la ley 50 de 1990 define la dependencia laboral como la facultad que tiene el patrono de dar órdenes en cuanto al modo, tiempo, o cantidad de trabajo, e imponerle al trabajador un reglamento de trabajo.

de las instrucciones¹⁹, pautas, parámetros y directrices que le imparte el empresario, en consideración a que independencia no es sinónimo de autonomía absoluta²⁰.

Es particularmente importante que el agente se ciña a las instrucciones del empresario, como las que se refieren al medio de transporte y almacenamiento de los bienes, seguros, embalajes, condiciones y formas de venta, reserva mínima de mercancías, forma de hacer la publicidad si ésta es de cargo del agente, entre otras. Valga decir que en los mercados amplios y por ello ordinariamente estandarizados, los agentes aparecen cada vez más dependientes del empresario y su autonomía para fijar precios, condiciones de pago, devoluciones, servicios, etc., es más reducida o desaparece completamente.

La independencia a que hace referencia el art. 1317 del Código de Comercio, es –como ya se anotó– aquella que excluye la subordinación propia de una relación laboral. La independencia, así entendida, comporta la facultad que tiene el agente de aportar su experiencia e iniciativa para desarrollar la labor de promoción que le corresponde.

El agente decide, en ejercicio de su independencia, el modo, el tiempo o la cantidad de su actividad, lo cual significa que no se encuentra sujeto a horarios de trabajo o a itinerarios. Pero, por ejemplo, no riñe con ella que el empresario le exija al agente un número determinado de personal para realizar su labor, o con que

19 Tribunal de Arbitramento de la Compañía Central de Seguros S.A. y la Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda., en el que actuaron como árbitros Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas y Antonio José de Irisarri.

20 Vallejo García, Felipe. *Ob. cit.*, p. 45.

el agenciado pueda establecer algunas de las condiciones de la distribución de los bienes que se encargan al agente; así, ordinariamente es él quien fija las condiciones de venta en cuanto a los precios a que el agente puede distribuir el producto, o las condiciones de pago que se pueden conceder a quienes adquieren el producto.

Resumiendo, este requisito consiste en que “entre el agenciado y el agente se establezca una relación de coordinación y no de subordinación, de suerte que el agente, al celebrar el contrato y durante la ejecución de éste, conserve su libertad para determinar el modo, tiempo y lugar de su actividad de promoción, lo cual no impide que en el contrato se fijen pautas mínimas.”²¹

B. La estabilidad en la actividad del agente

El art. 1317 del Código de Comercio establece también que la labor del agente debe ser estable. Este es otro de los elementos comunes a los contratos de distribución. La labor encomendada al agente debe ser estable por dos razones: una, porque la inversión económica de quien hace la distribución no se recupera sin que el contrato respectivo tenga una duración considerable en el tiempo; y dos, porque la labor de promoción o explotación no se puede hacer sin que haya un intervalo de tiempo adecuado que permita iniciar un mercado o penetrar uno ya existente.

El agente, por tanto, no es la persona que promueve o concluye uno o varios negocios determinados, sino quien promueve y concluye

21 Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 25.

negocios en serie y sucesivos, lo cual implica una permanencia en sus relaciones con el agenciado, aunque puede haber un contrato de agencia con un tiempo de duración breve, por ejemplo, para la temporada de navidad.

Pero, ¿significará la estabilidad que éste es un contrato a término indefinido? La respuesta es negativa. El contrato puede tener una duración determinada, y terminar por justa causa cuando llega el vencimiento del mismo; o terminar de manera anticipada, cuando se presente una de las justas causas que más adelante serán tratadas. Se considera, entonces, que no es necesario para cumplir con este requisito, que el contrato tenga una extensa duración en el tiempo.

La estabilidad se refiere también a la solidez que debe tener esa explotación económica por parte del agente. Se reitera que sin continuidad en la promoción o explotación no se podrá abrir un mercado o profundizar un mercado que ya se tiene.

C. El encargo de promover o explotar negocios

Esta es una típica obligación de hacer –facere– o prestar servicios por parte del agente comercial. La obligación propia del agente es la de promover, aunque no es la única sí es la principal actividad futura a la que se ha de dedicar.

El contrato de agencia mercantil parte del principio que la labor del agente no puede ser una actividad pasiva. Las tareas de promoción –más concreta–, o de explotación –más ambigua–, están en función de la estabilidad del contrato de agencia mercantil, de la capacidad de

producción que tenga el agenciado y no exigen de suyo la realización de actos jurídicos²²; si no sobrepasa esta etapa el agente realizará solo, ordinariamente, actos materiales²³.

Ya se trate de la promoción o de la explotación, este elemento de la esencia del contrato se refiere a que el agenciado debe procurar el crecimiento de los negocios del empresario, o al menos el sostenimiento de los mismos²⁴. La promoción, entonces, siempre deberá estar presente en un contrato de agencia comercial²⁵ pues redonda, principalísimamente, en beneficio del agenciado y secundariamente en beneficio del agente. En este caso, el agente podrá celebrar directamente los actos que impliquen la promoción. Por ejemplo, será él quien directamente celebre los contratos de publicidad si ellos fueren necesarios. En este sentido no tiene que esperar un encargo concreto del agenciado o unas instrucciones precisas, puesto que tiene esta obligación positiva de promoción.

Este elemento constituye la finalidad económica del contrato de Agencia Comercial. Promover negocios requiere desarrollar las actividades necesarias para culminar la venta de los productos

22 Para Messineo el contrato de agencia se diferencia del contrato de mandato en que el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios. Messineo, Francesco. *Ob. cit.*, p. 60.

23 No estamos de acuerdo con Arrubla Paucar cuando dice que este tipo de gestión es propia, entre otros, de un contrato de arrendamiento de servicios, en consideración a que de este tipo contractual no son propios los actos materiales, sino aquellos en que prima el intelecto. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Ob. cit.*, p. 385.

24 Tribunal de Arbitramento de Valores y Descuentos Ltda. vs. Bellsouth Colombia S.A. (antes Celumóvil S.A.), en el que actuaron como árbitros Jaime Alberto Arrubla Paucar, José Armando Bonivento Fernández y Ávaro Mendoza Ramírez.

25 Para Hinestrosa, la función del agente es buscar negocios, estar a la caza de oportunidades. Hinestrosa, Fernando. *Ob. cit.*, p. 757.

o servicios que se están agenciando, responsabilidad que va mucho más allá de la simple publicidad²⁶, entendiendo entonces la promoción como las gestiones que la complementan y que verdaderamente la hacen efectiva. Por otro lado, esa propaganda deberá adecuarse a la naturaleza y a la calidad de los bienes, a los medios que se utilicen y a la forma como se publiciten en esa misma zona productos o bienes de similar calidad²⁷. Lo que suele suceder es que los altos costos que tiene la publicidad en nuestro medio, hacen que ésta sea realizada directamente por el empresario comercial.

Explotar significa que los negocios se realicen para obtener la utilidad que les es propia (una de las modalidades permitidas por la norma es que se trate de un fabricante distribuidor, y en este caso podrían coexistir dos negocios jurídicos: un arrendamiento de servicios y un contrato de agencia mercantil). Se reitera por la importancia que tiene, que para que exista agencia comercial el agente se debe ocupar siempre de promover los negocios del empresario. En este sentido, en la agencia, la intermediación, como quedó antes consignado, no es para uno o varios negocios aislados u ocasionales, sino para un conjunto de negocios por medio de los cuales se persigue conquistar y reconquistar clientela, acreditar

una marca, ampliar y mantener un mercado de bienes y servicios del agenciado. En cambio, en otros contratos, como el de mandato, las relaciones entre el mandatario y el mandante son ordinariamente ocasionales y esporádicas, y una vez efectuado el encargo termina el contrato.

La labor del agente se circunscribe bien a la preparación del negocio (promoción) o bien a su conclusión o perfeccionamiento (explotación), que debe contar siempre con promoción²⁸. El agente, en cierta manera, realiza los actos de aproximación ejecutando los actos preparatorios, tales como, contactar al cliente, instruirlo sobre el contenido y alcance del negocio, las condiciones y calidades del producto distribuido, reservándose el empresario la facultad de valorar la conveniencia o no de los negocios, así como el poder de autorizar o no al agente para la conclusión de los respectivos contratos. Pero también el encargo encomendado al agente puede consistir en la explotación de los negocios del empresario, en cuyo caso el agente puede celebrar y concluir los negocios, comprar, arrendar, prestar servicios, etc.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la promoción en el contrato de agencia mercantil siempre va dirigida a ganar mercado; éste tiene que ser el efecto directo del contrato, su función, su causa, ya que la actividad de promover también constituye elemento –no esencial– más indirecto, de muchos otros contratos de distribución.

26 La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 2005, consideró que “Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo– a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego– ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él– por el agenciado de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario...”. En el mismo sentido la sentencia del 14 de diciembre de 2005.

27 Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 430.

28 En contra Escobar Sanín para quien el agente no se puede dedicar únicamente a la labor de promoción, ya que en este caso estaríamos hablando de un contrato de corretaje. Ver, Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 426. No compartimos el criterio de tan eminentе jurista en consideración a que el objeto principal del contrato de agencia es conseguir un mercado, ampliarlo, mantenerlo o recuperarlo y para eso basta con la labor de promoción.

Labor de promoción hace el suministrador de un producto cuando después de adquirirlo lo coloca a su vez; lo mismo hace el concesionario si como consecuencia de su actividad, logra vender un vehículo; o el franquiciante al vender una hamburguesa de una marca reconocida. Si se habla de suministro para la distribución, aunque el suministrador asume una obligación indirecta y pasiva de promover, no cambia la naturaleza contractual, se sigue hablando de suministro y no de agencia. Únicamente se trata de una modalidad de suministro en donde las mercancías no se adquieren para consumo sino para la reventa, vendiendo el distribuidor a nombre propio, por cuenta propia y bajo su propio riesgo. De esta manera se introduce una importante discusión que existe sobre la coexistencia del contrato de agencia mercantil con otros contratos de distribución, y a la que se hará referencia en extenso más adelante.

