

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CANAL DE DISTRIBUCIÓN

Tesis para obtener el título de Abogado

Presentada por:

Ricardo Andrés Saldarriaga Escobar

Asesor:

Doctor Francisco Ternera Barrios

Bogotá D. C., mayo de 2013

*A mis padres Oscar y Beatriz,
artífices de este sueño
y a mi abuela Lillyan (1934 – 2013)*

INDICE

PREFACIO	iv
ABREVIATURAS	vi
INTRODUCCIÓN	vii
i) Planteamiento	vii
ii) Problema jurídico	vii
iii) Objetivos	viii
iv) Metodología	viii
 CAPÍTULO I	
Distribución comercial: concepto y régimen jurídico	1
A) Distribución comercial	1
1. Concepto económico	1
1.1. El canal de distribución	4
2. Concepto jurídico	4
2.1. Antecedentes	5
2.2. Concepción contemporánea de la doctrina	7
2.3. Concepto en la jurisprudencia nacional	12
2.4. Conciliación del concepto	15
B) Ubicación normativa y régimen jurídico	15
1. Importancia de la regulación	15
2. Derecho Comercial y ubicación normativa	17
3. Principales caracteres y régimen jurídico general	23
a) Es una actividad mercantil	23
b) Desarrolla una relación de consumo	24
c) Implica la utilización de la marca del productor	25
d) Se realiza mediante contratos mercantiles	26

CAPÍTULO II

Aproximación a los contratos de distribución	29
A) Aproximación metodológica a los contratos para la distribución	30
1. El contrato como autorregulador de relaciones económicas	30
2. Contenido general de los contratos para la distribución	35
B) Principales contratos para la distribución comercial	38
1. Agencia Mercantil	38
2. Concesión Comercial	41
3. Distribución	43
4. Franquicia	44
C) Comentarios sobre la elaboración de los contratos para la distribución	46

CAPÍTULO III

El canal de distribución: una perspectiva patrimonial	52
A) El canal de distribución perspectiva del marketing	52
B) Derechos patrimoniales en la distribución comercial	54
1. Bienes o cosas	54
1.1. Patrimonio	56
2. Bienes y activos inmateriales o intangibles	59
C) Principales bienes y activos intangibles en la distribución comercial	66
1. Marcas	66
2. Good will	73
3. Know how	77
4. Clientela	79
D) Reflexión preliminar	83

CAPÍTULO IV

Los remedios jurídicos del distribuidor	86
--	----

A) Situación de hecho y problema jurídico	86
B) ¿Es lícita la conducta del productor?	88
1. Bajo el espectro del Derecho Constitucional	88
2. Desde la disciplina de la competencia	91
C) La responsabilidad Civil	99
1. Aproximación a la responsabilidad civil	99
1.1. Elementos de la responsabilidad civil	101
a) Hecho	102
b) Daño	102
c) Nexo causal	103
1.2. ¿Por qué la responsabilidad?	104
2. Soluciones de la responsabilidad civil	105
a) Terminación unilateral e imprevista del contrato	105
b) Daños extracontractuales	107
c) Acción <i>in rem verso</i>	109
D) Propuesta y conclusiones	111
1. Propuesta	111
2. Conclusiones	113
 BIBLIOGRAFÍA	 117
 AGRADECIMIENTOS	 132

PREFACIO

La presentación es siempre una tarea difícil pues nos dicta la sabiduría popular, el saber generalizado si se quiere, que las primeras impresiones perduran, llegan incluso a ser las más importantes y determinantes en muchas relaciones, ejemplo tal la relación que nace entre el lector de un texto y su autor, si la primera frase es capaz de conquistar seguro la segunda será leída con interés. Así es igualmente complicado presentar una investigación, más aun sobre algo tan complejo como lo puede ser el Derecho mismo, quizá un imposible de definir o tal vez solo un absurdo, independientemente de la postura que se tomó parece que el Derecho es algo que aun hoy no se ha logrado consenso a la hora de definir.¹

Sin embargo, las labores investigativas, la elaboración doctrinal y por supuesto la jurisprudencia permiten desarrollar, estudiar e incluso delimitar el Derecho, renovarlo y adaptarlo al día a día y es importante ya que *el Derecho tiene sentido para el hombre en sociedad*,² y si lo tiene, se torna relevante que la persona del investigador actúe, que identifique problemas jurídicos y los estudie, para eventualmente plantear una solución, una respuesta a aquello que hace del Derecho algo incompleto, algo deficiente.

Los problemas jurídicos se puede decir tienen orígenes, uno de esos orígenes puede coincidir con la adopción de términos ajenos al Derecho por quienes se dedican a él, Hohfeld explicó que *“Desde un comienzo parece necesario destacar la importancia de distinguir entre las relaciones puramente jurídicas, por un lado, y los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir, por otro. Aunque esta sugestión inicial puede parecer muy obvia, los argumentos que se escuchan casi a diario en los tribunales, y también un número considerable de fallos, suministran prueba amplia de la infortunada e inveterada tendencia a confundir y mezclar los elementos jurídicos y los no jurídicos en un problema dado (...) tras la tendencia a confundir y mezclar los conceptos jurídicos con los no jurídicos consiste en la ambigüedad y falta de precisión de nuestra terminología jurídica.”*³

¹ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara S.A., Primera Edición Corregida, Barcelona – España, 1998, p. 9.

² Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Temis, Decimoquinta Edición, Bogotá – Colombia, p. 10.

³ Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Distribuciones Fontamara S. A., Primera Edición, México D.F. – México, 1991, pp. 33 – 35.

Dicha mezcla y confusión es la que da su origen a esta investigación. Es usual en la doctrina referente al Derecho Mercantil y los contratos comerciales, así como en ejemplos de la jurisprudencia nacional, encontrar las expresiones *distribución* y *contrato de distribución*, usadas de forma casi indistinta y sin mayor consideración a su origen fuera del marco de controversias contractuales.

En consecuencia, este trabajo pretende estudiar ese concepto, esa figura que es la distribución comercial, partiendo claro está desde su concepto real, aquel estudiado por la ciencia del Mercadeo, para así poder determinar su tratamiento jurídico a la luz del Derecho Privado colombiano, pasando por los esquemas contractuales existentes para la articulación de las relaciones productor distribuidor, estudiar en un tercer apartado el llamado *canal de distribución*, para, al final, abordar el problema jurídico factico que nos presenta la figura, a saber, la protección jurídica que puede tener la persona del distribuidor ante la ruptura intempestiva de la relación de distribución o terminación unilateral del contrato existente entre ambas partes, en un movimiento que como efecto da la posibilidad al productor de adueñarse del mercado que su distribuidor conquistó y alcanzó previamente.

Así las cosas esta investigación que nace de una discrepancia entre el uso de un término que en una mano, emplea el Derecho Privado y, en la otra, estudia el Mercadeo, busca entender esa figura aparentemente conocida por abogados y juristas y confrontar su realidad económica con una hipótesis fáctica, lo cual permite condensar de forma introductoria el objetivo de este esfuerzo investigativo en tratar y hallar la respuesta a la siguiente cuestión: Cuando el productor termina de forma unilateral e imprevista la relación de distribución ¿cuáles son las herramientas del Derecho Privado colombiano ofrecidas al distribuidor?

ABREVIATURAS

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual en el Comercio	ADPIC
Análisis Económico del Derecho	AED
Clasificación Internacional de Niza	NCL
Código Civil	C.C.
Código de Comercio	C. de Co.
Código General del Proceso	CGP
Consejo de Estado	C.E.
Constitución Política de Colombia	C.P.
Corte Constitucional	C. Const.
Corte Suprema de Justicia	CSJ
Comunidad Andina de Naciones	CAN
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado	Unidroit
International Accounting Standards Board	IASB
Normas Internacionales de Contabilidad	NIC
Normas Internacionales de Información Financiera	NIFF
Párrafo	párr.
Superintendencia de Industria y Comercio	SIC
Organization for Economic Co-operation and Development	OECD
Organización Mundial del Comercio	OMC

INTRODUCCIÓN

i) Planteamiento

La distribución comercial es un concepto inherentemente económico estudiado por la ciencia del mercadeo, la cual lo ubica como aquella función económica encargada de poner las mercancías o los servicios producidos desde el lugar donde se encuentra el productor de estos hasta la disposición de los consumidores. Así las cosas, es la función que acerca productores y consumidores, que se realiza ya sea de forma directa por los productores o a través de intermediarios, es decir, la intermediación entre productores y consumidores en el mercado.

Ahora bien, en el contexto jurídico, doctrina especializada, así como jurisprudencia utilizan el termino distribución, refiriéndose ya sea a una actividad, a una especie dentro de los contratos mercantiles, *contratos de distribución*, o a una relación jurídica particular, el contrato atípico de distribución, en este sentido la expresión *distribución* no es ajena para el Derecho.

Esta investigación pretende desde los conocimientos desarrollados por el mercadeo analizar jurídicamente el fenómeno de la distribución comercial en general, las herramientas jurídicas diseñadas para cumplir con la función de distribución, es decir, los contratos para la distribución comercial, estudiar el llamado *canal de distribución* desde una perspectiva patrimonial como un activo intangible, con el objetivo de poseer las herramientas necesarias para afrontar el problema jurídico que se plantea a continuación.

ii) Problema jurídico

El problema que inspira y justifica esta investigación está basado en una hipótesis fáctica, la cual es la siguiente: en el marco de un contrato para la distribución comercial, el productor, decide dar por terminada la relación jurídica con su distribuidor, de forma intempestiva, así, si se quiere sacándolo del negocio, con el objetivo de asumir por sí mismo el mercado en el cual su distribuidor logró posicionar marcas, conseguir clientela y, en general, conquistarlo.

Con base en esa hipótesis, la investigación se condensa en buscar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cuál es la protección jurídica o remedio existente, para el distribuidor ante la ruptura intempestiva de la relación de distribución por parte del productor?

iii) Objetivos

El objetivo general de este trabajo es estudiar la figura de la distribución comercial, para delimitar, a partir principalmente de la jurisprudencia y la doctrina, cuáles son los caracteres jurídicos que de la figura. Exponer los esquemas contractuales existentes que articulan las relaciones de distribución, el contenido específico del canal de distribución y, los bienes y activos intangibles resultantes de la relación de distribución, con especial énfasis en la respuesta que brinda el ordenamiento para salvaguardar al distribuidor ante la ruptura intempestiva de la relación.

iv) Metodología

La investigación materializada en el siguiente trabajo se llevó a cabo a partir del estudio de la función económica de distribución comercial como uno de los ejes de estudio del mercadeo, acudiendo a la experiencia académica recopilada por los expertos en la materia, enfoque el cual, requirió un gran esfuerzo, al adentrarse en áreas muchas veces desconocidas, o conocidas desde perspectivas diferentes por los estudiantes de Derecho.

Con esto, se acudió al análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia colombianas. Como parámetro auxiliar, se acude principalmente a doctrina foránea que presenta diversos acercamientos al tema, también, se emplean diversos enfoques académicos del fenómeno con el objetivo de tener un panorama nutrido sobre la materia más allá de los estudios netamente jurídicos.

CAPÍTULO I

DISTRIBUCIÓN COMERCIAL:

CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

A. Distribución comercial

1. Concepto económico

La distribución comercial desde el punto de vista de las ciencias económicas es una materia de estudio relativamente reciente pero con un antecedente antiguo, el cual corresponde a una necesidad del mercado, Enrique Díez de Castro y Antonio Navarro García lo explican de la siguiente manera:

*“La separación geográfica entre compradores y vendedores, la imposibilidad de situar la fábrica frente al consumidor, hace necesario el traslado de bienes y servicios desde su lugar de producción hasta el cliente; esta función se conoce con el nombre de distribución. La distribución tiene tanta antigüedad como el comercio; ahora bien, el estudio científico de la misma es muy reciente.”*⁴

Bajo ese entendido, la distribución es estudiada por la ciencia del mercadeo o *marketing* en el llamado *marketing-mix*.⁵ La ciencia del mercadeo tiene como foco principal de estudio “el proceso mediante el cual las empresas crean valor para los clientes y establecen relaciones sólidas con ellos obteniendo a cambio el valor de los clientes”,⁶ en ese entendido, el *marketing* estudia los procesos administrativos que permiten a las empresas conocer las necesidades de los clientes, sus deseos y, a través de la estructuración de procesos de intercambio (de bienes y servicios), suplir dichas necesidades generando una

⁴ Díez de Castro, Enrique y Navarro García, Antonio, *Naturaleza de la distribución*, en: *Distribución Comercial*, Coordinador: Díez de Castro, Enrique, Editorial McGraw Hill, Tercera Edición, Madrid – España, 2004, p. 3.

⁵ *Ibidem*, p. 3 – 4. Concordancias: Kotler, Philip, *Kotler on Marketing: How to create, win, and dominate markets*, Editorial The Free Press, Primera Edición, Nueva York, Estado de Nueva York – Estados Unidos, pp. 94 – 103, Kotler, Philip y Armstrong, Gary, *Fundamentos de marketing*, Editorial Pearson, Octava Edición, Naucalpan de Juárez, Estado de México – México, 2008, Cap. 10, Pelton, Lou, Strutton, David y Lumpkin, James, *Canales de Marketing y Distribución Comercial*, Editorial McGraw Hill, Segunda Edición, México D.F. – México, p. 3 – 5, Hoffman, Douglas, *Introducción al marketing*, en: *Principios de Marketing y sus mejores prácticas*, Editorial Thomson, Tercera Edición, México D.F. – México, 2007, p. 17.

⁶ Kotler, Philip y Armstrong, Gary, *Fundamentos de marketing*, Editorial Pearson, Octava Edición, Naucalpan de Juárez, Estado de México – México, 2008, p. 5.

relación entre el cliente y la empresa con los objetivos de competir, conservar a los clientes y obtener nuevos clientes.⁷

Por su parte, el *marketing-mix* donde se ubica el estudio de la distribución comercial, hace referencia a las cuatro herramientas básicas empleadas por los expertos en mercadeo para que las empresas puedan llegar los consumidores con el máximo impacto posible (siempre teniendo en cuenta los costos de esa actividad en relación a las posibles ganancias⁸). Estas cuatro herramientas son conocidas como “las cuatro Pes”, Producto, Precio, Plaza y Promoción⁹ cada una de ellas encargada de lo siguiente:

- **Producto:** bien o servicio conformado por una serie de atributos, tanto tangibles o materiales como, intangibles que satisfacen necesidades de un consumidor.¹⁰
- **Precio:** el dinero u otras unidades de valor como otros bienes o servicios que se intercambian por la propiedad o uso de un bien o la prestación de un servicio.¹¹
- **Plaza:** actividades que realizan las empresas para poner los bienes o servicios que comercializan en el mercado a disposición de los consumidores.¹²
- **Promoción:** son todas aquellas actividades de comunicación, principalmente la publicidad, que realizan las empresas para convencer a los consumidores de adquirir sus productos.¹³

Con lo anterior, la distribución se ubica en la “P” plaza pues dentro de las actividades que las empresas realizan para posicionar los productos frente a los consumidores se encuentra la distribución, la cual se define de la siguiente manera:

“Función que permite el traslado de productos o servicios desde su estado final de producción al de adquisición y consumo, abarcando el conjunto de actividades o

⁷ Ibídem, pp. 3 – 5.

⁸ Kotler, Philip, *Kotler on Marketing: How to create, win, and dominate markets*, Editorial The Free Press, Primera Edición, Nueva York, Estado de Nueva York – Estados Unidos, pp. 94.

⁹ Según Kotler las cuatro pes surgen de la clasificación de las herramientas de marketing presentadas en la década de 1960: “*Professor Jerome McCarthy, in the early 1960s, proposed marketing mix consisting of four Ps: product, Price, place and promotion. Each P covers several activities in turn.*” En: Ibídem, p. 94

¹⁰ Kerin, Roger, Brkowitz, Erik, Hartley, Steven y Rudelius, William, *Marketing*, Editorial McGraw Hill, Séptima Edición, México D.F. – México, 2004, p. 298.

¹¹ Ibídem, p. 383.

¹² Kotler y Armstrong, Ob. Cit., p. 52

¹³ Ibídem, p. 52.

flujos necesarios para situar los bienes y servicios producidos a disposición del comprador final (individuos u organizaciones) en las condiciones de lugar, tiempo, forma y cantidad adecuados.”¹⁴

Con esto, se entiende que la ciencia del mercadeo considera la distribución como una *función económica particular en el mercado*, la cual, palabras más, palabras menos, es aquella en la que los agentes del mercado, oferentes, trasladan los productos o servicios que producen a los consumidores de los mismos. En esta función particular los productores deben seleccionar una de dos maneras de cumplirla, ya sea de forma directa, o indirecta a través de intermediarios o *middlemen*.¹⁵

Según Kotler y Armstrong, la distribución se desarrolla de manera directa o indirecta, esto se mide de acuerdo a si participan o no de intermediarios en el cumplimiento de la función de distribución. En la primera, la empresa productora vende directamente los productos a los consumidores a través de sus establecimientos, mientras que, en la segunda la empresa productora traslada la propiedad del producto al consumidor final mediante intermediarios.¹⁶

Esta última puede ser esencialmente de tres tipos, dependiendo de la exclusividad o no que tengan los intermediarios para distribuir los productos:¹⁷

- **Distribución intensiva:** el productor emplea la mayor cantidad de distribuidores posibles en el mercado, es decir, cualquiera puede comercializar sus productos.
- **Distribución selectiva:** el productor emplea una cantidad pequeña de distribuidores seleccionados con mucho cuidado, entonces, solo unos pocos pueden comercializar sus productos.
- **Distribución exclusiva:** el productor emplea un único distribuidor en un mercado determinado, nadie más en esa plaza determinada puede comercializar sus productos.

¹⁴ Díez de Castro y Navarro García, Ob. Cit., p. 6.

¹⁵ Kotler, *Kotler on Marketing: How to create, win, and dominate markets*, Ob. Cit., p. 103.

¹⁶ Kotler y Armstrong, Ob. Cit., p. 302.

¹⁷ Rosenbloom, Bert, *Estrategia de distribución*, en: *Principios de Marketing y sus mejores prácticas*, Editorial Thomson, Tercera Edición, México D.F. – México, 2007, p. 354.

1.1. El canal de distribución

La concepción económica de la distribución comercial contiene un concepto de vital importancia, el de *canal de distribución*, que será tratado a profundidad en el capítulo tercero. Sin embargo, para una mejor comprensión, hace referencia, en principio, a la forma en la que se cumple la función económica de distribución y los involucrados en la misma, es decir, si se hace de forma directa o a través de intermediarios.¹⁸ El canal, tratándose de distribución indirecta, o sea, intensiva, selectiva o exclusiva se estructura a través de contratos para la distribución comercial,¹⁹ los cuales regulan la relación entre el productor y el intermediario o distribuidor.

2. Concepto jurídico

El Derecho y las ciencias económicas no poseen un mismo lenguaje, ni estudian fenómenos que les son afines desde las mismas perspectivas, tomando eso en cuenta no es sorpresa que para el Derecho Privado la distribución comercial como concepto haya tenido una evolución diferente, que bien puede discrepar de lo considerado por la ciencia del mercadeo. En consecuencia, este apartado pretende dilucidar qué comprende el Derecho Privado colombiano cómo distribución comercial empleando jurisprudencia, doctrina y otras fuentes.

La doctrina contemporánea de los contratos mercantiles identifica la expresión distribución, así, Peña Nossa advierte lo siguiente:

“El término distribución proviene del latín distributio, onis, acción y efecto de distribuir o distribuirse.

En el mundo de los contratos mercantiles se emplea en dos sentidos:

- *Amplio, de carácter genérico, de acuerdo con el cual una persona o empresa, coloca en el mercado bienes o servicios que genera o produce otra empresa (agencia, concesión, franquicia, etc.).*

¹⁸ Díez de Castro y Navarro García, Ob. Cit., p. 13.

¹⁹ Kerin, Berkowitz, Hartley y Rudelius, Ob. Cit., pp. 461 – 462.

- *Restringido, referido a un modo particular de vinculación entre la empresa productora y el sujeto que coloca los productos en el mercado.*”²⁰

Con este primer acercamiento se desprende que la distribución ha obtenido su tratamiento principal en el escenario de los contratos mercantiles, identificando tanto una actividad, es decir, la acción de distribuir, así como, una relación jurídica particular conocida con el nombre de *contrato de distribución*.

Este punto de partida lleva a señalar que actualmente la expresión distribución puede ser empleada para nominar algo más que la relación designada como contrato de distribución, en efecto, un sentido amplio de la palabra en términos jurídicos permite agrupar una variedad de contratos empleados para el traslado de mercancías o servicios al consumidor final a través de un intermediario.

2.1. Antecedentes

Según sectores de la doctrina las actividades de intermediación comercial surgen como consecuencia del auge de las ferias en el siglo X de nuestra era,²¹ donde comerciantes y productores de las diversas regiones en Europa se reunían periódicamente en lugares y fechas determinados para llevar a cabo sus actividades de intercambio, las cuales gozaron de gran éxito y popularidad.²²

Con ello se da inicio a una expansión del comercio y de las plazas comerciales, que es acompañado por la extensión del uso de la moneda en remplazo del trueque y el desarrollo la navegación, surgiendo así la necesidad de introducir la figura del intermediario, debido a que resultaba imposible para los mercaderes expandir su actividad a nuevas plazas sin ayuda de terceros.²³

Se cree que para el año 1200 surge en el mediterráneo, particularmente en las repúblicas italianas, la figura de la *commenda* un contrato que servía para llevar a cabo transacciones

²⁰ Peña Nossa, Lisandro, *Contratos Mercantiles Nacionales e internacionales*, Editorial Temis, Cuarta Edición, Bogotá – Colombia, 2012, p. 399.

²¹ Marzorati, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 1995, p. 4.

²² Narváez, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, Editorial Legis, Decima Edición, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 12 – 13.

²³ Marzorati, Ob. Cit., pp. 4 – 5.

en plazas distantes donde un comerciante del lugar celebraba los contratos a nombre propio pero por cuenta del comitente.²⁴ Así mismo, se desarrollan figuras como la del *porteur* quien viajaba con las mercancías de puerto en puerto con el encargo de vigilarlas y realizar ventas u otras transacciones con los productos,²⁵ el contrato de *commisione* en el siglo XIV como una evolución de la *commenda* donde el comisionado no era un intermediario permanente, por el contrario, recibía instrucciones para negocios específicos, también aparece el *mediatore* como un intérprete de las partes que hablaban distintas lenguas, al cual se le exigía una postura imparcial en su labor de acercar a las partes.²⁶

Estos intermediarios primitivos sirven como antecedente primario de la figura, la cual toma forma a partir de la revolución industrial en el siglo XIX, como resultado del auge industrial y comercial que experimentaba la humanidad se vuelve imperativo ampliar el rango de los negocios permitiendo que los productos lleguen a cada vez más lugares. En esta época se evidencia el surgimiento de los *agentes comerciales* y el desarrollo teórico y legislativo del contrato de agencia.²⁷

El aumento de la actividad comercial y los avances en transporte y telecomunicaciones llevaron al surgimiento de más figuras diseñadas para la distribución, así pues, nacen modelos contractuales pensados para la intermediación entre productores y

²⁴ Peña, Ob. Cit., p 399. Al respecto de la *commenda* vale la pena señalar también que en la edad media era utilizado como una forma asociativa donde un socio capitalista ponía a disposición el capital necesario para un viaje mientras el otro, un socio viajero, era quien emprendía el viaje o la *aventura* de llegar a nuevos puertos y celebrar y ejecutar los negocios, en este contrato generalmente el socio capitalista se beneficiaba con tres cuartas partes de la ganancia obtenida, el cuarto restante era la remuneración del viajero, ahora bien, se señala que también se desarrolló en esta época la intermediación en la celebración de contratos. Véase en: Reyerson, Kathryn, *Commerce and communications*, en: *The new Cambridge medieval history*, Tomo V, Coordinador: Abulafia, David, Editorial Cambridge University Press, Cambridge – Reino Unido, 1999, pp. 62 – 65. Al respecto también existen autores que encuentran parte de la génesis de los contratos de *joint venture* en la *commenda* medieval pues los socios realizan distintos aportes y soportan los riesgos, en una relación de confianza. Véase en: Ortega Giménez, Alfonso, *El contrato de joint venture internacional*, en: *Revista vlex International*, vLex, No. 4, enero – 2009, p. 3. Ahora bien, la *commenda* medieval y la *societas per viam acomanditae* de origen francés, son tomadas como el origen histórico de la actual sociedad en comandita empleada en los países de tradición jurídica continental. Véase en: Wolff, Martin, *Manual of German Law, Capítulo III, Sección XXII*, Law Library Microform Consortium (LLMC), 2008, eBook.

²⁵ Peña, Ob. Cit., p 399.

²⁶ Marzorati, Ob. Cit., p. 5.