Igualmente, el solo hecho de explotar negocios no consolida una agencia mercantil si consideramos que, en la práctica, todos los comerciantes lo hacen, esto es, buscan percibir utilidad de un negocio o industria. La explotación entonces debe tomar lugar dentro del marco de la promoción y eventual conclusión de contratos de manera independiente pero en beneficio de un empresario. En ninguna de las modalidades vistas el agente es un actor pasivo que se dedica a la recepción de ofertas. Si esto hiciera, estaríamos frente a otro tipo de contrato.

Concluyendo este apartado podemos decir, en cuanto al contenido del encargo del agente, que éste puede ser promotor, distribuidor, fabricante o representante del empresario, pero su prestación más importante es la de hacer, es decir, estimular,

atraer, fomentar clientela y mercado (que muchas veces implicará: búsqueda de clientes potenciales, iniciación de contactos, tratos preliminares, solicitud de propuestas, estímulos a la demanda de productos, realización de campañas de publicidad, visitas e inspecciones, estudio de las condiciones de mercado). Esencialmente la agencia se caracteriza por la promoción de negocios²⁹.

D. La actuación del agente por cuenta del empresario³⁰

Empecemos por decir que no está incluido en la definición legal del contrato de agencia mercantil, aunque la Corte Suprema de Justicia y algunos doctrinantes lo infieren de otras normas legales que reglamentan este contrato³¹. Aunque se ha discutido sobre si es o no un elemento de la esencia del contrato de agencia, hoy en día hay un sentir común en que sí lo es, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³², como en los tribunales de arbitra-

29 Namén Vargas, William. *Ob. cit.*, p. 210.

30 El artículo 1742 del Código Civil italiano lo define como aquel contrato por medio del cual “una parte asume de manera estable el encargo **de promover por cuenta de otro**, mediante retribución, la conclusión de negocios en una zona determinada.”

31 La Corte Suprema de Justicia considera que hay fundamentos legales para establecerlo como uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia mercantil, tales como, que el agente debe ceñirse al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le dé el agenciado; las informaciones que debe dar el agente al agenciado en relación con las condiciones de la zona que le fue asignada; y, el derecho que tiene el agente a la remuneración, aunque el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario o cuando éste lo efectúe directamente, situaciones que están contempladas en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio (jurisprudencia del 2 de diciembre de 1980). Para Felipe Vallejo, cuando el artículo 1317 del Código de Comercio termina diciendo que el agente puede ser fabricante o distribuidor de uno o varios productos del empresario, se entiende que el agente obra siempre por cuenta ajena. Vallejo García, Felipe. *Ob. cit.*, p. 50.

32 Ver las dos sentencias del 2 de diciembre de 1980 sobre el tema y la del 31 de octubre de 1995, entre otras.

mento que se han ocupado del tema³³, y en la

33 Para el Tribunal de Arbitramento de Prebel S.A. vs. L'Oreal, en el que actuaron como árbitros Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín, es la agencia un mandato en cuanto "la agencia es un encargo dado por un comerciante a otro para promover o explotar los negocios del primero, sino que llama, precisamente agente a la persona que recibe dicho encargo, esto es, a la que lo asume y por tanto **se obliga a cumplirlo en interés del mandante**". Y para no dudarlo termina ese capítulo estableciendo que al agente se aplicarán, en lo pertinente, o sea en lo adecuado conforme a esa cualificación, las normas de los capítulos I a IV de este título relativo al mandato comercial" (las negrillas son nuestras), y adicionalmente sostiene que "No dice el Código de Comercio que sea la agencia comercial una variedad o especie del contrato de mandato, como ocurre por el contrario con la comisión y la preposición –en medio de las cuales se ubica– entendida la comisión como una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena, y descrita la preposición como una forma de mandato cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. Sin embargo, la sola inclusión de las reglas propias de la agencia mercantil dentro del título del mandato, entre estas dos típicas expresiones del mandato comercial, muestra también cómo, desde el punto de vista de la ley, es la agencia en primer lugar una variedad del contrato de mandato comercial". "De lo dicho se infiere que no puede ser considerado como mandatario y mucho menos como agente comercial quien no asuma la obligación de hacer algo para otro, sino para sí mismo, esto es, quien obra por cuenta propia, o sea tomando para sí los riesgos de las operaciones que ejecute". También para el Tribunal de Arbitramento de Punto Celular Limitada vs. Comunicación Celular S.A - Comcel, en el que actuaron como Árbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia, el contrato de agencia es una de las formas específicas de mandato mercantil, "razón por la cual el elemento "actuación por cuenta ajena" es esencial a la agencia ya que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1262 del Código de Comercio, la gestión del mandatario se lleva a cabo por cuenta del mandante" (las negrillas son nuestras). El Tribunal de Arbitramento de Supercar Ltda. vs. Sofasa S.A., en el que actuaron como árbitros Carlos Holguín Holguín, Beatriz Leyva de Cheer y Carlos Enrique Marín Vélez, quien salvó el voto, consideró que "dentro de los elementos esenciales de la agencia se encuentra que el agente actúe como mandatario del empresario, que éste es el sentido de la definición dada en el art. 1317 del C. de Co., y que ello implica no asumir los riesgos de las operaciones que tienen que operar a favor o en contra del mandante". Para el Tribunal de Arbitramento de Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Ltda. aunque el elemento por cuenta de no aparece en la definición del contrato de agencia, hay tres normas previstas en el contrato de agencia que permiten considerar que el elemento por cuenta de es un elemento de la esencia del mismo: aquella que establece que el contrato de agencia contendrá los poderes del agente, la que establece que el agente deberá rendir al agenciado las informaciones que le sean útiles para valorar la conveniencia de cada negocio y aquella que establece el derecho de remuneración del agente, aunque el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al agenciado. Para el Tribunal de Arbitramento de Telemóvil Colombia S.A. vs. Colombia Movil S.A. ESP, uno de los innegables elementos de la esencia del contrato de agencia es el que el agente obre por cuenta del agenciado, aun cuando hayan prestaciones accidentales en el contrato que "aparecen subordinadas a las esenciales del contrato y son compatibles con ellas y con su naturaleza y teniendo en cuenta las notas que resultan preponderantes para otorgar una calificación. Para el Tribunal de Arbitramento de Avalnet Comunicaciones Ltda. vs. Avaltel S.A., la agencia comercial es una modalidad del contrato de mandato y lo ex-

doctrina nacional³⁴.

presa así: El tribunal no se va a apartar de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, avalada por una parte muy significativa de nuestra doctrina, como es que la agencia comercial es una especie de mandato, a cuya normativa remite expresamente el legislador, y ese es el fundamento jurídico que permite traer para la agencia el elemento "por cuenta de", presente en la misma definición del mandato mercantil (C. Co., art. 1262)". En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Francisco de Paula Higuera y Otros vs. Casa Luker S.A., siendo árbitros César Uribe Urdinola, Carlos Alberto Navia Raffo y Hernando Cardozo Luna, cuando dicen: "Como la agencia es una forma de mandato esto significa la actuación por cuenta de otro. Aunque no debemos soslayar algunas tesis que sostienen que el elemento la actuación por cuenta de no es de la esencia del contrato de agencia, somos de la opinión de que esta modalidad contractual exige la actuación del agente por cuenta del agenciado (Salvamento de voto a la Sentencia de la Sala de Casación Civil, octubre 31 de 1995)", pero como bien lo dice Bonivent Jiménez "puede o no hacerlo en su nombre, puede o no ser su representante" (BONVENTO, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación, Librería del Profesional, pág. 149)". En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Consorcio Business Ltda. vs. Bellsouth Colombia S.A., que dijo: "El contrato de agencia comercial es una especie de mandato, en el cual, según lo establecido en el artículo 1321 del Código de Comercio, el agente debe cumplir el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas y rendir al empresario las informaciones relativas a las condiciones de mercado en la zona asignada. A su vez, ese encargo consiste en la promoción o explotación de determinado negocio". En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Exxonmobil de Colombia S.A. vs. Muñoz Real y Cía Ltda., siendo árbitros Fabio Silva Torres, Enrique Laverde y Carlos González Vargas. También en el Tribunal de Arbitramento de Cellular Trading de Colombia Limitada Cell Point vs. Comunicación Celular S.A. Comcel, cuando dice: "La jurisprudencia y la doctrina son consistentes en considerar que para que se dé el agenciamiento, en cualquiera de las dos modalidades, se tendrá que actuar en interés de otro, del agenciado, pues si el sujeto activo de la relación promueve o explota para sí, en su propio provecho, se estará en presencia de un negocio jurídico diferente". En el mismo sentido que el contrato de agencia es una modalidad del contrato de mandato, el Tribunal de Arbitramento de Invertexy, E.U. vs. LG Electronics Colombia Limitada, cuando establece como elemento de la esencia del contrato de agencia que "El agente obra como mandatario –con o sin representación– de otra persona". También en el sentido que uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial es que el agente obre por cuenta del empresario, el Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A., en liquidación vs. Comunicación Celular S.A., Comcel, en el que actuaron como árbitros Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo. El Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. vs. Fiberglass Colombia S.A, en el que actuaron como árbitros Ernesto Gaboa, María Clara Michelsen y Carlos Enrique Marín consideró que la agencia era una modalidad de mandato y esto significaba la actuación por cuenta de otro. En contra, el Tribunal de Arbitramento de Cellular Trading de Colombia Ltda. Cell Point vs. Comunicación Celular S.A. Comcel, que consideró una relación jurídica como agencia comercial, sin embargo de considerar que "los actos que realizaba (el agente) en su labor de promoción eran de carácter material, no jurídico", lo que excluye la consideración del mandato.

34 Gómez Mejía, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Editorial Anaké. 1980. p. 194; Cardozo Luna, Hernando. *La Agencia Mercantil en el Derecho Mercantil Colombiano*. p. 59; Pérez Vives, Álvaro. Concepto publicado en *Derecho Colombiano*, tomo 28, 1973; Bonivent Fernán-

La gestión por cuenta ajena es nota característica de muchos otros contratos, tales como, el contrato de trabajo, el depósito, el transporte, el corretaje, el arrendamiento de servicios o el contrato de mandato.

Como se tratará en desarrollo de este apartado, este elemento es muy importante para determinar las relaciones del contrato de agencia mercantil con el contrato de mandato³⁵, y con los contratos de distribución³⁶, en especial, con el contrato de suministro para la distribución³⁷. Indudablemente estas han sido unas tormentosas relaciones. En sentido positivo, este elemento nos hace preguntarnos si es posible que un agente comercial asuma posición propia.

¿Pero qué significa que el agente obre por cuenta de otro³⁸? Fundamentalmente, que las

dez, José Armando. *Contratos Mercantiles de Intermediación*. Editorial Ediciones Librería del Profesional. 1999. p. 150; Vallejo García, Felipe. *El Contrato de Agencia Comercial*. Editorial Legis. 1999. p. 53; Cárdenas, Juan Pablo. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Editorial Temis. 1984. p. 20; Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles* Tomo I. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1997. p. 386. Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo IV. De los Contratos. Editorial Temis. 1985. p. 327; Namén Vargas, William. Contrato de agencia comercial. En *Derecho de la distribución comercial*. El Navegante editores. Bogotá, 1995. p. 203. En sentido contrario, concepto de Gustavo de Greiff, publicado en *Derecho Colombiano*, tomo 48, 1983; Hinestrosa, Fernando. La agencia comercial y figuras afines. En *Escritos varios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983.

35 Juan Pablo Cárdenas sostiene que algunos países como Italia y Bolivia han regulado el contrato de agencia comercial como una figura autónoma, mientras que otros, como Francia y Colombia, lo regulan como una modalidad del contrato de mandato. Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 17.

36 Es claro que en el contrato de concesión no hay el elemento por cuenta de, ya que el concesionario actúa siempre por cuenta propia y en su propio interés al realizar la distribución de los bienes o servicios objeto del contrato.

37 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. El suministro para la distribución se encuentra reglamentado por el artículo 975 del Código de Comercio.

38 Para Arrubla Paucar, actuar por cuenta ajena implica que el resultado de la actividad se adquiera por tercera persona. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Ob. cit.*, p. 386.

principales utilidades³⁹, riesgos y costos del negocio estén a cargo del agenciado⁴⁰, lo que supone que durante la vigencia del contrato y a la terminación del mismo, la clientela creada sea principalmente del agenciado y no del agente.

En este sentido este elemento tiene más de económico que de jurídico⁴¹, en cuanto se refiere al patrimonio que se ve afectado. Pero hay también otro sentido más jurídico que económico, y es el que se refiere a la forma como se radican en cabeza del agenciado los efectos (derechos y obligaciones) de los actos jurídicos que se realizan, como consecuencia de la labor de promoción realizada por el agente.⁴² Con esto no se quiere decir que el agente ni se beneficie ni corra riesgos en la ejecución del contrato, pues nos encontramos ante un contrato que es oneroso por esencia, que de suyo supone cargas para ambos contratantes; para el agente por cuanto toda la infraestructura para la distribución del

39 En sentencia del 2 de diciembre de 1980, la Corte Suprema de Justicia consideró que "El encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario."

40 En el Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A., de julio 19 de 2005, en el que actuaron como árbitros Carlos Manrique Nieto, Mauricio Plazas Vega y Carlos Esteban Jaramillo se dijo que "es propio al contrato de agencia mercantil que el agente o representante actúe "por cuenta del agenciado" y en todo caso en "su beneficio". La inclusión del término encargo en la definición legal, con el alcance ya visto, implica que se trata de realizar actividades para otro, para el que encarga". Para el Tribunal de Arbitramento de Consorcio Business Ltda. vs. Bellsouth Colombia S.A., cuyos árbitros fueron Diego Muñoz Tamayo, Fernando Santos Silva y Aurelio Tobón Mejía, el actuar por cuenta de otro significa que las utilidades del negocio son para el agenciado, independientemente de que el agente asuma también algunos riesgos del negocio.

41 Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C. y otro vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A., en el que actuaron como árbitros José Alejandro Bonivento Fernández, Enrique Cala Botero y Jorge Suárez Melo.

42 Tribunal de Arbitramento de Valores y Descuentos Ltda. vs. Bellsouth S.A., hoy Celumóvil S.A.

producto es de cuenta suya y, además, su remuneración suele estar en función de las ventas que se realicen⁴³.

Consideramos que los siguientes riesgos están a cargo del empresario en un contrato de agencia mercantil: los de colocación o no de los bienes o mercancías, los de cartera, los de su pérdida fortuita. Por su parte, los principales riesgos a cargo del agente-distribuidor serían los del sostenimiento de la infraestructura necesaria para la distribución, que muchas veces se referirá a los establecimientos de comercio necesarios para desarrollar dicha labor.

Pero, ¿puede el agente dar garantía por el cumplimiento de la obligación de quien contrate con él?, y si la respuesta es positiva, ¿no se estaría desvirtuando el elemento *por cuenta de*? El Código de Comercio nada dice sobre ello, pero la respuesta se encuentra en una norma del contrato de mandato que establece que el mandatario “puede, por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad toda la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constituyéndose entonces en principal deudor para con el mandante y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor.”⁴⁴ Verificado ese hecho, el agente debe cumplir en las mismas condiciones que

el tercero, sin que se requiera que el agenciado tenga que demandar primero al tercero para exigir el cumplimiento de su obligación.

Se está de acuerdo con el sentir común en relación a que uno de los elementos esenciales para la tipificación del contrato de Agencia Comercial es, precisamente, la actuación del agente por cuenta del empresario⁴⁵, aunque la norma legal que define el contrato de agencia mercantil no sea explícita, e independientemente de que obre como agente, representante, fabricante o distribuidor, según las diferentes denominaciones que contempla el art. 1317 del Código de Comercio.

Sin ahondar en las razones que nos llevan a sostener esta tesis, porque eso sería como llover sobre tierra mojada, a continuación exponemos sucintamente algunas de ellas: la principal, es que por definición legal lo que asume el agente es un **encargo**, como un encargo es lo que asume quien realiza un contrato de fiducia mercantil, o un contrato de encargo fiduciario, o un mandato, o un contrato de trabajo, o un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales; teniendo todos ellos como común denominador que quien realiza el encargo lo hace por cuenta de otro. Así, el contrato de agencia mercantil se ubica dentro de la categoría de contratos que se hacen por cuenta de otro, como todos los anteriormente relacionados.

Otras razones que nos llevan a la conclusión mencionada es que el agente comercial debe cumplir el encargo al tenor de las instrucciones

43 En contra la Corte Suprema de Justicia cuando dijo en la sentencia del 2 de diciembre de 1980, que el agente en la agencia mercantil “en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de estos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario los productos se desplazan a la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos.”

44 Artículo 2178 del Código Civil. En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Trujillo y Cía. S. en C.; Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A.

45 Garrigues explica la obligación del agente de concluir contratos a nombre y en interés de otro. Garrigues, Joaquín. *Ob. cit.*, p. 119.

recibidas; en este sentido, el principal, esto es, el agenciado, es quien tiene la potestad legal para fijar las condiciones principales en que se desarrollará el encargo asignado, en consideración a que el encargo se realiza por cuenta suya. Por esta misma razón encuentran explicación otras disposiciones legales de la agencia, como aquella que exige del agente informar sobre las condiciones de mercado para que el agenciado “valore la conveniencia de cada negocio” –en este sentido el agente es un promotor y un informador–, o la de aquella que establece que el agenciado tiene derecho a la remuneración⁴⁶, su principal derecho, incluso cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario, o cuando el empresario lo realice directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio; o la misma “cesantía comercial” a la que tiene derecho el agente a la terminación del contrato.

En este entendido también vale la pena considerar el sentido que la legislación privada le concede al término agente. En varias normas el Código Civil se refiere al agente como aquel que actúa por cuenta de otro y que por ello vincula o compromete su responsabilidad, entre otros los artículos 774, 1983, 1984, 2072. Ocurre lo mismo con algunas normas del Código de Comercio

que se refieren al agente, por ejemplo, los artículos 1011, 1067 y 1489⁴⁷.

Siendo así las cosas, en todas las modalidades de agencia antes reseñadas, el agente promociona o explota negocios, y el resultado de esa gestión está dirigido principalmente a favorecer los intereses económicos del agenciado. El agente comercial vela fundamentalmente por los intereses del agenciado, sin comprometer su propio patrimonio.⁴⁸ Obviamente que, en la medida que la labor del agente produzca beneficios en el patrimonio del agenciado, se verá también beneficiado el agente comercial por varias razones: ordinariamente la remuneración del agente se pacta en función de la distribución que se haga, y si no se pactaran de esta forma, el buen nombre que adquiere el agente por una labor exitosa, indudablemente redundaría en más negocios en su favor.

Estrechamente relacionado con la consideración del elemento *por cuenta de* está la consideración de un tema de singular importancia, y es el de las relaciones entre el contrato de agencia mercantil y el contrato de mandato.

En jurisprudencia reiterada la Corte Suprema de Justicia considera que el elemento *por cuenta de* hace que el contrato de agencia mercantil sea

47 Tribunal de Arbitramento de Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Limitada, en el que actuaron como árbitros Martha Clemencia Cediel de Peña, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

48 En el Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A.– de julio 19 de 2005, en el que actuaron como árbitros Carlos Eduardo Manrique Nieto, Mauricio Alfredo Plazas Vega y Carlos Esteban Jaramillo, se consideró que “el agente no debe afectar su situación patrimonial de manera definitiva por el resultado exitoso o frustrado del negocio, salvo claro está, lo que corresponde a su remuneración, por la gestión realizada”.

46 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de diciembre de 1980. En igual sentido, la sentencia del 15 de diciembre de 2006, en que la Corte considera que hace que el agente obre por cuenta del empresario el hecho que reciba una remuneración por su gestión y que tenga el derecho de retención.

una modalidad más del contrato de mandato⁴⁹, y además, del contrato de mandato con representación⁵⁰. También la mayoría de los laudos arbitrales que se refieren al tema consideran lo mismo, pero contrario de la Corte Suprema de Justicia reconocen que por las diferencias entre mandato y representación, y a que ésta no es un elemento de la esencia del mandato, la agencia se podría dar mediante un mandato con o sin representación⁵¹. En cuanto a la doctrina, aunque la tesis mayoritaria es la de que el contrato de agencia es una modalidad del contrato de mandato⁵², hay voces disidentes⁵³.