²⁷ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles, Tomo II, Contratos típicos*, Editorial Diké, Doceava Edición, Medellín – Colombia, 2008, p. 257.

consumidores.²⁸ En la actualidad las exigencias del comercio llevan a la consideración de varias figuras para la comercialización de productos y servicios en el mundo, entre las cuales, aquellas diseñadas para garantizar una distribución organizada incluyen tanto contratos típicos como atípicos que desarrollan dicha intermediación.²⁹

2.2. Concepción contemporánea de la doctrina

Actualmente la distribución ha comenzado a gozar de un tratamiento particular en la doctrina, ya sea entendida como un contrato particular o como un género que agrupa diversas formas contractuales, todas ellas diseñadas teniendo en cuenta la actividad de distribuir bienes o servicios desde el productor hasta las manos de los consumidores. En este sentido han existido diversos análisis de la figura como será examinado a continuación. El tratadista colombiano Lafont Pianetta introduce los contratos para la distribución al interior de su análisis sobre *la contratación para la comercialización*³⁰ donde señala que la contratación enfocada en la comercialización esta principalmente dividida en contratos para la comercialización inmediata, cuando el dominio se transfiere directamente del productor de los bienes a los consumidores finales³¹ y, contratos para la comercialización mediata los cuales se caracterizan por la participación de un intermediario entre productores y consumidores.³² Estos últimos surgen por la necesidad que los productos o servicios lleguen al mayor número de consumidores en la forma más organizada posible, dentro del gran género comercialización existe un subgrupo llamado distribución que corresponde

²⁸ Marzorati, Ob. Cit., p. 6.

²⁹ Lafont Pianetta, Pedro, *Manual de Contratos, Tomo I, Panorama de la negociación y contratación contemporánea*, Editorial Librería Ediciones del Profesional, Segunda Edición, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 553 – 557.

³⁰ *Ibidem*, pp. 553 – 644.

³¹ Como formas de contratación para la comercialización inmediata Lafont considera los que llama *contratos de fábrica* donde consumidor y productor interactúan directamente en el intercambio comercial de los bienes o servicios que este ultimo produce, en otras palabras, hace referencia a los acuerdos de voluntades que realiza el consumidor directamente con la persona que da origen a los productos o servicios objeto de dichas transacciones, en segundo término incluye los contratos de *Stand* donde un comerciante, persona natural o jurídica, permite el productor la utilización de un espacio físico dentro de su establecimiento de comercio, para que este venda directamente sus mercancías u ofrezca sus servicios. Véase en: Lafont, Ob. Cit., pp. 554 – 555.

³² *Ibidem*, p. 555.

principalmente a las necesidades de grandes empresas para la colocación masiva de sus productos y donde los agrupa así:

*“(…) las principales formas contractuales de distribución sean las siguientes: El contrato de franquicia o Franchising, el contrato de agencia comercial de mercadeo y distribución, el contrato de concesión mercantil distributiva y el contrato de Mangenment (servicio gerencial), el contrato consorcial y el contrato de distribución en sentido estricto”*³³

Para Arrubla el panorama respecto de este fenómeno es un tanto distinto, en su estudio sobre contratos mercantiles atípicos el doctrinante agrupa una serie de contratos diferentes bajo el género de *contratos de concesión mercantil*,³⁴ analiza diversas figuras desde la perspectiva de que son contratos empleados por las empresas y empresarios con la necesidad u objeto de ampliar sus negocios a nuevos mercados y, no lo hacen por sí mismos en razón de costos, o por dificultades geográficas, asociándose con empresarios, comerciantes independientes a quienes se les concede la explotación de una negocio previamente ingeniado por otro,³⁵ en estos, mantiene el empresario que concede un cierto control sobre el concesionario con la finalidad de *proteger el prestigio de la marca de sus productos*.³⁶

La visión de dicho autor entiende la distribución como *venta para revender*,³⁷ aunque más adelante, reconoce la distribución de servicios dentro de dicha categoría, con esto, presenta un concepto amplio de concesión así:

“Por contrato de concesión mercantil podemos entender aquel, en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá

³³ Ídem, p. 557.

³⁴ Arrubla, Ob. Cit., Tomo III, Contratos atípicos, pp. 317 – 357.

³⁵ Ibídem, pp. 317 – 322.

³⁶ Ídem, p. 320.

³⁷ Ídem, p. 320.

consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado.”³⁸

La amplitud conceptual es útil teniendo en cuenta los diversos contratos que son agrupados por el autor en esta categoría, así, él considera que los contratos que se ajustan de manera propia a la concesión son: el contrato de concesión, el *franchising*, la concesión de espacio y, el contrato de operación hotelera.³⁹ Al contrario, considera que la agencia mercantil no puede agruparse dentro de lo que nomina como contratos de concesión pues surte una función económica distinta, la cual consiste fundamentalmente en *una conquista de un mercado*,⁴⁰ denunciando que a su parecer la ubicación y utilización de la agencia como un contrato de concesión tiene por objeto desconocer la célebre prestación del artículo 1324 del Código de Comercio, la mal llamada *Cesantía Comercial*.⁴¹

³⁸ Ídem, p. 322.

³⁹ Ídem, pp. 337 – 342.

⁴⁰ Ídem, p. 330.

⁴¹ Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio, Artículo 1324 - El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. (parcial)

Lo consagrado en el inciso primero del artículo precedente se ha convertido quizá en el texto más famoso y controversial del Código de Comercio, siendo este uno de los más debatidos por la doctrina y tratado con diversidad por la jurisprudencia con el paso de los años. Véase en: Vallejo García, Felipe, *El Contrato de Agencia Comercial*, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 1999, p. 86.

Sin embargo lo anterior, consiste en una obligación al momento de la terminación del contrato, que consta de un pago que hace el empresario a su agente correspondiente al 12% del valor de las comisiones o remuneración recibidas por el agente durante los últimos tres años del contrato o proporcional si el contrato tuvo una duración menor. Véase en: Cuberos de las Casas, Felipe, *Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis*, en: *Revista de Derecho Privado* No. 35, Universidad de Los Andes, 2005, pp. 19 - 22.

Para Arrubla agencia y concesión se diferencian así: “*Lo fundamental de la agencia mercantil es la conquista de un mercado, incluso su mantenimiento por parte del agente y a favor del productor. Una de las modalidades que puede caracterizar la actividad que desempeña el agente para este propósito es precisamente la de distribuir los productos del empresario, adquiriéndolos en propiedad o no.*

Por su lado, la concesión mercantil, también pretende conquistar un mercado, además de muchas otras cosas, como proteger marcas, asegurar el servicio de postventa; regular los precios finales de los productos, etc. De allí, que la mayoría de las veces, la concesión y la agencia se presentan al mismo tiempo y la inutilidad que significa tratar de ocultar la agencia con una concesión para sustraerse a las prestaciones propias de la primera y que consagra el artículo 1324 del Código de Comercio.” Véase en: Arrubla, Ob. Cit., Tomo III, pp. 330 – 331.

La prestación del artículo 1324 del C. de Co., será tratada de forma más detalla en el capítulo 3 de la investigación, sin embargo, esta es motivo de controversia constante y ha sido objeto de tratamientos disimiles por la jurisprudencia hasta las relativamente recientes sentencias de 2 de julio de 2010 y la sentencia sustitutiva que se desprende de esta ultima de 19 de octubre de 2011, donde la Sala de Casación Civil

Sin embargo, no existe una postura aparentemente armónica respecto de la distribución comercial en la doctrina nacional. Para Namén Vargas, la distribución comercial o *distribución mercantil*, como la llama, ha consistido en una serie de negocios que con el tiempo se han ido desarrollando en atención a las necesidades del comercio actual, porque existe la necesidad de abracar más mercados y ampliar el alcance que puedan tener productos y servicios llegando a más consumidores, a través de la cooperación empresarial, en búsqueda de la consolidación de dichos mercados y repartiendo beneficios.⁴²

De esta manera, se desarrollan formas contractuales para articular las relaciones entre el fabricante o productor y el intermediario, para llegar a los consumidores,⁴³ y están caracterizadas por ser:

“(…) negocios jurídicos patrimoniales, onerosos, conmutativos y mercantiles, sin perjuicio de su celebración y ejecución gratuita excepcional, transitoria y esporádica.

Son definitivos, bilaterales o de prestaciones correlativas al disciplinar relaciones jurídicas entre productor e intermediario autónomo que establecen derechos y obligaciones recíprocas, así desde el punto de vista estructural y funcional en lo inherente a la distribución de bienes y servicios preparen asegurando in contrahendo la celebración de ulteriores contratos de desarrollo, aplicación, auxilio o ejecución entre las mismas partes, entre estas y terceros con sujeción al contenido predispuesto constituyendo unidad compleja, preordenada y cerrada.”⁴⁴

Anota el autor que estos contratos son también y, por lo general, *intuitu personae*, es decir, aquellos celebrados con especial consideración a “*condiciones específicas, singulares o*

actualiza la doctrina judicial referente a las prestaciones contenidas en los incisos primero y segundo del citado artículo. Véase en: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de julio de 2010, M.P.: William Namén Vargas, exp. No. 11001-3103-032-2001-00847-01, y; Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, M.P.: William Namén Vargas, exp. No. 11001-3103-032-2001-00847-01.

⁴² Namén Vargas, William, *Contrato de agencia comercial*, en: *Derecho de la distribución comercial*, Coordinador: Velilla Moreno, Marco Antonio, El Navegante Editores, Bogotá – Colombia, 1995, pp. 195 – 198.

⁴³ *Ibidem*, pp. 196 – 198.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 198.

*concretas predicadas del distribuidor y de la relación de confianza (...)”.*⁴⁵ Con lo anterior, señala que los principales modelos contractuales para la distribución son: agencia, distribución, concesión y franquicia.⁴⁶

Ahora bien, este ha sido un breve panorama sobre los pronunciamientos que la doctrina nacional ha hecho respecto de la distribución comercial, en ellos se evidencia una postura relativamente similar, aunque también con diferencias cuantiosas como el caso de Arrubla y su análisis de los contratos de concesión, en contraste, por ejemplo de lo expuesto por los profesores Namén, Lafont y Peña Nossa, quienes presentaron, cada uno a su manera, análisis relativamente similares.

Doctrina de otras latitudes también se ha pronunciado sobre el particular, Broseta Pont menciona que los contratos de distribución comercial son aquellos que tienen como función económica “*servir de vía estable para lograr la distribución de bienes o servicios en el mercado*”,⁴⁷ siendo esta una clasificación de los contratos con base a su función económica, pues advierte que los acuerdos pertenecientes a esta categoría, jurídicamente, funcionan de maneras distintas y pueden ser agrupados conforme a otras consideraciones,⁴⁸ así presenta una clasificación en sentido amplio.

Agrega que los contratos de distribución se pueden clasificar de acuerdo a si la propiedad de los productos pasa directamente al consumidor (distribución directa), es decir, el productor se vale de sus propios medios o, de agentes comerciales u algún tipo de representantes suyos para transferir el dominio, o cuando existen intermediarios por los cuales pasa la propiedad de las mercancías primero a través de estos, antes de llegar a los consumidores (distribución selectiva), caso de los contratos de franquicia y concesión.⁴⁹

⁴⁵ Ídem, p. 199.

⁴⁶ Ídem, p. 199.

⁴⁷ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I*, Editorial Tecnos, Onceava Edición, Madrid – España, 2002, p. 116.

⁴⁸ Señala Broseta que: *Ya se advirtió que la categoría, sobre todo, fuerza expresiva: señala muy bien la finalidad económica que se logra con todos ellos. Jurídicamente, sin embargo, puede plantear ciertos reparos, pues la forma de operar que tiene, por ejemplo, el agente y el concesionario son muy distintas: mientras que el primero promueve y en su caso concluye contratos en nombre del empresario principal, el concesionario adquiere la propiedad para luego revenderlas, actuando –jurídicamente al menos- por cuenta propia.* Véase en: Broseta, Ob. Cit., p. 116.

⁴⁹ Ibídem, p. 116.

Para Etcheverry el vocablo distribución sirve para agrupar una *familia de contratos* que cumplen todos una misma función económica, la de “colocar en el mercado la producción de una empresa productora, cuando no puede o no quiere hacerlo por sí misma”⁵⁰ así, el autor señala que en la distribución actúan principalmente dos empresas o empresarios, uno que produce y otro que distribuye y, añade lo siguiente:

*“La distribución conlleva una tarea más extensa que la simple difusión del producto (...) ya que implica una obligación material de hacer, es decir, el traslado, en términos económicos, de los productos desde hacia los consumidores, aunque a veces y según los tipos contractuales no se llegue a ellos sino a los comerciantes minoristas; pero el destino final siempre será el mercado.”*⁵¹

Concepto que, es adoptado y reproducido por Farina,⁵² ambos autores concuerdan en que los principales contratos que cumplen con la función económica de distribución son los ya mencionados agencia, concesión, distribución y franquicia.⁵³

2.3. Concepto en la jurisprudencia nacional

Tras una breve revisión de las notas generales que da la doctrina sobre la distribución comercial, es menester dedicarse a dilucidar qué ha considerado la jurisprudencia nacional como tal.