Se destaca también que así como en el contrato de mandato, en el contrato de agencia mercantil hay relaciones internas y otras externas. Las primeras de ellas hacen relación al agenciado y al agente comercial, en consideración a que uno obra por cuenta y riesgo de otro, con lo que los efectos jurídicos se producen directamente

49 Y aún en el caso que se considere que la agencia comercial no es una modalidad del contrato de mandato, será necesario llenar con las normas del mandato los vacíos que presenta la reglamentación del contrato de agencia en virtud de la remisión expresa que se hace de las normas del mandato a la agencia. Gómez Mejía, Jaime Alberto. *Ob. cit.*, p. 197.

50 Ver las dos sentencias del 2 de diciembre de 1980 sobre el tema.

51 Ver relación de Tribunales de Arbitramento de la nota 32.

52 Escobar Sanín lo fundamenta en los siguientes artículos: 1320, en virtud del cual el contrato de agencia contendrá las estipulaciones de los poderes o facultades de los agentes; 1321, en virtud del cual el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas y le dará las informaciones necesarias para que se pueda controlar la marcha del negocio; 1324, en virtud del cual la agencia termina por las mismas causas del mandato; y 1330, en virtud del cual al agente se le aplicarán en lo pertinente las normas del Título III y de los capítulos I a IV de ese título. Ver, Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 390.

53 Son voces discordantes, entre otros, Juan Pablo Cárdenas. Enrique Gaviria Gutiérrez considera que ser mandatario es apenas uno de los roles que puede desempeñar el agente comercial. Gaviria Gutiérrez, Enrique. *Lecciones de Derecho Comercial*, p. 299. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Ob. cit.*, p. 384.

en el patrimonio del primero, y si actúa como representante del primero, está en la obligación de transferirle todos los efectos del negocio que realice. Y las externas, marcadas también en cuanto el agente obre o no con o sin representación.

El contrato de agencia mercantil se ubica dentro de los contratos que implican la gestión de intereses ajenos, tales como, el mandato, el transporte y la fiducia, entre otros, en los que el agente puede en cumplimiento de las actividades previstas en el artículo 1317 del Código de Comercio actuar solamente como promotor, o como mandatario con o sin representación, concluyendo los negocios promovidos, o acompañar la labor de promoción de la fabricación o distribución de los bienes.

De esta forma, aunque una de las modalidades posibles para el agente es actuar como mandatario, ella no agota las singularidades del contrato de agencia mercantil cuando el encargo que recibe el agente es para la realización de actos materiales, como en el caso que su función se limite a la promoción y a la fabricación⁵⁴, en consideración a que estas son actividades materiales que no son propias del objeto de un contrato de mandato⁵⁵. La promoción se desa-

54 En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Maquinaria Pesada del Tolima Ltda. vs. Tercej & Cía. S.A., en el que se manifestó que el agente puede ser “únicamente promotor, caso en el cual se limitará a realizar actividades de impulso, de incentivo y de preparación de contratos, que terminarán por celebrarse entre el empresario y el cliente directamente.” “Ser promotor y mandatario del empresario, lo cual implica que la responsabilidad del agente no se limita a preparar los negocios con la clientela, sino también a realizarlos. Esta posición lleva a dos posibilidades: Que los negocios los realice por cuenta del empresario o en su propio nombre (representándolo).”

55 El Tribunal de Arbitramento de Punto Celular Ltda. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A.– aún diciendo que la agencia mercantil es una modalidad de mandato, reconoce que “Desde la definición legal

rrolla a través de actos materiales orientados a estimular todos los negocios posibles dentro de un determinado ramo. Esta actividad, que siempre debe acompañar al contrato de agencia, tiene por objeto buscar clientes, inducirlos a contratar y presentarlos al empresario para que éste perfeccione o formalice los negocios jurídicos, mientras que un mandatario se compromete –cualquiera que sea su encargo– a la realización de actos jurídicos y no a la consecución de clientes.

También, mientras que en el contrato de mandato el mandante tiene como obligación proveer al mandatario lo necesario para el cumplimiento del encargo, sin que pueda disculparse de cumplir esta obligación, ni siquiera alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a un menor costo, en la agencia es el agente quien pone al servicio del agenciado su empresa para la distribución, por tanto, quedan a su cargo los gastos que supone el mantenimiento de la misma, dando la ley la posibilidad de pactar en contrario, esto es, que el agenciado le reconozca al agente las inversiones realizadas.

Mientras que hay la posibilidad de constituir un mandato general para todos los negocios del mandante, el agente no puede intervenir en actividades ajenas al contrato de agencia,

del contrato de agencia se señala este elemento fundamental que, a diferencia de lo que ocurre en el mandato simple, aquel conlleva una actividad de permanente intermediación frente a la clientela con miras a conquistarla, ampliarla o conservarla. Pero el agente puede ser no solo promotor sino también mandatario⁽²⁾, es decir, su responsabilidad puede consistir, no únicamente en preparar los negocios e interesar a los clientes, sino también en realizarlos él mismo, por cuenta del empresario; encontramos allí un agente que es promotor y además mandatario, con la posibilidad adicional de serlo con o sin la representación del empresario...⁽³⁾.

ni ajenas a la zona de vigencia del contrato de agencia mercantil.

Mientras que el contrato de mandato puede tener una vigencia breve o extendida en el tiempo, dependiendo del encargo que se le haga al mandatario, el contrato de agencia mercantil tiene como uno de los elementos de la esencia la estabilidad del mismo. Así, si se trata de un contrato de mandato especial, las facultades que tiene el mandatario se agotan en la realización de cada uno de los actos previstos, en cambio el agente está obligado a realizar una serie de actos que configuran la labor encomendada.

Parece oportuno tratar también aquí las posibilidades que tiene el agente de delegar el encargo encomendado en terceras personas. Consideramos que la norma legal aplicable al caso es la de la comisión, por remisión normativa expresa en la agencia a las normas de la comisión, que no es más que una modalidad de mandato. Dentro de estas normas se establece que el comisionista no podrá delegar su encargo si no cuenta con la expresa autorización del comitente (artículo 1291 del Código de Comercio). Esta es una lógica solución aplicable también al contrato de agencia, en cuanto que estamos frente a un contrato *intuitu personae* en el que las condiciones de cada parte son muy especiales para la otra como razón de celebración del contrato y, especialmente, para el empresario⁵⁶.

56 En sentido contrario Escobar Sanín, quien considera que los supuestos de la norma que regula la delegación en la comisión no aplican al contrato de agencia, por cuanto según él, el comisionista suele intervenir en negocios privados cuya celebración exige sigilo y prudencia y en la agencia la labor del agente es siempre pública y de promoción. Por tanto, considera el autor que en la agencia se puede delegar sin contar con la expresa autorización del empresario. Ver, Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 424.

No se puede terminar este apartado sin hacer referencia a otro aspecto debatido del contrato de agencia, que tiene que ver directamente con que uno de los elementos de la esencia del mismo sea que la actuación del agente es por cuenta de otro. Hablamos de la posibilidad de coexistencia del contrato de agencia mercantil con otros contratos de distribución, especialmente, con el contrato de suministro para la distribución, aclarando que se trata de dos contratos de distribución, uno en sentido lato (el de agencia) y otro en sentido restringido (el de suministro).

Muy conocida es la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia en relación con la coexistencia de estos dos contratos. Para la Corte la actividad de comprar bienes para luego revenderlos no constituye agencia por cuanto el distribuidor en este caso obra por cuenta propia y, consecuencialmente, en utilidad de quien ejerce la actividad: "y el hecho de que para el cumplimiento de tal propósito el distribuidor se vea precisado a desplegar ciertos actos de publicidad o de consecución de clientes, no desvirtúa, tal como lo ha sostenido esta corporación, el carácter de acto propio de aquella actividad mercantil (la del suministro para distribución), aunque el fabricante se beneficie con la llegada del producto al consumidor final.⁵⁷ Adicionalmente, para la Corte, mientras que el agente coloca en el mercado productos ajenos, en el suministro por distribución se colocan productos propios.⁵⁸ Que el agente no puede ser propietario de los

bienes que distribuye ya es considerada por algunos como doctrina legal probable.⁵⁹

La mayoría de quienes consideran que el elemento *por cuenta de* es de la esencia del contrato de agencia, están de acuerdo con la tesis de la Corte Suprema de Justicia negando la coexistencia en atención a que quien se ha de beneficiar del negocio es principalmente el agenciado, y con la distribución de productos propios del distribuidor se estaría favoreciendo exclusivamente el agente⁶⁰; y la colocación del producto en el público, que de suyo llevaría inherente una labor de promoción del producto, no sería naturalmente la tarea propia de la promoción exigida dentro del contrato de agencia mercantil⁶¹. El distribuidor tiene más autonomía

59 Tribunal de Arbitramento de Avalnet Comunicaciones Limitada vs. Avantel S.A., cuando dice que "Bien sea que la jurisprudencia se tome como auténtica y autónoma fuente de derecho, o que solo se la considere como un "criterio auxiliar de la actividad judicial" (C.P., art. 230), este tribunal no puede desconocer lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha decantado en más de treinta (30) años de vigencia del actual Código de Comercio, y esa es la razón para que se considere que un elemento que deberá tomarse en cuenta, que tiene el valor de doctrina probable (L. 169/96, art. 4º), es que no existe agencia comercial cuando el pretendido agente ha adquirido en firme los bienes del agenciado para revenderlos(7)". El Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A., en liquidación vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel–, consideró que los agentes comerciales son "gestores por autonomía de intereses ajenos y quienes no adquieren en firme para después revender sino que, aún en la hipótesis excepcional de que cuenten con facultades representativas, se limitan en su labor de promoción a ejecutar la política comercial del agenciado".

60 El Tribunal de Arbitramento de Punto Celular Ltda. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A.–, consideró que no había agencia comercial por cuanto, "que los llamados "kits" eran comprados por la convocante a la convocada, para luego revenderlos a terceros. En ese sentido se advierte que los efectos de las compraventas celebradas por Punto Celular con los adquirentes de los equipos telefónicos, no se trasladaban ni debían trasladarse a Comcel. Además, el riesgo por la eventual falta de venta de los equipos lo asumía Punto Celular, como lo indicó uno de los testigos reseñados, todo lo cual lleva a sostener que en materia de venta de equipos telefónicos Punto Celular actuaba, en los contratos de compraventa celebrados con terceros, por su cuenta y no por cuenta de Comcel".

57 Sentencia del 31 de octubre de 1995.

58 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de diciembre de 1980.

61 En este sentido el Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel–, cuando dice: "El agente, por definición gestor encargado de promover o concluir negocios u opera-

que el agente, en consideración principalmente a que aquel promueve su propio negocio, trabaja para sí, mientras que el agente promueve un negocio ajeno.⁶²

Otras importantes diferencias son que en la agencia, por regla general, el agente no recibe productos, porque lo que él hace es poner en contacto o promover; en el suministro la principal obligación del consumidor es el pago del precio a su proveedor como contraprestación por la venta de los productos recibidos, mientras que en la agencia la obligación principal del agente es promover o promocionar un determinado producto (para algunos si en un suministro se adquiere la obligación de promoción, ésta es accesoria, en la agencia es un elemento esencial), y las prestaciones son pagadas por personas distintas en la agencia y en la distribución. Así se resalta el hecho de que en la agencia es el empresario quien paga la remuneración del agente, mientras que en el suministro quien le paga al principal (al proveedor) es el consumidor (o sea aquel que adquiere para revender)⁶³.

ciones por cuenta del principal, independientemente de que lo haga en nombre de este último o en el suyo propio, se asemeja a un mandatario habilitado con frecuencia para ejercer directa o indirectamente la representación de ese mismo principal, que actúa como intermediario o "broker" –vocablo este con firme arraigo en los EE.UU.– con la esperanza de hacer suya la comisión cuya percepción le asegura el acuerdo de agenciamiento concertado con el principal, causada sobre las ventas y servicios efectivamente colocados por su intermedio. Ahora bien, si se trata, no ya de un gestor equiparable al tipo que acaba de describirse, sino de un distribuidor autorizado o de un concesionario, toda vez que desde este punto de vista no se registra entre estos diferencia esencial apreciable, la significación económica de la función distributiva se pone de manifiesto a plenitud; operan de la manera en que suelen hacerlo los "dealer" y su ganancia surge, básicamente, de un margen de reventa al que igualmente se le conoce con el nombre de "descuento".

62 Tribunal de Arbitramento de Cellular Trading de Colombia Ltda. Cell Point vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel.

63 El Tribunal de Arbitramento de Maquinaria Pesada del Tolima Ltda. vs. Tracej & Cía. S.A. consideró que habían dos elementos diferenciado-

Adicionalmente, otra importante diferenciación entre los dos es la forma como se remunera al distribuidor y al agente. Mientras que para el primero el beneficio es la diferencia entre el precio de compra y el de reventa, el agente recibe ordinariamente como remuneración un porcentaje del precio del producto, que equivale, por lo general, a porcentajes variables cuantificados sobre volúmenes de venta⁶⁴.

Para otros, dentro de los que nos incluimos, la coexistencia entre el contrato de agencia y el de suministro es compatible en cuanto que el distribuidor tenga un expreso encargo de promoción del producto a la vez que coloca el producto de su propiedad, con las connotaciones que tiene la labor de promoción de parte del agente comercial⁶⁵. Adicionalmente, la norma que define el contrato de agencia mercantil no dice quién tiene que ser el propietario de los bienes que se están distribuyendo⁶⁶. Concluimos, si el

res entre el suministro por distribución y la agencia "uno jurídico-económico que es el hecho de que en la agencia los efectos patrimoniales del acto de venta no afectan al agente, pues el negocio se realiza entre el principal y el consumidor final, mientras que en la distribución, el efecto patrimonial del negocio de venta afecta al distribuidor y no al principal, pues el distribuidor es quien realiza la venta y recibe el pago. (...) el elemento diferenciador jurídico-económico, es que en la distribución hay venta para reventa, de principal a distribuidor y luego de este al consumidor final, lo que no ocurre en la agencia (...). El elemento más puramente jurídico en que radica la diferencia consiste en el obrar por cuenta de otro que está presente en la agencia y no en la distribución, porque en ella como ya lo indicamos se presenta una venta para reventa".

64 Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A., en liquidación vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel, en el que actuaron como árbitros Carlos Esteban Jaramillo S., Juan Pablo Cárdenas y Gabriel Jaime Arango Restrepo.

65 En el mismo sentido Ignacio Sanín Bernal. Ver, Sanín Bernal, Ignacio. Contrato de suministro. En *Derecho de la distribución comercial*. El Navegante Editores. Bogotá. 1995. p. 155.

66 Arrubla Paucar utiliza varios argumentos para defender la coexistencia del contrato de agencia mercantil con el contrato de suministro: la remisión que hace el legislador a las normas sobre el suministro dentro del contrato de agencia mercantil, pero advierte que "no todo el

distribuidor adquiere el producto y a su vez lo distribuye sin ningún encargo especial del empresario para la promoción del mismo, no estaríamos en frente de un contrato de agencia mercantil, a menos que fuera un caso de agencia de hecho, por cuanto el distribuidor estaría obrando a nombre propio, la labor de promoción le estaría beneficiando principalmente a él, la clientela sería suya, y suyos serían igualmente los riesgos de la actividad. Para estar frente a un contrato de agencia mercantil se requiere, siempre, que adicionalmente a la distribución del producto que naturalmente hace el distribuidor cuando cumple su función, haya un encargo especial de promoverlo⁶⁷. Puede suceder tam-

que distribuye es agente, pero quien lo hace mediante un encargo de promover o explotar negocios, sí lo es, y dicho encargo no es necesariamente el que se realiza en forma expresa, sino que puede deducirse de la voluntad tácita de los contratantes, como sucede en la agencia de hecho, expresamente admitida en nuestra legislación". Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Ob. cit.* p. 389. Igualmente, el Laudo Arbitral de Cellular Trading de Colombia Ltda. Cell Point vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel, tratando sobre las relaciones entre el contrato de agencia y el contrato de distribución, cuyo contrato típico más cercano en Colombia sería el contrato de suministro para la distribución, considera que "la agencia y la distribución obedecen a nociones diferentes que sin embargo pueden coexistir, pues nada se opone a que un mismo agenciamiento tenga el espectro necesario para cubrir las diversas variables que admite la figura jurídica". El Tribunal de Arbitramento de Valores y Descuentos Limitada vs. Bellsouth S.A. (hoy Celumóvil S.A.), considera que "... se establece una clara barrera entre el contrato de "agencia" y otras formas de actuación en la vida mercantil, en que el comerciante se limita a mercadear en su interés, y sin ninguna obligación con terceros, productos o servicios de éstos". También consideró la posibilidad legal de la coexistencia de los contratos de agencia y el de suministro el Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. y otro vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A., cuando manifestó que: "Esto significa que la "compra para revender" no impide la existencia de un verdadero agenciamiento, el cual aparece cada vez que el intermediario recibe el encargo de promover los negocios del fabricante y que dicha labor promocional se cumpla por cuenta, riesgo y en beneficio de este último. En consecuencia, la "promoción por cuenta" se erige como la verdadera diferencia específica y el elemento distintivo y más relevante de la agencia comercial.

67 En la sentencia del 31 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia consideró que "El contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica intermediadora, lo hace afin con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca".

bién⁶⁸, que un mismo intermediario pueda en su condición de intermediario actuar frente al mismo empresario, en calidad de agente comercial por una comisión en relación a determinados productos y, simultáneamente, en calidad de distribuidor-revendedor con un margen comercial respecto a otros, ya que no son actividades incompatibles⁶⁹. Pero como ya se dijo, se considera también que cuando hay coexistencia, el encargo para promocionar se puede conceder implícitamente, en cuanto existe la agencia comercial de hecho.

Podrían llevar a pensar en la coexistencia de un contrato de distribución con un contrato de agencia mercantil: que ambas partes diseñen la estrategia de publicidad; que sea el fabricante quien determine los precios de reventa de los bienes; que éste tenga la facultad de dar instrucciones en relación con la venta de los productos y el distribuidor la obligación de ponerlas en práctica.

68 Guardiola Sacarrera, Enrique. *Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional*. Cap. 3. Barcelona, 1998. Citado por el Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A., en liquidación, vs. Comunicación Celular S.A. Comcel.

69 En el Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Trujillo y Cía. S. en C. Insucampo e Insucampo E.A.T. vs. Agrevo S.A. hoy Aventis CropScience Colombia S.A., en el que actuaron como árbitros Jorge Suescún, Enrique Cala y Antonio José Alejandro Bonivento, se dijo que "... bien podría decirse que Insucampo vendía por cuenta del fabricante y que actuaba como un mero intermediario, de manera que para simplificar las cosas en nada se resentiría la verdad económica y operativa, si el fabricante hubiera fabricado directamente al consumidor final. Pero ello no se hacía así, tal vez para alejar la posibilidad de que el contrato se considerara como de agencia, al no existir facturas que acreditaran la compra para revender y también con el propósito de que Insucampo asumiera el riesgo de la cartera. Sin embargo, estos factores a juicio del Tribunal, no serían suficientes para desvirtuar el agenciamiento, si se demostrara que se llevó a cabo, además, una promoción que redundó, primordialmente, en beneficio del fabricante. En otras palabras, ante la desfiguración en este caso del criterio de la 'compra para revender', el Tribunal ha de determinar si se encuentra acreditada en el proceso la que constituye la diferencia específica del agenciamiento, que, como ya precisó, es 'la promoción por cuenta y en beneficio' del fabricante".