Como punto de partida se identifica la génesis de un concepto de distribución en las famosas sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de 2 de diciembre de 1980 en los casos de *Eduardo González* contra *Ico Pinturas S.A.*,⁵⁴ y *Cacharrería Mundial S.A.*, contra *Jorge Iván Merizalde Soto* y *Gilberto Merizalde Uribe*,⁵⁵ casos en los que la Corte identifica diferencias entre la actividad de un distribuidor, en abstracto, y de un agente comercial, señalando que el primero es un revendedor, es decir, compra para vender

⁵⁰ Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico, Contratos Parte Especial, Tomo I*, Editorial Astrea, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2001, p. 205.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 206.

⁵² Farina, Juan, *Contratos comerciales modernos, Modalidades de contratación empresarial, Tomo I*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2005, pp. 467 – 490.

⁵³ Etcheverry, Ob. Cit., *Tomo II*, pp. 61 – 62.

⁵⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de diciembre de 1980, M.P., Germán Giraldo Zuluaga, Gaceta Judicial No., 2407.

⁵⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de diciembre de 1980, M.P., Germán Giraldo Zuluaga, Gaceta Judicial No., 2407.

y es quien transfiere directamente la propiedad de los bienes a los consumidores, mientras el segundo, es un gestor de negocios ajenos encargado de las actividades de promoción y obtención de clientela para el empresario agenciado, así utilice el nombre comercial de este y diga ser su distribuidor.

Entendiendo la Corte la actividad de distribuir como comprar para revender expone que esta es desarrollada en contratos como la concesión comercial y la distribución propiamente dicha, los que diferencia de la agencia acudiendo también a un criterio de asunción del *riesgo del mercado*, el cual entiende como el riesgo atinente a la fluctuación de los precios, en el sentido que un agente no asume dichos riesgos, lo hace el empresario agenciado en la relación. Mientras en un contrato donde se presenta distribución, el distribuidor adquiere la propiedad de los bienes, por lo cual asume los riesgos relativos a las fluctuaciones de los precios.

Luego, en 1995 la concepción de la CSJ comienza a variar, al decidir en el caso de *Distrimora Ltda.*, contra *Shell Colombia S.A.*, dice la Corte que el contrato de agencia es un contrato típico regulado expresamente en el C. de Co., norma que delimita claramente sus elementos esenciales, en ese sentido, no debe ser confundido con otros contratos como una compraventa al por mayor con el objeto de la posterior reventa de los bienes, a pesar de quien compre este facultado para realizar actividades publicitarias y de promoción de la marca y los productos, la Sala Civil determina que no debe confundirse el *encargo especial* que tiene un agente con la reventa y promoción que tiene un distribuidor. Sin embargo, agrega la Corte que la actividad de distribuir es una actividad mercantil que tiene como objeto adquirir los productos para posteriormente mediante la reventa ponerlos en manos del consumidor final.⁵⁶

Ahora bien, en su aclaración de voto el magistrado Javier Tamayo Jaramillo expone que el contrato de agencia y la actividad de comprar para revender al consumidor final, pueden persistir en una misma relación contractual surgiendo así un agente distribuidor, a saber, dice lo siguiente:

⁵⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, M.P., Pedro Lafont Pianetta, exp. No. 4701.

“En efecto, es claro que la simple compraventa no da lugar por sí sola al nacimiento del contrato de agencia mercantil, ni siquiera en aquellos casos en que el vendedor que compra para revender, en forma independiente, y sin haberlo pactado con el fabricante o con el mayorista, acude a medios publicitarios o de cualquiera otra índole para impulsar las ventas del producto.

Pero nada impide que, además de la simple compraventa, el distribuidor, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa, mediante remuneración adicional (que puede consistir en un precio más favorable que para los demás distribuidores) a impulsar el producto y, en general, a ser su representante o agente, y, en tales circunstancias, las prestaciones a que tiene derecho el agente en caso de que se termine el contrato de agencia, se medirán teniendo en cuenta únicamente lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario. Por lo tanto, si el distribuidor que compra para revender, adicionalmente se obliga a ser distribuidor oficial del suministrador, a representarlo ante las autoridades públicas, a realizar las campañas publicitarias y de demostración, a cumplir las garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar las gestiones que, en principio son las que habitualmente hace el mismo suministrador como un empresario diligente que quiere introducirse y mantenerse dentro del mercado, es indudable que, paralelo a la compraventa, se da el contrato de agencia mercantil, así, todos los productos vendidos por el distribuidor hayan sido comprados por él al suministrador. Desde luego, que esta prestación adicional tiene que ser pactada como un elemento diferente de la simple compraventa para revender. El impulso del producto, por sí solo no tipifica el contrato de agencia. Se requiere que ese servicio sea acordado con el empresario y que sea remunerado, como una prestación diferente de la utilidad que a cualquier vendedor le deje el producto.”⁵⁷

Posteriormente, la Corte en sentencia de 22 de junio de 2011 revisa su doctrina respecto del contrato de agencia y la reitera, al mismo tiempo, comprende la agencia como un negocio que sirve a los empresarios (productores) para “ensanchar los canales de producción,

⁵⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, Aclaración de voto, Magistrado, Javier Tamayo Jaramillo.

distribución y las ventas de un bien o la prestación de un servicio en una zona geográfica determinada, siempre de manera permanente y estable, sin la asunción de los costos y gastos administrativos que demanda adelantar esa tarea directamente”,⁵⁸ siendo así, un medio para que empresarios puedan llevar sus productos o servicios a más mercados determinados, sin incurrir en los costos y esfuerzos relativos a dicha labor, mediante un intermediario profesional e independiente entre estos primeros y los consumidores finales.

2.4. Conciliación del concepto

Con todo lo anterior, se tienen las líneas básicas para presentar un concepto propio de distribución comercial basado en las delimitaciones que la jurisprudencia, doctrina y las ciencias económicas han señalado para la comprensión de la materia, en ese sentido, la distribución se puede resumir como una actividad mercantil consistente en llevar los productos o servicios desde su origen hasta los consumidores finales, la cual cuando se trata de distribución indirecta, es desarrollada mediante contratos de Derecho Privado que regulan la relación entre productores y distribuidores o *contratos para la distribución comercial*.

Así las cosas, la distribución se enmarca jurídicamente al interior del régimen de los contratos mercantiles que desarrollan la intermediación entre productor y consumidores, siendo los distribuidores aquellos intermediarios que permiten que se cumpla con la función económica conocida como distribución, entendiéndola más que una *compra para revender*, como una forma en la que una empresa amplía su mercado a nuevos territorios, de forma tal que permite el acceso de los productos o servicios que producen a más consumidores a través de otras empresas o comerciantes independientes.

B. Ubicación normativa y régimen jurídico

1. Importancia de la regulación

La literatura del mercadeo no ha sido extensa sobre la importancia del entorno jurídico en las relaciones de distribución, sin embargo, algunos de sus exponentes señalan que conocer

⁵⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de junio de 2011, M.P., Edgardo Villamil Portilla, exp. No. 11001-3103-010-2000-00155-01.

las posibilidades que brinda la regulación es vital para la toma de decisiones relativas a las estrategias de distribución comercial.

Para Kotler y Armstrong el entorno legal sirve como un factor para medir lo atractivo de un mercado determinado, dependiendo de las posibilidades que dan sus normas internas para el desarrollo de actividades económicas y, de transacciones comerciales.⁵⁹ Otros sectores señalan cómo las normas que regulan la competencia permiten que se implementen o no determinados sistemas de distribución, por ejemplo, si es prohibida o restringida la distribución selectiva, eso afectara las decisiones de productores para acceder a un mercado específico en razón de las normas de competencia que allí rijan.⁶⁰

Por su parte, Cruz Roche y Oubiña Barbolla exponen que la regulación, es decir, el régimen jurídico del mercado es una cuestión fundamental para el desarrollo de la distribución comercial, ya que, normas laborales, normas sobre competencia desleal y cualquier tipo de régimen que pueda tener incidencia sobre el desarrollo de la función de distribución tiene la potencialidad de afectar la capacidad de competir en el mercado que tenga el distribuidor, pues las prohibiciones o permisiones de carácter jurídico pueden influir en la capacidad competitiva de una empresa.⁶¹

El trabajo de los profesores Grewal y Dharwadkar propone una metodología interesante respecto de la importancia de la regulación y el orden jurídico en las relaciones para la distribución comercial. Según su trabajo, las decisiones tomadas en torno a la distribución comercial están directamente afectadas por el entorno institucional en el sentido que existe una *díada*, es decir, *una pareja de dos seres o cosas estrecha y especialmente vinculados*

⁵⁹ Kotler y Armstrong, Ob. Cit., p. 472.

⁶⁰ Kerin, Berkowitz, Hartley y Rudelius, Ob. Cit., pp. 469 – 470. Véase también: Rosenbloom, Ob. Cit., p. 362.

⁶¹ Cruz Roche, Ignacio y Oubiña Barbolla, Javier, *Situación y tendencias en la evolución de la distribución comercial*, en: *Distribución Comercial*, Coordinador: Díez de Castro, Enrique, Editorial McGraw Hill, Tercera Edición, Madrid – España, 2004, pp. 468 – 470.

entre sí,⁶² entre la toma de decisiones relativas al canal de distribución y el ordenamiento jurídico llamado a regir la relación particular para la distribución.⁶³

Por consiguiente, y en relación con el ordenamiento jurídico existe un *proceso diádico* entre este y el canal de distribución, a saber, el *proceso de regulación*, que es la interacción entre el ordenamiento jurídico llamado a regular la relación de distribución y la forma que seleccionan las partes para regular dicha relación, en otras palabras, hace referencia a las posibilidades y prohibiciones legales que permiten a los agentes estructurar su relación de forma tal que les sea jurídicamente válida y económicamente eficiente, de forma tal que con los límites que establece el ordenamiento jurídico, productor y distribuidor desarrollan la autorregulación de su relación, la cual se concreta en el contrato celebrado entre ellos.⁶⁴

2. Derecho Comercial y ubicación normativa

Antes de jugar un partido de fútbol hay que saber dónde queda la cancha, en el caso de la distribución comercial es necesario identificar el escenario jurídico en el cual se ha desarrollado el concepto. La distribución comercial ha tenido su desarrollo en el ámbito del Derecho al interior de la teoría y práctica del Derecho Privado, particularmente del Derecho Comercial o Mercantil, pues ha sido la doctrina especializada en esta materia la que se ha referido al concepto enmarcándolo particularmente dentro de los contratos mercantiles.

Con esto, surge la necesidad de precisar el concepto o contenido del Derecho Comercial con el objeto de ubicar de forma precisa el término distribución comercial dentro de un área específica del Derecho. Así, el esfuerzo de definir Derecho Mercantil ha sido empresa de muchos y no ha resultado en lo absoluto una tarea sencilla pues dar con una definición con la suficiente amplitud para abarcar la multiplicidad de materias tratadas como comerciales y, a la vez, tener la cantidad exacta de precisión para no caer en la indeterminación de su objeto, ha resultado en un verdadero reto para la doctrina.

⁶² Díada en: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=d%C3%ADada>.

⁶³ Grewal, Rajdeep y Dharwadkar, Ravi, *The role of institutional environment in marketing channels*, en: *The Journal of Marketing*, Volumen 66, No., 3, Julio de 2002, pp. 82 – 85.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 85 – 86.