E. Una remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario

No hay norma legal que establezca este requisito dentro del contrato de agencia comercial. Encontramos vestigios del requisito en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia⁷⁰, en algunos laudos de tribunales de arbitramento⁷¹, y en cuanto a la doctrina nacional, es de resaltar el enfático dictamen que hace Arrubla Paucar en el sentido que no se trata de un requisito de la esencia del contrato⁷². En este razonamiento,

algunos consideran que el elemento de la esencia de la onerosidad debe aparecer en la norma que tipifica el negocio, porque constituye una limitación a la autonomía de la voluntad⁷³.

Se piensa que se está ante otro de los elementos de la esencia del contrato de agencia mercantil⁷⁴, en atención a que, en primer lugar, la agencia comercial es un contrato oneroso en el que se gravan ambos contratantes, y el gravamen principal a cargo del agenciado es precisamente el pago de la remuneración a favor del agente comercial. Si el artículo 1322 manda imperativamente el pago de la remuneración en tres casos extraordinarios, con mucha mayor razón el agente tiene derecho a ella en el desarrollo normal del contrato. Adicionalmente, la “cesantía comercial” a la que el agente tiene derecho a la terminación del contrato de agencia, está fijada en función de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años por el agente comercial, lo que significa que el entendimiento de la ley es que el agente recibe una remuneración durante la vigencia del contrato. Además, ¿cuál sería la causa del contrato para el agente si hiciera la distribución de los bienes, asumiendo el costo de la misma, sin recibir nada a cambio? Además, la gratuitad es un elemento ajeno a los actos de los comerciantes⁷⁵, aunque excepcional y expresamente la ley comercial la permita en algunos casos, como en el mutuo sin intereses.

70 En la sentencia del 15 de diciembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia consideró que, “claro está que su gestión es remunerada, aún cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario, o cuando éste lo realice directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando el empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no finiquitar el negocio (1322 *eiusdem*). El Dr. Javier Tamayo Jaramillo, en su aclaración de voto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 31 de octubre de 1995, y al analizar la posibilidad de coexistencia de un contrato de suministro y uno de agencia mercantil, afirma dicha posibilidad siempre y cuando se pacte una remuneración adicional, razón por la cual sería posible afirmar el carácter esencial de dicha remuneración en el contrato en cuestión.”

71 El Tribunal de Arbitramento de Consorcio Business Ltda. vs. Bellsouth Colombia S.A., consideró la remuneración como un elemento de la esencia del contrato de agencia mercantil. En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Exxonmobil de Colombia S.A. vs. Muñoz Real y Cía Ltda., siendo árbitros Fabio Silva Torres, Enrique Laverde y Carlos González Vargas; el Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C., Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A.; el Tribunal de Arbitramento de Invertexy EU vs. LG Electronics Colombia Ltda.; el Tribunal de Arbitramento de Prebel S.A. vs. L’Oreal, en el que actuaron como árbitros Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín. En sentido contrario, el Tribunal de Arbitramento de Delta Consultores de Riesgos Ltda. vs. BBVA Seguros Ganadera Compañía de Seguros S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros), en el que se consideró que la remuneración no era un elemento de la esencia del contrato de agencia; el Tribunal de Arbitramento de la Compañía Central de Seguros S.A. y la Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda., en que actuaron como árbitros Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Antonio José de Irisarri Restrepo, que al enunciar los elementos de la esencia del contrato no incluyó el de la onerosidad.

72 Por su parte Escobar Sanín considera la onerosidad como un elemento de la naturaleza del contrato de agencia. Ver, Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 389. Mientras que Hinestrosa considera que “nada se opone a que se den, excepcionalmente, y posiblemente en un período fugaz, contratos de agencia gratuitos. Ver, Hinestrosa, Fernando. *Ob. cit.*, p. 770.

73 Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 389.

74 En el mismo sentido, Vallejo García, Felipe. *Ob. cit.*, p. 52 y Namén Vargas, William. *Ob. cit.*, p. 203.

75 En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Punto Celular Limitada vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A.

Como no existe disposición alguna que lo prohíba en el capítulo que el Código de Comercio dedica a la agencia, corresponde a las partes determinar en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad el monto de la remuneración y su forma de pago, que no necesariamente tienen que obedecer a porcentajes de ventas directas⁷⁶.

Conforme al artículo 1323 del Código de Comercio, la remuneración también puede consistir en un porcentaje de las utilidades del negocio, en cuyo caso los gastos de la agencia, los que por regla general no son de cargo del empresario, deben ser descontados a título de expensas generales del negocio y en este evento el agente puede recibir: un porcentaje determinado del valor de cada venta, de forma tal que siempre será el mismo independientemente de la utilidad o pérdida del negocio considerado en su integridad; o un porcentaje de las utilidades del negocio mirado éste en su totalidad, lo que implica que deban sumarse los gastos efectuados para producir la mercancía junto con aquellos realizados para colocarla en el consumidor final. De esta suerte se contabilizan tanto los gastos del empresario como los del agente, para así poder determinar la totalidad de las utilidades y sobre éstas calcular el porcentaje que le corresponde a dicho agente.

Puede suceder también que las partes no digan nada acerca de la remuneración, caso en el cual se hace necesario acudir a las normas del mandato mercantil, en las que el inciso primero de artículo 1264 del Código de Comercio

determina que el mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en el género de actividades que tenga encomendadas el mandatario, o en su defecto a la que determinen peritos. Por tanto, el tema ha de resolverse teniendo en cuenta la costumbre imperante en materia de los negocios relativos a la agencia de que se trate, y si no la hay, habrá que acudir a un dictamen pericial.

Ahora bien, ¿podrá convenirse en especie el pago de esta remuneración? Pensamos que no hay nada en contra para hacerlo. La remuneración también podrá ser pagada en especie, que puede consistir incluso en una cantidad de las mercancías objeto del contrato de agencia o en cualquier otro tipo de bienes.

Otra forma de remuneración puede ser una suma fija pagadera por períodos determinados, independientemente del monto de las ventas realizadas por el agente.

La agencia comercial versa entonces sobre un encargo estable, duradero, continuo, que se realiza por medio de una labor profesional autónoma y cuyo objetivo es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, y que exige desarrollar diversas actividades y labores todas encaminadas a estimular la realización de negocios, normalmente homogéneos y en masa. “El agente, mediante su organización propia, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contratos permanentes, visitas a clientes potenciales, todo dentro de las instrucciones del agenciado y en coordinación

76 Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A. en liquidación vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel.

con éste, a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado”⁷⁷.

IV. PARTES

Empresario o agenciado, es la persona que requiere ampliar la red de distribución de sus bienes o servicios y que como su nombre lo indica es el titular de una empresa⁷⁸. El empresario puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada, comerciante o no, incluso con o sin ánimo de lucro⁷⁹.

El código prefirió un nombre genérico para quien hace el encargo en el contrato de agencia. Empresario es el titular de una empresa, es decir, de toda actividad económicamente organizada.

La capacidad del empresario tiene importancia para los terceros cuando se trata de actos celebrados por el agente en nombre del empresario, ya que la relación jurídica se establece en este caso directamente entre el empresario y el tercero. Pero en nada afecta al tercero la incapacidad del empresario, cuando el agente obra a nombre propio.

Aunque lo ordinario es que quien tenga una empresa se convierta en empresario, puede haber situaciones que permitan la celebración de un

contrato de agencia por quien teniendo la condición de empresario no es comerciante por faltarle ánimo de lucro, como ocurre cuando el empresario de un contrato de agencia mercantil es una caja de compensación familiar, o una cooperativa, y en general cualquier asociación en que primen los fines culturales, recreativos, deportivos, de beneficencia, etc., sobre la actividad de ánimo de lucro.

Agente, es una persona natural o jurídica que promueve o explota los negocios del empresario. No se exige legalmente que sea el titular de una empresa y aunque la norma que lo reglamenta habla del comerciante, lo que sucede es que adquiere ese estatus con el desarrollo de su encargo, pero ese no es un requisito previo para tener la calidad de agente.

Las normas que reglamentan la agencia comercial en el Código de Comercio son eminentemente protecciónistas del agente comercial⁸⁰. Destacándose sobre todas ellas, la norma que establece el derecho que tiene el agente comercial a la llamada cesantía comercial a la terminación del contrato.

Una imprecisión más de las normas que reglamentan el contrato de agencia es la de pretender hacer sinónimos en el artículo 1317 los términos *representante* o *agente*, que en sentido jurídico tienen una significación propia y diferente (el primero se refiere a quien actúa a nombre de otro y el segundo a quien tiene el encargo de promover un negocio por cuenta ajena), como

77 Suescún Melo, Jorge. *Derecho privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. ii. Editorial Universidad de los Andes y Legis. Bogotá. 2003. p. 423.

78 Sostiene Juan Pablo Cárdenas, que cuando el agenciado no tiene la condición de empresario estaríamos en frente de un contrato atípico. Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 28.

79 Namén Vargas, William. *Ob. cit.*, p. 217.

80 Cuberos de las Casas, Felipe. Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis. En *Revista de Derecho Privado* No. 35. Bogotá: Universidad de los Andes, diciembre de 2005.

lo dice Escobar Sanín: agente es término genérico, mientras que representante es término específico.

V. CARACTERÍSTICAS

Bilateral, consensual, oneroso, principal, de ejecución sucesiva, típico y nominado. A estas características ya se ha hecho referencia anteriormente.

El contrato de agencia es un contrato *intuitu personae*, pues en razón a su carácter de contrato duradero, obliga a las dos partes a una cooperación basada en la mutua confianza⁸¹. Especialmente en lo que hace al agente en consideración a lo que las condiciones personales de él producen en el ánimo del empresario para la celebración del contrato.

Es un contrato de colaboración, en cuanto exige una cooperación permanente entre agente y agenciado, de tal forma que lo que se forma entre ellos es una comunidad de intereses; como contrato de colaboración es el de fiducia, el de concesión, el de suministro, el de sociedad, o los de *joint venture*.

Es un contrato normativo, en cuanto que ordinariamente se prevé en él la celebración de contratos futuros con sujeción al contenido predispuesto por la unidad homogénea de cláusulas vinculantes por referencia o por reenvío. En este sentido se puede afirmar también que el contrato de agencia mercantil goza de algunas de las

condiciones de los contratos preparatorios en relación con esos contratos posteriores a él, ordinariamente de venta, y cuyos elementos se suelen identificar ya desde el contrato de agencia y estar predeterminados en él. Ordinariamente las previsiones que se hacen en el contrato de agencia, y en este sentido, en general, en los contratos de distribución, sobre el contenido de esos contratos posteriores, suelen ser las condiciones de los bienes, las condiciones de su reventa, las características de la clientela a la que se ha de dirigir la labor de distribución, el precio, las condiciones de crédito, las devoluciones, los reclamos, los sobreprecios máximos y mínimos, etc.

VI. PRESTACIÓN A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El empresario deberá pagar al agente, a la terminación del contrato, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor⁸² (artículo 1324 inciso 1).

El agente tiene derecho a esta “prestación”, sin ninguna consideración personal adicional, a la terminación del contrato, sin importar si se trata de una persona natural o jurídica, grande o pequeña, fuerte o débil. Como lo han dicho algu-

81 Garrigues, Joaquín. *Ob. cit.*, p. 119.

82 Es una prestación que tiene aplicación también en otros países. En Alemania, en virtud de la ley del 6 de agosto de 1953 y la del 13 de mayo de 1976, a la terminación del contrato de agencia el agente tendrá derecho a una prestación compensatoria y equitativa, acorde con la intensidad de la labor desempeñada.

nos, esta es una prestación automática⁸³, que le retribuye todos los esfuerzos realizados durante la vigencia del contrato por acreditar los bienes objeto de distribución. Por tanto, no es cierto, como lo dice el inciso segundo del artículo 1324, que la retribución a estos esfuerzos sea la de indemnización en caso de terminación del contrato por revocación del empresario o terminación sin justa causa comprobada, o cuando el agente lo termine por justa causa imputable al empresario, ya que esta es precisamente una indemnización por el daño causado.

La primera observación que nos surge sobre la redacción de la norma en comento, es que establece que a la terminación del contrato de agencia 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 los de vigencia del contrato, pero ¿los términos comisión, regalía o utilidad tienen un mismo significado?⁸⁴ Evidentemente, no; el solo examen del significado común de estos tres términos nos da la respuesta negativa a nuestro interrogante. En este sentido nos inclinamos por pensar que el criterio determinante, siguiendo la finalidad de la norma, es la comisión, esto es, “la remuneración que recibe el agente del agenciado, sin importar la denominación con la que se le distinga.”⁸⁵

83 Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 443.

84 Cubero de las Casas, Felipe. *Ob. cit.*

85 Laudo Arbitral de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. vs. Fiberglass Colombia S.A. del 19 de febrero de 1997, en el que actuaron como árbitros Ernesto Gamboa Morales, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez.

Es necesario también advertir que cuando el artículo 1324 se refiere a la cesantía comercial con el nombre de prestación, no lo hace en el sentido laboral de la expresión, sino en el civil y comercial que tiene, es decir, como obligación de una parte de dar, hacer o no hacer una cosa a favor de otra. Recordemos que las “prestaciones” propias de una relación laboral son, entre otras, las derivadas de los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, protección de la maternidad, etc.

Pero, ¿si el contrato de agencia mercantil termina por una causa imputable al agente comercial, tendrá también éste derecho a la remuneración de la cesantía comercial? Pensamos que sí⁸⁶, por cuanto se trata de una retribución que se va conformando durante la vigencia del contrato y tendrá derecho a la misma hasta la liquidación que se haga de ella a la terminación del contrato de agencia.

Cuando el contrato de agencia sea revocado en forma unilateral sin justa causa por parte del empresario, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar los productos en el mercado. La misma indemnización se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa

86 En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Valores y Descuentos Limitada vs. BellSouth S.A. (hoy Celumóvil S.A.). En contra el Tribunal de Arbitramento de Telemóvil S.A. vs. Colombia Móvil S.A. E.S.P. cuando afirma que, “La justa causa para dar por terminados los contratos de agencia comercial es una facultad que le corresponde hacer efectiva al agente en el momento en que estime que se dan los supuestos contemplados en el artículo 1325 del Código de Comercio, con las consecuencias que el ejercicio de tal derecho trae consigo, como son el pago de la prestación a que alude el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y las indemnizaciones debidas por el empresario si efectivamente se da la justa causa alegada por el agente.”

causa imputable al empresario (artículo 1324 inciso 2 del Código de Comercio).

Pero, ¿las justas causas para dar por terminado el contrato de agencia mercantil son únicamente las previstas en las normas propias sobre el contrato? Pensamos que no en consideración a la remisión expresa que hacen estas normas a los preceptos del contrato de mandato y de suministro. Causales tales como el vencimiento del término del contrato, el fracaso del producto en el mercado, o el incumplimiento por parte del agente de las metas de colocación del producto en el mercado, podrían ser consideradas válidamente también como justas causas para dar por terminado el contrato de agencia.

Está reconocida tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por parte de algún sector de los tribunales de arbitramento que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, que la prestación prevista en el numeral primero del artículo 1234 se puede ir pagando por el empresario al agente durante la vigencia del contrato de agencia⁸⁷. Nada se opone, entonces, a que la prestación llamada cesantía comercial pueda ser pagada anticipadamente por el empresario durante la vigencia del contrato de agencia mercantil⁸⁸; por supuesto, se exige la actuación de buena fe de las partes contratantes, y que no estemos frente a una cláusula leonina o abusiva en contra de los intereses del agente.

87 Tribunal de Arbitramento de Cellular Trading de Colombia Ltda. Cell Point vs. Comcel.

88 Tribunal de Arbitramento de Concelular S.A. en liquidación vs. Comunicación Celulae S.A. –Comcel. En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Telemóvil Colombia S.A. vs. Colombia Móvil S.A. E.S.P.

La principal discusión que ha existido en la Doctrina con relación a esta norma es sobre el carácter imperativo o no que tenga; en otros términos: si la prestación es o no renunciable. Y para darle solución al tema verdaderamente se han creado dos bandos. Para Fasecolda, la Superintendencia de Sociedades y José Ignacio Narváez, entre otros, esta prestación es renunciable por considerar que no es de carácter imperativo; así lo afirma la mencionada Superintendencia al manifestar que, en realidad, no existe inconveniente legal alguno en que las partes en un contrato de agencia comercial pacten que el agente no gozará de la especie de prestación a que se refiere el artículo 1324, o que gozará de una inferior o superior a la establecida en él, en razón de que dicha disposición, en su sentir, es de carácter dispositivo supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación. Posición contraria sostienen los doctores Juan Pablo Cárdenas⁸⁹, Enrique Gaviria Gutiérrez, Álvaro Pérez Vives, Jaime Alberto Arrubla Paucar, y Gabriel Escobar Sanín⁹⁰, entre otros.

89 Dice que el precepto que establece la cesantía comercial es de orden público, “pues aunque de manera directa solo atañe a los agentes, por su finalidad trata de organizar todo un sector de la economía, que el legislador consideró necesario amparar y, por ello, interesa a la sociedad en general. Finalmente, si se acepta que uno de los fundamentos de la reglamentación del contrato de agencia fue evitar que se hicieran fraudes a la ley laboral, es necesario concluir que la norma debe tener carácter imperativo, esto no impide que, terminado el contrato, se renuncie a estas prestaciones, porque ya no obran las razones mencionadas”. *Ob. cit.*, p. 121.

90 En autorizado concepto dice el Dr. Escobar Sanín que la prestación del 1324 no tiene finalidad protección, sino “simplemente la de restablecer el equilibrio económico de un contrato de derecho privado, surgido entre partes iguales y autónomas, pero que con el correr del tiempo se hizo más gravoso para una de ellas, causando un enriquecimiento desproporcionado de la otra. En el contrato de agencia

Para el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la norma es de orden público, pues es una verdadera prestación social la que el legislador establece en el contrato de agencia, que para ese efecto se asimila al contrato de trabajo.⁹¹ Así mismo, el Consejo de Estado señaló que esta prestación es de orden público porque en virtud del artículo 17 de la Constitución Nacional el Estado debe proteger el trabajo humano.⁹²

Recientemente la Corte Suprema de Justicia varió la jurisprudencia que había mantenido sobre la prestación que consagra el artículo 1324 inciso primero, que sostenía que era irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución, pero una vez éste hubiese terminado por cualquier causa, es decir, cuando quedaba incorporado al patrimonio del agente comercial, ese derecho crediticio a la prestación, era renunciable. La nueva posición jurisprudencial⁹³, sostiene que dicha prestación tiene un carácter dispositivo "... y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico de 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

la relación cobija a dos comerciantes independientes jurídica y económico, puesto que conservan su propia autonomía personal y tienen su organización propia. Por consiguiente, dicha prestación es renunciable por lo que acaba de decirse y por no ser la agencia esencialmente onerosa". Ver, Escobar Sanín, Gabriel. *Ob. cit.*, p. 440.

91 Sentencia del 1 de octubre de 1980.

92 Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 1982.

93 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 2011.

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 *latu 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". Giro de 180 grados en la jurisprudencia que seguramente tendrá como consecuencia un renacimiento en la práctica del contrato de agencia mercantil, aunque la rectificación doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia sobre la cesantía comercial es un *obiter dictum* y no la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia, "pues no representa el principio o regla de derecho que sustentó en forma directa la parte resolutiva, conforme a la terminología inspirada en el *Common Law* y adoptada por la Corte Constitucional".⁹⁴

Ahora bien, en el evento de que el empresario no le cancele la prestación del art. 1324, el agente podrá retener los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que le cancele su valor; además, ese crédito en favor del agente tendrá la preferencia concedida por la ley a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales.⁹⁵

94 Uprimny, Rodrigo. ¿Es precedente judicial la nueva teoría de la "cesantía comercial" de la Corte Suprema? En *Ámbito Jurídico* No. 341 del 12 al 25 de marzo de 2012, p. 18.