Al respecto, Madriñán señala que, no siempre ha existido un Derecho Mercantil entendido como un ordenamiento especial, de forma tal que era el *derecho común* el encargado de regular todas las actividades económicas,⁶⁵ sin embargo, continúa el autor “(...) *las necesidades que impuso el desarrollo y la incapacidad en que estuvo en un momento dado el derecho común de algunos países para comprenderlas y regularlas, exigieron la creación de reglas especiales con formas diferentes, las cuales, con el tiempo, por su cantidad e importancia, constituyeron un ordenamiento digno de consideración particular.*”⁶⁶

De similar forma se expresa Narváez cuando explica que al interior del Derecho Privado las ramas Civil y Mercantil tienen ambas el carácter de especiales,⁶⁷ la primera, enfocada en “*la persona humana y su condición o estado civil, los derechos y atributos inherentes a la personalidad, lo relativo a la familia, el patrimonio como universalidad y los bienes en particular y los modos merced a los cuales éstos se adquieren, conservan y transmiten* (...)”⁶⁸ por su parte la segunda, surge como respuesta a la incapacidad de la primera de regular situaciones e instituciones especiales que tratan lo relativo al intercambio económico, la persona del comerciante, las actividades comerciales y de la empresa, así como instituciones especiales como los títulos valores y las actividades propias de los mercados financieros.⁶⁹

Siguiendo a López Guzmán el Derecho Mercantil y su concepto mismo están sujetos a una evolución pues los elementos que sirven para definirlo se ven influidos al pasar el tiempo por el desarrollo económico y de los mercados, las nuevas necesidades de los negocios internacionales, el Derecho Económico y de la Empresa⁷⁰ y, en general el impacto mismo de

⁶⁵ Madriñán De La Torre, Ramón Eduardo, *Principios de Derecho Comercial*, Editorial Temis S.A., Decima Edición, Bogotá – Colombia, 2007, pp. 2 – 3.

⁶⁶ *Ibídem*, p. 3.

⁶⁷ Narváez García, José Ignacio, *Derecho Mercantil Colombiano Parte General*, Legis, Novena Edición, Bogotá – Colombia, 2002, p. 60.

⁶⁸ *Ibídem*, p. 61.

⁶⁹ *Ídem*, pp. 59 – 63.

⁷⁰ López Guzmán, Fabián, *Introducción al Derecho Mercantil*, Editorial Temis, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2007, pp. 39 – 48.

la globalización⁷¹ y el desarrollo e incidencia del Derecho Constitucional actual.⁷² Esta evolución hace más difícil la tarea de definir qué es Derecho Mercantil, sin embargo, brinda los elementos para acercarse a una concepción del mismo.

En principio definiciones clásicas como la de Rocco enuncian que “*el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones nacidas de en la industria*

⁷¹ Al respecto del impacto de la globalización en el ámbito del Derecho Mercantil la controversia es latente, pues las posiciones al respecto resultan divididas, Juan M. Farina por ejemplo señala que el impacto de la globalización ha permitido un dominio de las grandes corporaciones que afecta directamente la regulación del Derecho Privado, particularmente lo referente a los contratos mercantiles y el principio de autonomía de la voluntad expresando que: “*El enorme poder de las grandes corporaciones multinacionales –prácticamente dueñas de los destinos del mercado mundial, dentro de estos fenómenos de la globalización- ha impulsado a los Estados a adoptar leyes no siempre efectivas en defensa del consumidor y del usuario, sobre lealtad comercial y defensa de la libre competencia y, en algunos países, normas sobre condiciones generales de contratación. En la mayoría de los casos se contrata teniendo –como contraparte oculta- una poderosa corporación multinacional que actúa por medio de sus filiales, distribuidoras, concesionarios y franquiciados. La utópica concepción del art. 1137 del Cód. Civil, que supone ponerse de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, carece de vigencia en los contratos comerciales modernos de modo especial como consecuencia de la mentada globalización*”. Véase en: Farina, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos, Tomo I*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, p. 4.

Por su parte López Guzmán no presenta una visión tan pesimista del mismo fenómeno, explicando que la globalización ha implicado un ensanchamiento de los mercados globales hacia los regionales o locales y viceversa, lo cual ha implicado para el Derecho Mercantil suplir la necesidad de regulación que el tráfico mundial de bienes y servicios ha implicado, particularmente desarrollando regulaciones que tienden a la unificación en materias contractual y de propiedad industrial y, respondiendo a las necesidades de expansión de las empresas en figuras como las filiales y la colaboración empresarial, así como, el surgimiento de normas que protegen la libre competencia y al consumidor, resultando en un Derecho Comercial más amplio y humanizado pues las instituciones en respuesta a la globalización tienden a ser más justas y buscar el equilibrio de las relaciones de Derecho Privado. Véase en: López Guzmán, Ob. Cit., pp. 5 – 13.

En un sentido similar Oviedo Albán e Isabel Candelario Macías se refieren al Derecho Privado y la globalización como un fenómeno que implica la internacionalización de las regulaciones para que estas sean aptas para los mercados también internacionalizados, así las cosas, como respuesta a la globalización el mismo Derecho Mercantil ha debido marchar hacia el escenario de la unificación en diversas materias presentando normas uniformes para diversas situaciones en el ejercicio de las actividades económicas más allá de un espacio nacional. Véase en: Oviedo Albán, Jorge y Candelario Macías, Isabel, *Presentación, en: Derecho Privado y Globalización, Tomo I, Derecho Mercantil Contemporáneo*, Coordinadores: Oviedo Albán, Jorge y Candelario Macías, Isabel, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 23 – 24.

⁷² Al respecto se señala que el Derecho Constitucional actual afecta al Derecho Privado en general y al Derecho Mercantil en particular a través de la llamada *constitucionalización del Derecho Privado* definida como: “*(...) el proceso en virtud del cual las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y las normas que las definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance.*” Véase en: Calderón Villegas, Juan Jacobo, *Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, en: *Vniversitas*, No. 113, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, Enero – Junio 2007, p. 118.

comercial”,⁷³ en un sentido que parece complementar para Mantilla Molina el Derecho Comercial es “*el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos*”,⁷⁴ concepciones del Derecho Comercial que aparentemente delimitan su objeto mediante la conjunción de los criterios objetivo (actos calificados como mercantiles) y subjetivo (la persona del comerciante), al respecto Narváez enuncia lo siguiente:

*“La concepción subjetiva estriba en que la mercantilidad de los actos, operaciones y negocios se basa en que sean realizados por quienes por quienes ordinaria y habitualmente se ocupan en una actividad mercantil. En la objetiva son mercantiles no solo los llevados a cabo por esos sujetos sino también los legalmente tipificados como mercantiles que celebre o ejecute cualquier persona. Ambas abarcan actividades económicas con valor jurídico, y ambas son combinadas en diversas legislaciones.”*⁷⁵

Con posterioridad hizo carrera una concepción del Derecho Comercial como *derecho de la empresa*, esta concepción parte de lo que Broseta Pont considera imperativo para la comprensión de la disciplina jurídica mercantil, y es la *atenta observación de la realidad*⁷⁶ en este caso económica. Según la teoría del derecho de la empresa, el Derecho Mercantil es el destinado a regular a la empresa y su actividad entendiendo esta como la organización de capital y trabajo destinada a la producción de bienes o prestación de servicios en el mercado, así como, a las actividades de intermediación en el mismo.⁷⁷ No obstante, el autor denuncia que dicho concepto peca por su amplitud ya que implica que el Derecho Comercial regule también lo relativo a las relaciones laborales,⁷⁸ así como, parece excluir de la aplicación del régimen mercantil a quien realice actos calificados como tales de forma

⁷³ Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Editorial Nacional, México D. F. – México, 1981, p. 23, Citado por: López Guzmán, Ob. Cit., p. 38.

⁷⁴ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México D. F. – México, 1971, p. 3, Citado por: López Guzmán, Ob. Cit., p. 38.

⁷⁵ Narváez García, Ob. Cit., p. 141.

⁷⁶ Broseta Pont, Manuel, Ob. Cit., *Volumen I*, p. 50.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 51 – 52.

⁷⁸ *Ídem*, p. 52.

aislada sin una organización empresarial, también implica que todas las empresas sean mercantiles y todas las posibles regulaciones y actos que realicen sean objeto del mismo régimen.⁷⁹

Ahora bien, la teoría del derecho de la empresa es fundamental para el entendimiento de una concepción contemporánea del Derecho Comercial, claro ejemplo es la definición de empresa que el Código de Comercio colombiano adopta en el artículo 25:

Artículo 25. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

También aporta la comprensión de la figura del empresario, al respecto Galgano explicó que la figura del empresario se refiere a uno de los sujetos del sistema económico que “(...) *transforma o combina los factores de la producción, o sea el capital y el trabajo, en un producto idóneo para satisfacer las necesidades de los consumidores (...)*”⁸⁰ el autor en la presentación de su concepto de empresario muestra como es este quien toma la inversión (el capital) con ella ofrece trabajo y como un intermediador los emplea para poner en el mercado productos que satisfacen necesidades de los consumidores.⁸¹

En concordancia, es pertinente recordar que el Código de Comercio no solo establece la figura de la empresa, también comprende medios para que la empresa realice sus fines, como el establecimiento de comercio según el artículo 515⁸² del Estatuto Mercantil al mismo tiempo que enuncia la figura del empresario, completando la *triada de la empresa*;

⁷⁹ Farina, Ob. Cit., p. 17.

⁸⁰ Galgano, Francesco, *Derecho Comercial Volumen I El Empresario*, Editorial Temis S. A., Primera Edición, Bogotá – Colombia, 1991, p. 11.

⁸¹ *Ibidem*, p. 11.

⁸² Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio, Artículo 515 - Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales. (Subraya fuera del texto)

actividad económica organizada, los medios para realizarla y la persona artífice de la conjunción y dirección de ambas.⁸³

Pues bien, el Derecho Comercial o Mercantil como se evidencia en las líneas precedentes es complejo de delimitar en su concepto, para el cual se deben tener en cuenta muchos elementos tanto jurídicos como económicos. En la actualidad, esta disciplina particular dentro del Derecho Privado se ve permeada no solo por lo ya mencionado, pues en su práctica ha surgido la necesidad de responder de manera más amplia y ágil a las necesidades de las empresas en un contexto global.

Esto exige al abogado un pensamiento enfocado en los negocios, su gestión y administración, así como, debe tener en cuenta consideraciones de carácter constitucional, penal, laboral, tributarias y, de Derecho Administrativo, al momento de estructurar operaciones que pueden calificarse como mercantiles,⁸⁴ en prácticas particulares conocidas como *derecho de los negocios* y *derecho comercial internacional*, demostrando que tanto la teoría como práctica del Derecho Comercial se encuentran en constante desarrollo y evolución.

Tras el recorrido expuesto de forma breve en las líneas precedentes, una aproximación a lo que puede comprenderse como Derecho Mercantil sería que: es una regulación propia del mercado, entendiendo este como *un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio particular*⁸⁵ o en un sentido más amplio, el lugar donde oferentes y demandantes se encuentran⁸⁶, sin ser la regulación del mercado. Es un cuerpo normativo que regula a ciertos participantes o agentes del mercado, como empresas, empresarios, comerciantes y consumidores y, les brinda herramientas como las sociedades, el establecimiento de comercio, la propiedad industrial, los contratos mercantiles y los títulos valores entre otros para el desarrollo de sus actividades empresariales y de intercambio de bienes y servicios, imponiendo límites como el *derecho del consumidor* y de la *competencia* en sus actividades

⁸³ Narváez García, José Ignacio, Narváez Bonnet, Jorge Eduardo y Narváez Bonnet, Olga Stella, *Derecho de la empresa*, Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2008, p. 7.

⁸⁴ López Guzmán, Ob. Cit., pp. 40 – 42.

⁸⁵ Mankiw, N. Gregory, *Principios de Economía*, Gengage Learning, Quinta Edición, México D. F. – México, 2009, p. 60.

⁸⁶ Galgano, Ob. Cit., p. 11.

en el mercado. Así mismo, este amplio ámbito regulatorio trata diversos mercados, como el mercado de consumo, de servicios y los mercados financieros en general.

Con la concepción presentada de Derecho Comercial, la distribución es una función propia del mercado, desarrollada a través de contratos mercantiles que están diseñados para la consecución de la misma, en la que participan agentes del mercado que tiene su tratamiento jurídico en la regulación mercantil, principalmente; empresarios y empresas, comerciantes y consumidores.