95 Artículo 1277 del Código de Comercio.

Se considera que el agente comercial tendría derecho a la prestación prevista en el numeral 1 del artículo 1334 incluso en el caso que el contrato de agencia comercial hubiera terminado por su culpa⁹⁶, porque este es un derecho que se va constituyendo con el tiempo de duración del contrato, independientemente de que cuando el contrato termine por culpa del agente, deba pagar al agenciado los perjuicios que le haya causado con su conducta.

VII. AGENCIA COMERCIAL DE HECHO

Pero, ¿qué se entiende por agencia comercial de hecho? La primera observación que hacemos es que la ley no la define. Pensamos que ella se presenta cuando habiendo un acuerdo de voluntades, no dirigido a la celebración de un contrato de agencia mercantil, se deriva una situación de hecho, que no obstante, se presenta como tal, siempre y cuando se den los elementos esenciales de la agencia comercial ya mencionados⁹⁷.

96 En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Valores y Descuentos Limitada vs. Bellsouth S.A. (hoy Celumóvil S.A.). En contra, el Tribunal de Arbitramento de Telemóvil S.A. vs. Colombia Móvil S.A. E.S.P. cuando afirma que, "La justa causa para dar por terminados los contratos de agencia comercial es una facultad que le corresponde hacer efectiva al agente en el momento en que estime que se dan los supuestos contemplados en el artículo 1325 del Código de Comercio, con las consecuencias que el ejercicio de tal derecho trae consigo, como son el pago de la prestación a que alude el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y las indemnizaciones debidas por el empresario si efectivamente se da la justa causa alegada por el agente."

97 Tribunal de Arbitramento de Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C., Insucampo e Insucampo EAT vs. Agrevo S.A., hoy Aventis CropScience Colombia S.A. El Tribunal de Arbitramento de Distribuidora Marwill Ltda. vs. Comestibles Ricos Ltda. definió la agencia comercial de hecho como aquella en que la agencia resulta de "las circunstancias y, en tal caso, es evidente que no existe un acuerdo previo sobre una determinada zona o un ramo de productos, pero de hecho el agente desarrolla su actividad en una zona y respecto de ciertos productos."

Indudablemente, estamos ante otra de las normas protecciónistas de la labor del agente comercial⁹⁸, con la que, entre otras, se evita la fuerza jurídica que puedan tener estipulaciones contractuales tendientes a la configuración de contratos diversos al contrato de agencia mercantil.

Recordemos que cuando nos referimos a las características de la agencia mercantil dijimos que una de ellas era la consensualidad, valga decir, que el contrato se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades entre empresario y agente, sin que sea necesaria formalidad alguna para que el mencionado negocio nazca a la vida jurídica. No obstante tal afirmación, hemos de señalar que el artículo 1320 del Estatuto Mercantil consagra la posibilidad de que los términos y condiciones del contrato de agencia sean recogidos en un escrito, el que debe ser inscrito en el registro mercantil. A renglón seguido dispone el citado artículo que no será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de alguno de tales requisitos. Lo anterior no significa que por el hecho de que el contrato de agencia no conste por escrito, o porque constando no se haya registrado en la Cámara de Comercio, pueda hablarse de la inexistencia o falta de validez de la agencia mercantil, en primer término porque la sanción que contempla la ley es la inoponibilidad frente a terceros y no la inexistencia del respectivo negocio.

En segundo lugar, porque fue el mismo legislador mercantil el que determinó que a la agencia

98 En el mismo sentido el Tribunal de Arbitramento de Delta Consultores de Riesgo Ltda. vs. BBVA Seguros Ganadera Compañía de Seguros S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros) y otro.

de hecho se le aplican las mismas normas que regulan la agencia mercantil (art. 1331 C.Co). De tal suerte que la configuración de un contrato de agencia mercantil no depende de que el mismo conste por escrito, o de que dicho escrito se registre en la Cámara de Comercio, o de que recogidos por escrito sus términos y condiciones no se haya denominado expresamente como agencia, o de que al documento se le haya dado una nomenclatura diferente.

Lo que en verdad debe considerarse es si la relación jurídica que se analiza comporta un encargo a un comerciante para la promoción o explotación de negocios de un empresario, como agente, representante, fabricante o distribuidor de éste, en un ramo determinado de actividades y en una zona determinada del territorio nacional. Si se cumplen estos elementos tipificadores de la agencia mercantil se deberá aplicar a la situación fáctica correspondiente las disposiciones que regulan la agencia mercantil y, de esta manera, se producirán los efectos jurídicos que de ella se derivan, en otras palabras, “la agencia comercial de hecho es un acto que carece de elementos de prueba directa sobre el alcance del acuerdo de voluntades, pero que por reunir todos los elementos esenciales que la ley consagra para esa institución jurídica, produce, con toda fuerza vinculante, unos derechos y unas obligaciones específicas interpartes”⁹⁹. Es la aplicación del contrato realidad, referido a la agencia comercial.

En la agencia de hecho, entonces, sin haber un consenso entre las partes, o al menos una

prueba de ese consenso, se reúnen todos los elementos de la esencia del contrato. Hay una verdadera y clara presunción de representación que beneficia al tercero que contrata con el agente de hecho, en cuanto que un buen padre de familia o un buen comerciante hubiera actuado de la misma forma.

Radica también la importancia de la agencia comercial de hecho en que puede hacer compatible el contrato de agencia con otros contratos de distribución, cuando iniciada la relación como un contrato de distribución, asume éste en desarrollo del *iter contractual* rasgos propios del contrato de agencia, como cuando ese distribuidor termina promocionando los productos de quien encargó la labor de distribución¹⁰⁰.

VIII. CONCLUSIONES

Las normas jurídicas que regulan el contrato de agencia comercial han estado en el centro del debate desde la expedición del Código de Comercio, quizá sea del contrato que más se ha escrito y debatido en estos cuarenta años de vigencia del mismo.

En primer lugar es fundamental tener en cuenta las líneas jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre distintos aspectos del contrato y que se recogen en este escrito: sobre los elementos de la esencia; sobre su relación con otros contratos en especial con el contrato de mandato, ya que para la Corte el contrato de agencia es una modalidad

99 Tribunal de Arbitramento de Business Ltda. vs. BellSouth Colombia S.A.

100 Laudo Arbitral de 5H Internacional S.A. vs. Comunicación Celular S.A. –Comcel.

del contrato de mandato; sobre la posibilidad de la coexistencia del contrato de agencia con otros contratos de distribución en especial con el contrato de suministro por distribución en donde la Corte ha mantenido un criterio restringido; en relación con la cesantía comercial resaltándose un pronunciamiento jurisprudencial reciente en que la Corte considera que la norma que establece dicha prestación a favor del agente comercial tiene el carácter de dispositiva, por tanto, es renunciable, antes, durante o a la terminación de la relación contractual, dando un importante giro a lo que venía sosteniendo en relación con dicha prestación. Este cambio de jurisprudencia seguramente producirá en el mercado un resurgimiento del contrato de agencia mercantil como idóneo mecanismo de distribución de productos y servicios, como creador de mercado, como instrumento adecuado para ampliar, consolidar, profundizar el mercado de bienes y servicios.

Tomamos partido por la existencia de elementos de la esencia del contrato que no están expresamente identificados ni en la definición legal del mismo ni en las normas que se refieren a él, como es el caso de la remuneración a la que tiene derecho el agente comercial por la realización de su actividad contractual, o que el agente obre por cuenta del empresario en desarrollo de su actividad con las consecuencias que ello tiene sobre temas tan importantes como la distribución de los riesgos entre los contratantes.

Aunque dentro de las fuentes del derecho no tienen la categoría propiamente de jurisprudencia, los numerosos pronunciamientos que se han

hecho en torno al contrato de agencia mercantil por tribunales de arbitramento se han venido convirtiendo en una fuente necesaria, cuando se quieren hacer aproximaciones al contrato desde distintas perspectivas de la problemática que ha planteado. Este artículo cuenta con una prolífica relación de laudos arbitrales en los que, la mayoría, se han referido a la discusión sobre la existencia o no del contrato de agencia mercantil en una relación de distribución de productos, resolviendo la discusión de si se está ante un contrato de suministro por distribución o de agencia mercantil, optando en bastantes casos por el suministro.

Indispensable es también en el estudio de la agencia mercantil la doctrina nacional y extranjera que se ha ocupado de dicho contrato, en la que se ven tratadas las diferentes problemáticas del contrato y en la que hay posiciones disímiles en relación con temas de tanta trascendencia en un contrato como los elementos de la esencia del mismo.

Bibliografía

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1997. Bogotá.

Bonivento, José Armando. *Contratos Mercantiles de Intermediación*. Librería del Profesional. Bogotá.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Editorial Temis - Colegio

- Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1984.
- Cuberos de las Casas, Felipe. Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis. En Revista de Derecho Privado No. 35. Universidad de los Andes, diciembre de 2005.
- Escobar Sanín, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales I. Negocios de sustitución. Segunda edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A. 1981.
- Gómez Mejía, Jaime Alberto. Contratos Comerciales. Editorial Anaké. 1980.
- Guardiola Sacarrera, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Barcelona. 1998.
- Hinestrosa, Fernando. La Agencia Comercial y figuras afines. En Escritos varios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983.
- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires. 1955.
- Namén Vargas, William. Contrato de Agencia Mercantil. En Derecho de la distribución comercial. El Navegante editores. Bogotá. 1995.
- Peña Nossa, Lisandro. Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales. Tercera edición. Editorial Temis y Universidad Santo Tomás. Bogotá. 2010.
- Sanín Bernal, Ignacio. Contrato de suministro. En Derecho de la distribución comercial. El Navegante Editores. Bogotá. 1995.
- Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, t. ii. Editorial Universidad de los Andes y Legis. Bogotá. 2003.
- Vallejo García, Felipe. El Contrato de Agencia Mercantil. Editorial Legis. Bogotá. 1999.
- Velilla Moreno, Marco Antonio. Contrato de Franquicia. En Derecho de la distribución comercial. El navegante editores. Bogotá. 1995.