3. Principales caracteres y régimen jurídico general

Para finalizar este capítulo se señalarán los principales caracteres jurídicos de la figura distribución comercial, los cuales definen su régimen jurídico general y son los siguientes:

a) Es una actividad mercantil

Según lo visto, la distribución es llevada a cabo por comerciantes, empresas y empresarios, el C. de Co., dispone en el artículo primero que, tanto comerciantes como los asuntos mercantiles serán regulados por la Ley comercial, con atención a ello el artículo decimo del estatuto mercantil entiende que son comerciantes quienes profesionalmente se dediquen a alguna actividad mercantil, en ese sentido, la distribución puede enmarcarse dentro de varios de los actos mercantiles objetivos que enuncia el Código en el artículo 20, los cuales son:

Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales:

- 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;*
- 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;*
- 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;*
- 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;*

*17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;*⁸⁷

Los actos mercantiles señalados son algunas de las formas en las cuales puede darse la distribución, bien sea adquiriendo los bienes para revenderlos, prestando servicios o constituyéndose en empresas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios o la comercialización de mercancías. Como lo expresa el artículo 24 del C. de Co., lo dispuesto en el artículo 20 es meramente declarativo estableciendo una enumeración no taxativa de los actos de comercio, así las cosas, la distribución se encuentra también bajo el régimen subjetivo pues es llevada a cabo por empresas o comerciantes a los cuales se les extiende la aplicación de la Ley comercial a todos los actos relacionados con su empresa o actividad comercial según lo establecido en el artículo 21 de la codificación mercantil.

b) Desarrolla una relación de consumo

La Ley 1480 de 12 de octubre de 2011 actual Estatuto del consumidor establece en las definiciones del artículo quinto lo siguiente:

Artículo 5o. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

9. Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

*11. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.*⁸⁸

⁸⁷ Colombia, 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio, artículo 20, parcial.

⁸⁸ Colombia, Ley 1480 de 12 de octubre de 2011, Estatuto del Consumidor, artículo 5, parcial.

El Estatuto define las tres partes involucradas en la distribución comercial, productores, distribuidores a quienes agrupa dentro de los proveedores y, consumidores estableciendo que estos se encuentran bajo el régimen del derecho del consumidor y sobre ellos recaen los derechos y obligaciones que esto implica (incluidos los usuarios). Al respecto, la Ley prevé que su contenido son normas de orden público, esto significa que, no es posible pactar en contrario, e implica obligaciones para productores y distribuidores, como la obligación de garantía que recae solidariamente sobre ellos, contenida en el Título III de la Ley, también las prescripciones realizadas respecto de la publicidad del Título VI y, la responsabilidad derivada de los daños que ocasionen los productos, la cual es, por regla general solidaria entre productores y expendedores o proveedores, esta incluye a los distribuidores, contenida en los artículos 20 al 22 del Estatuto.

c) Implica la utilización de la marca del productor

Para llevar a cabo la distribución, el productor suele conceder al distribuidor las licencias⁸⁹ pertinentes sobre las marcas que identifican y distinguen sus productos en el mercado, demuestran el origen empresarial y dan cuenta de aquellos atributos que diferencian los productos de los de otros competidores. La Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina establece lo siguiente:

*Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.*⁹⁰

⁸⁹ Sobre la licencia de marca el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado lo siguiente: “aquella por la cual el titular de una marca (licenciante) coopera con otra empresa (licenciataria) a fin de ampliar las actividades de producción y distribución de productos portadores de la correspondiente marca. En esta relación contractual el licenciante otorga autorización al licenciataria para aplicar la marca y utilizarla en los correspondientes productos, es decir le cede el derecho al uso de la marca.” Véase en: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 21 de Abril de 1998, proceso 29-IP-97.

⁹⁰ Comunidad Andina, Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000, Régimen común sobre Propiedad Industrial, artículo 134, parcial.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es usual en los contratos para la distribución comercial que a los distribuidores se les otorguen licencias para el uso y explotación de dichas marcas propiedad de los productores con el objeto que puedan hacer uso de ellas en el mercado. Los licenciarios, en estos casos, suelen tener la obligación de implementar la publicidad pertinente y en muchos casos, dependiendo de las estipulaciones contractuales, deben solicitar los registros marcarios ante la autoridad competente (en Colombia la SIC⁹¹) y tomar cualquier acción tendiente a proteger la marca.⁹²

d) Se realiza mediante contratos mercantiles

Como se ha mencionado repetidas veces la distribución comercial se ha enmarcado en el mundo de los contratos mercantiles, como lo reitera repetidamente la doctrina los contratos para la distribución comercial o diseñados para cumplir con la función económica de distribución son tanto figuras típicas (agencia comercial) como atípicas (concesión, distribución, franquicia), en este sentido y para concretar el régimen jurídico general de la distribución comercial, se debe mencionar que su regulación principal es la atinente a los contratos mercantiles.

Sobre el particular se puede señalar que, se debe acudir al *régimen* especial,⁹³ en el caso del contrato típico de agencia que tiene en la legislación una regulación que le es propia (C. de Co., artículos 1317 a 1331) y en lo referente a los contratos atípicos les son aplicables el *régimen general de las obligaciones y los contratos* y si es el caso aparates de distintos regímenes especiales pues hay contratos que “(...) *son el resultado de la reunión de diferentes obligaciones de distintos contratos, para cumplir con un fin económico que no sería posible obtener mediante contratos separados*(...)”⁹⁴ así, a manera de conclusión el

⁹¹ SIC: Superintendencia de Industria y Comercio. Vale la pena recordar que en algunos casos el reconocimiento de la marca trasciende del ámbito territorial del registro. No se trata simplemente del reconocimiento de las marcas notorias exigido desde el Convenio de París. También tendríamos que referenciar los ejercicios regionales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Otro caso interesante lo encontramos con el Protocolo del Arreglo de Madrid.

⁹² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto de 24 de noviembre de 2004, radicación No. 04102005.

⁹³ Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, *El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009, pp. xxvi – xxvii.

⁹⁴ *Ibíd*em, pp. xvii – xviii.

régimen está determinado de acuerdo al resultado del ejercicio de calificación de los contratos.

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS PARA LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

El contrato, acto jurídico bilateral, convención o cualquiera de las formas en las que pueda llamarse es quizá una de las materias jurídicas sobre las cuales se ha invertido más tinta y papel, sin que esto implique que el tema se vea agotado. La doctrina ha realizado un especial esfuerzo en torno al contrato, partiendo de nociones puntuales como la enunciación de las fuentes de las obligaciones que hace el Código Civil (C.C.):

*Artículo 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*⁹⁵

La doctrina ha comprendido que “*el acto jurídico bilateral, llamado también convención, en el sentido ya apuntado de ser productor de obligaciones, se llama contrato*”⁹⁶ también referido como un acuerdo de voluntades que “*(...) tiene por objeto crear una relación de obligación entre un acreedor y un deudor (...)*”⁹⁷ o, los “*(...) acuerdos de voluntades de dos o más agentes encaminados a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas*”.⁹⁸ De la misma manera, pueden encontrarse cientos de ejemplos en la doctrina sobre qué es un contrato, sin embargo, pocos alcanzan la magistral simpleza que utiliza la codificación decimonónica para presentar una noción del mismo, ubicada en el artículo 1495:

⁹⁵ Colombia, Código Civil, artículo 1494, subraya fuera del texto.

⁹⁶ Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Quinta edición, Bogotá – Colombia, 2005, p. 193.

⁹⁷ Larroumet, Christian, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, Editorial Legis, Primera edición en español, Bogotá – Colombia, 2006, p. 378.

⁹⁸ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Séptima edición, Bogotá – Colombia, 2005.

Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Esta clásica concepción de contrato de la legislación nacional se ve acompañada por el contenido de la misma figura introducido por el Código de Comercio del año 71, cuyo artículo 864⁹⁹ busca dar mayor precisión agregando que el contrato tiene la función de constituir, regular o extinguir relaciones o vínculos jurídicos entre las partes.¹⁰⁰ De tal manera, el contrato es una “*institución social, creada por una comunidad, mediante normas, para cumplir, principalmente, con una función de regulación de intercambios económicos*”.¹⁰¹

Con este punto de partida se abordará el estudio de aproximación a los contratos para la distribución comercial, se esbozará una metodología para el análisis de los contratos de distribución como una especie dentro del género contratos (A), posteriormente, se analizarán individualmente y de forma breve los que se han considerado como los principales contratos para la distribución dando a conocer sus principales notas características (B) y; para concluir, se realizarán algunos comentarios sobre su elaboración (C).

A. Aproximación metodológica a los contratos para la distribución

1. El contrato como autorregulador de relaciones económicas

La regulación existe en principio para lograr que distintos grupos como la industria, organizaciones e incluso los individuos ajusten sus actuaciones generalmente de acuerdo a la Ley y con el objetivo de impulsarlos a lograr comportamientos o resultados deseados por

⁹⁹ Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio, Artículo 864 - El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. (parcial)

¹⁰⁰ Mantilla Espinosa, Fabricio, *Sobre la formación del contrato*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 79.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 79.

los reguladores.¹⁰² Ahora bien, la regulación se logra mediante un proceso donde distintos grupos interesados interactúan buscando guiar a los entes regulatorios (sea el legislador o la administración) a la expedición de normas que les sean más favorables, es decir, que le reporten mayor beneficio a los interesados en dichas normas, en procesos que normalmente involucran a dichos grupos negociando con el regulador en busca de la regulación más beneficiosa.¹⁰³

Lo anterior, respecto de la regulación en general da la partida para referirse al contrato como forma de regulación. Las relaciones entre partes reguladas por el contrato se basan principalmente en dos puntos; el primero, las permisiones y prohibiciones que trae la Ley para los contratos y las obligaciones en general y, el segundo, la negociación que llevan a cabo las partes para decidir los términos de sus contratos tomando en cuenta que la Ley no es perfecta, ni abarca todas las variables y posibilidades que las partes pueden tomar en cuenta al celebrar sus contratos.¹⁰⁴

Así, el contrato funciona como una forma en que las partes pueden darse su propia regulación, es decir, autorregularse¹⁰⁵ en su relación de intercambio económico. Con esto en mente, resuena la investigación ya citada de Grewal y Dharwadkar, en su texto, abordan los contratos y otras formas de regulación como esenciales en la distribución comercial, refiriéndose a las partes en el contrato para la distribución, a saber, el productor y el intermediario (agente, concesionario, distribuidor o franquiciado) como miembros en una

¹⁰² Veljanovski, Cento, *Strategic use of regulation*, en: *The Oxford handbook of regulation*, coordinadores: Badwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin, Editorial Oxford University Press, Oxford – Reino Unido, 2010, p. 87.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 88 – 92.

¹⁰⁴ Al respecto, se dice que la Ley es imperfecta en el sentido que siempre será insuficiente para describir todas las posibilidades que las partes pueden adoptar en sus contratos, en ese sentido, las partes deben negociar de acuerdo a sus posibilidades e intereses todo aquello que pueden plasmar en el contrato para lograr la máxima utilidad en las relaciones económicas que pretenden regular, en un *juego* donde utilizan de forma estratégica su posición o poder de negociación frente a la otra parte con base en las permisiones de tipo legal que los afecten, como las normas de orden público. Véase en: *Ídem*, pp. 87 – 93.

¹⁰⁵ La autorregulación es básicamente, cuando los agentes del mercado se dan sus propias reglas de juego, estableciendo mecanismos para llevar a cabo sus operaciones, algunos ejemplos de este fenómeno en Colombia son: Autorregulador del mercado de Valores (AMV) y el Código de Autorregulación Publicitaria de la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONARP). Véase en: <http://www.amvcolombia.org.co/index.php?pag=home&id=11910> y <http://www.ucepcol.com/conarp>, consulta de enero de 2013.

díada, es decir, dos seres que se encuentran estrechamente unidos,¹⁰⁶ en este caso en una relación económica, aquella en que se utiliza el contrato como mecanismo de autorregulación.

Según los autores, el contrato se ve afectado por su entorno institucional, a saber, la Ley, los entes de control y vigilancia, por ejemplo, la autoridad de la competencia (Superintendencia de Industria y Comercio) y, en general cualquier grupo o entidad que tenga el potencial de afectar el contenido o la ejecución del contrato. En ese sentido, la regulación de la relación jurídico-económica se ve supeditada a lo que las partes acuerdan en sus negociaciones y lo que su entorno institucional les permite.¹⁰⁷

Pues bien, en el Derecho colombiano, el contrato es la herramienta básica para regular las relaciones entre particulares. Su base es el principio de *autonomía de la voluntad*, el cual, en esencia, habilita a las partes a elegir qué contratan, cómo lo contratan y, con quién lo contratan.

En el esquema legislativo clásico del Código Civil el contrato se caracteriza por ser típico y nominado, en otras palabras, es la Ley la que presenta un catálogo de contratos debidamente regulados y nombrados por la misma. Dicho de otro modo, el contrato se rige tanto por las normas de carácter imperativo que dispone la Ley, como por las cláusulas o

¹⁰⁶ La díada es un concepto empleado usualmente por el psicoanálisis para explicar relaciones entre seres que son dependientes y desarrollan una autorregulación al interior de la misma, el fenómeno más estudiado al respecto es la díada madre – infante cuando el menor aun se encuentra en la etapa de lactancia, en este caso se forma una autorregulación afectiva entre ellos. Véase en: Raznoszczyk de Schejtman, Clara, *Regulación afectiva diádica madre – bebé y autorregulación del infante en la estructuración psíquica temprana*, en: *Anuario de investigaciones facultad de psicología Universidad de Buenos Aires*, Volumen XII, Buenos Aires – Argentina, 2005.

Ahora bien, las díadas se ven afectadas por los entornos sociales en los cuales se desenvuelven, lo cual permite un desarrollo de la regulación entre los integrantes de la díada más allá de la simple interacción que ellos tiene, es decir, el entorno social en el cual se encuentran afecta su proceso y puede influenciar en el resultado de la regulación que deviene de la misma pues la díada no es ajena a la *red social* o entorno social en el cual se debe desarrollar, demostrando así, que la regulación que se crea en la díada, sea cual sea, se ve afectada por su entorno social. Véase en: Lewis, Michael y Takahashi, Keiko, *Beyond the dyad: conceptualization of social networks*, en: *Human Development*, No. 48, Editorial Karger, Bazel – Suiza, Enero – Febrero de 2005, pp. 5 – 7.

¹⁰⁷ Grewal, Rajdeep y Dharwadkar, Ravi, Ob. Cit., pp. 85 – 86. Respecto a lo referente a la afectación del entorno, teóricos de la autorregulación concuerdan con que esta se ve directamente afectada por el entorno en el cual se desarrolla haciendo del proceso de autorregulación de un resultado más completo y acorde al ambiente en el cual debe usarse. Véase en: Zimmerman, Barry, *Attainig self-regulation: Asocial cognitive perspective*, en: *Handbook of self-regulation*, Coordinadores: Boekaerts, Monique, Pintrich, Paul y Zeidner, Moshe, Editorial Academic Press, Saint Louis Missouri – Estados Unidos, 2005, pp. 13 – 15.

estipulaciones que los contratantes libremente pactan en su relación contractual dentro los límites que la misma Ley establece.¹⁰⁸ Dispone también, de un grupo de normas conocidas como *supletivas*, las cuales llenan los vacíos dejados por las partes en su relación contractual.¹⁰⁹

Sin embargo, el panorama del contrato no se agota allí, existen también los llamados contratos atípicos, sobre los cuales la CSJ ha señalado lo siguiente:

“Cuando un Contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico - social se encuentra conforme con los principios ético - jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.

En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los y prácticas sociales; y finalmente, mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Lafont, Ob. Cit., p. 31.

¹⁰⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1994, p. 50.

¹¹⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de Octubre de 2001, M.P., Jorge Antonio Castillo Rúgeles, exp. No. 5817. En el mismo sentido: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 6462.

Con esto la Corte señala el camino del contrato atípico, éste nace debido a las necesidades sociales y económicas existentes que escapan a las previsiones del C.C., y el C. de Co. En otras palabras, son las partes quienes para atender necesidades en contratación que el Estado no está en capacidad de suplir, acuden a la autonomía de la voluntad y diseñan sus propios contratos por fuera de los moldes previstos en la Ley. Dando como resultado, contratos que, con el paso del tiempo y su reiterada utilización adquieren no solo un nombre técnico, también obtienen una significación jurídica a partir de la costumbre, convirtiéndose en prácticas usuales en el comercio global.¹¹¹

Este esquema general muestra el escenario en el que es posible regular las relaciones para la distribución comercial, en ellas las partes tienen un rango amplio en el cual llevar a cabo sus negociaciones, permitiéndoles buscar la mayor eficiencia en su relación, para construir estructuras que les pueda dar el máximo beneficio.¹¹² Para ello, deben tener en cuenta que dichas relaciones han de basarse en la cooperación y en la búsqueda del beneficio mutuo, pues tanto productor como distribuidor, en abstracto, son dependientes entre sí, ya que la obtención de beneficios para ambos esta directamente ligada a la forma en que las partes compartan sus expectativas y trabajen en equipo para cumplirlas, entre mayor sea esta cooperación, aumenta la estabilidad y, son más grandes las posibilidades de recibir un retorno positivo del negocio.¹¹³

¹¹¹ Narváez García, José Ignacio, *Obligaciones y Contratos Mercantiles*, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2002, pp. 93 – 98.

¹¹² La búsqueda de la eficiencia en términos de costo beneficio es parte importante del estudio de los contratos que parte de la doctrina del *análisis económico del derecho* ha efectuado, basándose tanto en la figura del *contrato perfecto* como modelo para la comparación con la realidad, como con la figura del *egoísta racional* quien utiliza el contrato como un medio para obtener el mayor beneficio al menor costo. Véase en: Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Segunda Edición, Editorial Fondo de cultura económica, México D.F. – México, 2002, Capítulo VI, Garrido Cordobera, Lidia María Rosa, *La negociación contractual y el análisis económico*, en: *Análisis económico del Derecho*, Coordinadora: Kluger, Viviana, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2002, pp. 143 – 154.

¹¹³ Grewal y Dharwadkar, Ob. Cit., pp 89 – 92. Al respecto de la tesis presentada en el estudio de la referencia, parece ser más cercana a los desarrollos de la teoría del *solidarismo contractual* que se opone al egoísmo utilitarista defendido principalmente por el análisis económico del derecho, presentando la necesidad que sean incorporados en la práctica contractual postulados enfocados hacia la cooperación, colaboración y solidaridad en las relaciones contractuales dejando de lado la búsqueda únicamente de un beneficio individual y apuntando a una tesis donde los contratantes busquen un beneficio común, al respecto sirve de referente los siguientes trabajos: Fandiño, Mariana, *El solidarismo contractual especial referencia al derecho francés*, en: *Vniveristas*, No. 114, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre, 2007., Matilla

2. Contenido general de los contratos para la distribución

En otros tiempos para ser un campeón en el mercado bastaba con vender un producto que fuere mejor a los competidores o más barato, premisa que aún hoy día parece prevalecer, pues para los productores lo esencial es proveer un producto con la capacidad de atraer a los consumidores.¹¹⁴ Sin embargo, el solo hecho de tener el mejor producto o el más barato no es suficiente para conquistar mercados, como se ha señalado, es imperativo implementar estrategias para su distribución, allí juegan los contratos para la distribución comercial como protagonistas.

Los contratos para la distribución pueden ser analizados de una forma simplemente descriptiva¹¹⁵ presentando una definición general:

“(…) aquel en que el empresario comercial actúa profesionalmente por su propia cuenta, intermediando en un tiempo más o menos extenso, y negocio determinado, en una actividad económica que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor (...).”¹¹⁶

A pesar que la anterior definición es acertada y, da un panorama general sobre estos contratos incluyendo una enunciación sencilla de su función económica, la cual es básicamente la función de distribución comercial, consistente en la intermediación entre productores y consumidores para llevar los productos o servicios de los primeros a los segundos, a través de la estructura empresarial del distribuidor. Para poder agrupar los principales contratos de distribución dentro de una misma especie, al interior del género contratos, es pertinente presentarlos por sus elementos comunes.

Espinosa, Fabricio, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*, en: *Revista chilena de Derecho Privado*, No. 16, Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile – Chile, julio, 2011., Mazeaud, Denis, *La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises*, en: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Editorial LexisNexis, París – Francia, 2012., Lequette, Yves, *Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, en: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Editorial LexisNexis, París – Francia, 2012.

¹¹⁴ Wheeler, Steven y Hirsh, Evan, *Si el producto ya no es el rey, ¿quién? Los canales de distribución*, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 1 – 3.

¹¹⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos, Tomo I*, Editorial Rubiznal – Culzoni, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 520.

¹¹⁶ Argeri, Saul, *Contrato de distribución*, citado por Lorenzetti en: *Tratado de los contratos, Tomo I*, p. 520.

- **Función económica:** están diseñados para cumplir la función de distribución comercial, llevan a cabo la intermediación entre productores y consumidores, como instrumentos que fomentan el mercado.¹¹⁷ Permitiendo mayor acceso de los consumidores a los productos y, derivan beneficio económico, tanto para el productor como para el distribuidor.
- **Autonomía jurídica:** las partes en estos contratos son comerciantes independientes, esto implica que no existe una relación de subordinación entre ellos y, cada uno asume los riesgos de su actividad.¹¹⁸
- **Territorio fijo:** otorgar a los distribuidores un territorio fijo es más que usual en estos negocios.¹¹⁹ Al hacerlo, el productor busca evitar competencia y conflictos entre distribuidores, al no permitir el *free-riding*, fenómeno en el cual no existe distribución selectiva o exclusiva, por el contrario existen distribuidores sin zonas o territorios fijos. Esto genera la llamada competencia *intramarcaria*, fenómeno en el que un mismo producto y una misma marca compiten en el mismo mercado, con ello se puede afectar negativamente el éxito de la estrategia comercial y la percepción del público de la marca, llevando incluso a una guerra de precios entre distribuidores de un mismo productor en una misma zona.¹²⁰
- **Dependencia técnica:** a pesar de existir independencia jurídica y económica, los distribuidores tienden a tener una dependencia técnica. Los productores fijan condiciones respecto de la venta de los bienes, sus precios, la implementación de la

¹¹⁷ Castrillón y Luna, Victor, *Contratos Mercantiles*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México D.F. – México, 2006, pp. 547 – 548.

¹¹⁸ La independencia o autonomía jurídica de los distribuidores existe con el objetivo de abandonar las posibilidades de relaciones de tipo laboral entre productor y distribuidores, en adición, esta independencia permite una mejor distribución de riesgos, donde cada una de las partes asume los riesgos de su propia actividad así como obtienen los beneficios de ella permitiendo ganancias en ambas partes y agregando un mayor grado de sofisticación a los negocios al abandonar el uso de dependientes empleados del productor lo cual disminuye costos. Véase en: Lorenzetti, Ob. Cit., *Tomo I*, p. 521.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 526.

¹²⁰ Desiraju, Ramarao, *Costs and benefits of inducing intrabrand competition: The role of limited liability*, en: *Marketing Science*, Volumen 23 No. 3, Editorial Inform, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 2004, pp. 429 – 450. Al respecto de la competencia intramarcaria, el autor señala que puede ser un gran riesgo asumir una estrategia de distribución que permita el *free-riding*, sin embargo, usarlo de forma mesurada y controlada puede ser útil para detectar distribuidores negligentes y aumentar la productividad en esos casos.

publicidad, el uso de marcas, signos distintivos y cualquier propiedad industrial que sirva para designar y comercializar los productos.¹²¹

- ***Intuitu personae***: los contratos de distribución son por regla general *intuitu personae*. lo anterior significa que, para la celebración del contrato es esencial las calidades del contratista,¹²² en los contratos de distribución, se buscan personas que puedan tener éxito en el mercado llevando a cabo las actividades de distribución, que posean una organización empresarial idónea, que tengan la experiencia como profesionales en el mercado, el prestigio y la capacidad económica suficiente.¹²³
- ***Se regulan en un contrato marco***: Acudir a los contratos de distribución implica que el productor implementa estrategias de distribución ya sea selectiva, exclusiva o intensiva, dependiendo de sus decisiones respecto de la presencia de sus marcas y productos en el mercado. Para direccionar su estrategia comercial, el productor emplea no solo los contratos para la distribución, sino también, un contrato marco para coordinar a todos sus distribuidores. En él se establecen las reglas de juego generales para todos los distribuidores, así, en el contrato marco se pueden establecer las políticas generales sobre implementación de la publicidad, licencias de propiedad industrial, reglas relativas a las relaciones entre distribuidores, y en general las metas que se buscan lograr y las condiciones generales para hacer parte de la *red de distribución*.¹²⁴

¹²¹ Lorenzetti, Ob. Cit., *Tomo I*, p. 526.

¹²² Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato, Tomo I*, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá – Colombia, 1999, p. 260. Al respecto se establece que cuando los contratos son celebrados *intuitu personae*, de ellos se puede predicar la nulidad por vicio del consentimiento *error en la persona*. Cabe agregar que en Derecho colombiano los contratos *intuitu personae* tienen una restricción en cuanto a la cesión, el artículo 887 del Código de Comercio, inciso segundo establece que para dichos acuerdos es necesaria la autorización del contratante cedido. Véase en: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de noviembre de 1993, M.P., Alberto Ospina Botero, Gaceta Judicial No. 2461.

¹²³ Farina, Ob. Cit., *Tomo I*, p. 471.

¹²⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Redes contractuales y contratos conexos*, en: *Instituciones de Derecho Privado, contratación contemporánea, Tomo II, Contratos modernos Derecho del Consumidor*, Coordinadores: Alterini, Atilio Aníbal, De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos Alberto, Editorial Palestra – Temis, Bogotá – Colombia, 2000, pp. 115 – 124. El fenómeno de las redes contractuales, los contratos conexos o coligados no es ajeno a la jurisprudencia nacional, donde se analiza el tema desde contratos que tienen una conexidad respecto de su función al interior de una operación económica, hasta contratos que se encuentran coligados por su causa o por una finalidad que buscan las partes con las diversas operaciones contractuales conexas.

B. Principales contratos para la distribución comercial

A continuación se analizarán de forma breve los principales contratos para la distribución comercial: agencia, concesión, distribución y franquicia. Este análisis versará sobre los elementos esenciales de cada uno de estos contratos de acuerdo a lo establecido en el artículo 1501 del C.C., elementos que configuran las características particulares de cada contrato sin que sea confundido o degenere en otro diferente.¹²⁵

1. Agencia Mercantil

El contrato de agencia, contrato típico y nominado que encuentra su regulación particular en los artículos 1317 a 1331 del C. de Co., y es definido por el mismo código así:

Artículo 1317. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

De la lectura de la norma se desprende que el contrato de agencia es un contrato cuya naturaleza permite un objeto variado, no restringido a una actividad única. Por el contrario, da espacio a una variedad de actividades, el agente puede ser desde un promotor o intermediario en negocios del agenciado, hasta ser su representante como un mandatario o incluso fabricante de mercancías en otro territorio.

Al respecto cabe señalar que el agente como mandatario puede tener un mandato con o sin representación. Si el mandato es sin representación, el agente celebra contratos a su propio nombre, así los haga por cuenta del agenciado. Sin embargo, es solo una de las manifestaciones de la posibilidad de dar objetos variados al contrato de agencia, pues no se requiere que el agente sea un mandatario para que subsista una relación jurídica de

Véase en: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de septiembre de 2007, M.P., Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. No. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

¹²⁵ Suescún Melo, Jorge, *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, Tomo II, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá – Colombia, 2005, p. 449.

agenciamiento,¹²⁶ posición que adopta esta investigación, pero, no es pacífica y resulta evidente esto al revisar apartes de la jurisprudencia arbitral que, en su mayoría sitúa a la agencia como un mandato.¹²⁷

Pues bien, si se tema la agencia como un contrato de objeto abierto, es posible enmarcar los diferentes objetos que asume el agente como labores de un distribuidor. Esto en el sentido que, el agente puede asumir diversas actividades las cuales en el contexto de la distribución comercial todas caben, pues la esencia de la función de distribución es servir como intermediario entre productores y consumidores. Manifestaciones de la agencia que se evidencian ya sea vendiendo mercancías o prestando servicios, siendo intermediario en negocios¹²⁸ que acerquen al productor a los consumidores, por ejemplo como un intermediario en un suministro con un minorista o *retailer* o, llevando a cabo la promoción del productor en otro territorio. Lo anterior es muestra de las posibilidades que la agencia permite como contrato para la distribución.

Así las cosas, los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil, debatidos principalmente en la jurisprudencia arbitral¹²⁹ son:

¹²⁶ Ibídem, pp. 480 – 487. Véase también: Laudo arbitral de 19 de marzo de 1993, Tribunal de Arbitramento de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. Vs. Vecol S.A., Árbitros: Necty Gutiérrez Sandoval, Guillermo Gamba Posada y Carlos Vejarano Rubiano, Laudo arbitral de 21 de marzo de 2002, Tribunal de Arbitramento de Oscar Mario Mora Trujillo y Cia. S. en C., Isucampo e Isucampo EAT, Vs. Aventis Cropscience Colombia S.A., Árbitros: José Alejandro Bonivento Fernandez, Enrique Cala Botero y Jorge Suescún Melo, Laudo arbitral de 31 de agosto de 2000, Tribunal de Arbitramento de Compañía Central de Seguros S.A. – Compañía Central de Seguros de Vida S.A., Vs. Maalula Ltda., Árbitros: Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Antonio José de Irisari Restrepo.

¹²⁷ Los laudos arbitrales dan plena evidencia sobre el particular pues es evidente como no es pacífica la posición al respecto de la agencia como un mandato, quienes consideran la agencia como un mandato especial basan su argumento principalmente en la ubicación normativa del contrato de agencia dentro del Título XIII del Código de Comercio, así como, en la noción que el agente no asume riesgos económicos en su actividad de agenciamiento y los traslada al principal, ejemplo de esto los laudos: Laudo arbitral de 19 de febrero de 1997, Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & S.A. Ltda. Vs. Fiberglass Colombia S.A. Árbitros: Ernesto Gamboa Morales, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez, Laudo arbitral de 19 de julio de 2005, Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. Vs. Comcel S.A., Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo S, Carlos Eduardo Manrique Nieto, Mauricio Plazas Vega, Laudo arbitral de 26 de noviembre de 2002, Tribunal de Arbitramento de Ideas Celular Colombia S.A. Vs. Bellsouth Colombia S.A., Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo, Héctor Marín Naranjo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

¹²⁸ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *El contrato de agencia mercantil*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984, p. 18.

¹²⁹ Namén Vargas, William, *El Contrato de Agencia Comercial en la Jurisprudencia Arbitral*, Ponencia en: *Seminario sobre la agencia comercial*, Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá-Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá - Colombia, 29-31 de agosto de 2005, pp. 1 – 4.

“(…) para nuestro legislador las notas características de este contrato son la independencia del agente y la estabilidad de las relaciones con su principal y que su objeto básico y primordial es el de promoción de los negocios de este último con el fin de adquirir o de preservar un mercado para sus productos o servicios”.¹³⁰

- **Independencia del agente:** elemento que permite el correcto funcionamiento del contrato de agencia, hace referencia a que agente y agenciado son ambos comerciantes independientes. El agente tiene su propia organización empresarial, establecimientos de comercio y empleados, manteniéndose jurídicamente independiente del principal,¹³¹ esto se refiere al funcionamiento interno e independiente del agente y de su organización, así como, a las decisiones que toma para el desempeño de su actividad.¹³² Este elemento cobra importancia al ser el que descarta la subordinación, evitando que la relación jurídica de agencia mercantil pueda ser confundida con una relación laboral de subordinación.¹³³
- **Estabilidad en la actividad del agente:** el contrato de agencia se conoce como un contrato de duración, es decir, una relación jurídica que no es esporádica.¹³⁴ Con este negocio se busca plantear un término de duración prolongado en un contrato de ejecución sucesiva, elemento particular que diferencia a la agencia de figuras como la comisión o el corretaje, en los que el vínculo jurídico corresponde a negocios ocasionales.¹³⁵ Ahora bien, este elemento no implica que el contrato no pueda ser pactado a término y no renovado al cumplirse el mismo o, que dicho elemento

¹³⁰ Laudo Arbitral del 1 de Julio de 2002, Tribunal de arbitramento de Roberto Cavelier & Cía. Ltda., Vs. Flota Mercante Grancolombiana. Árbitros: José Enrique Arboleda, Fernando Hinestrosa, Jorge Soescún Melo.

¹³¹ Giraldo Bustamante, Carlos Julio, *La agencia comercial en el Derecho colombiano*, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 47, Universidad de los Andes, enero – junio, 2012, pp. 7.

¹³² Laudo Arbitral del 30 de Agosto de 2004, Tribunal de arbitramento de Invertexy E.U., Vs. LG Electronics Colombia Limitada. Árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Martínez y Fabio Silva Torres.

¹³³ Giraldo Bustamante, Ob. Cit., p. 8.

¹³⁴ Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales, Tomo II*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2003, p. 36.

¹³⁵ Arrubla, Paucar Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, Tomo I*, Editorial Diké, Sexta Edición, Medellín – Colombia, 2006, p. 383.

constituya que el vencimiento del plazo no sea justa causa para la terminación de la relación.¹³⁶

- **Encargo especial:** hace referencia a la promoción o explotación de negocios del agenciado. Es una referencia directa al objeto del contrato, ya sea promover, actuar como representante o mandatario o, realizar, por ejemplo, actividades de comercialización de los productos o servicios del empresario principal.¹³⁷ Siendo la promoción la actividad principal, el agente debe velar por la implementación de la publicidad y el posicionamiento de las marcas del agenciado, *preparando los negocios* de forma adecuada (promoción) y llevándolos a cabo, celebración y ejecución, si es el caso (explotación).¹³⁸ Entonces, en el *encargo especial* se evidencia la forma en la que el agente actúa como distribuidor, designa el cómo de su actividad intermediadora.

2. Concesión Comercial

El contrato de concesión comercial, reconocido dentro del ámbito de los contratos para la distribución comercial, es aquel:

*“Contrato por el cual una parte llamada concedente dueña de los productos, servicios o de un espacio físico, se obliga a otorgar a otra llamada concesionario, su explotación, obligándose ésta a realizar tal actividad por su propia cuenta y riesgo en el tiempo establecido y bajo el control o dominio económico de aquella.”*¹³⁹

La concesión es un contrato donde el productor otorga la utilización de sus marcas a un empresario independiente, quien adquiere las mercancías y, bajo estricto control del productor las revende en un mercado determinado, actividad que el concesionario realiza

¹³⁶ Suescún Melo, Ob. Cit., Tomo II, p. 460.

¹³⁷ Laudo Arbitral del 23 de Mayo de 1997, Tribunal de arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A., "PREBEL S.A." Vs. L'oreal, Árbitros: Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín.

¹³⁸ Giraldo Bustamante, Ob. Cit., pp. 9 – 11.

¹³⁹ Peña Nossa, Ob. Cit., p. 408.

por su propia cuenta y riesgo.¹⁴⁰ Así el contrato de concesión se enmarca dentro los sistemas de distribución comercial como un esquema que implica una estrecha relación entre concedente y concesionario,¹⁴¹ cuyas notas características son las siguientes:

- **Exclusividad:** En el contrato de concesión la exclusividad se evidencia en el pacto que realiza el concesionario de no comercializar productos o prestar servicios de otras marcas competidoras, es decir, no puede actuar en el mercado con los signos distintivos de otro productor.¹⁴² Al respecto, se ha discutido si la exclusividad es de doble vía, eso significa que el productor también adquiere exclusividad frente al distribuidor, existiendo una prohibición de contratar con terceros distribuidores. Sin embargo, la realidad es distinta, el concedente mantiene la libertad de contratar con terceros la concesión respetando general, pero no necesariamente, el territorio fijado a cada concesionario, esto queda supeditado a la estrategia de distribución del principal.¹⁴³
- **Control estricto del principal:** en la concesión comercial el concedente mantiene una estricto control sobre el concesionario, en el sentido que el principal establece estándares de calidad en el servicio, restricciones sobre precios y modalidades en la reventa, la utilización de los signos distintivos e incluso, sobre el aspecto físico de los locales, a pesar que el concedente asume el riesgo de las operaciones actuando a

¹⁴⁰ Laudo Arbitral del 23 de junio de 2009, Tribunal de arbitramento de María Emilce Saldaña Vs. Heel Colombia Ltda., Árbitros: Carlos Eduardo Linares López, Camila Ortiz Fernández de Soto, Harold Penagos Barreto.

¹⁴¹ Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, Tribunal de arbitramento de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., Vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol S.A.”, Árbitros: Necty Gutiérrez Sandoval, Guillermo Gamba Posada, Carlos Vejarano Rubiano.

¹⁴² Quintáns Eiras, María Rocío, *La resolución unilateral de los contratos de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la Sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996)*, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Editorial Universidade da Coruña, La Coruña – España, 1997, pp. 602 – 604.

¹⁴³ Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, Tribunal de arbitramento de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., Vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol S.A.”, Árbitros: Necty Gutiérrez Sandoval, Guillermo Gamba Posada, Carlos Vejarano Rubiano. Allí los Árbitros hacen un recuento de variada doctrina, particularmente francesa que ha debatido sobre la materia, evidenciando como es opinión mayoritaria que la exclusividad no concurre hacia ambos extremos en el contrato y está supeditada a la estrategia que el concedente emplea para crear su red de concesionarios.

nombre y por cuenta propia.¹⁴⁴ En las concesiones el control del principal cobra peso al entender que el concedente organiza una estrategia en la que puede emplear varios concesionarios buscando que estos actúen en unidad con base en las decisiones del concedente.¹⁴⁵

3. Distribución

El contrato atípico llamado propiamente como distribución es una de las modalidades contractuales existentes para la distribución comercial. Consiste en que el productor o fabricante de las mercancías conviene con un comerciante independiente al *suministro* continuo de las mismas,¹⁴⁶ las cuales otorga a un precio menor al de venta a los consumidores, la otra parte, el distribuidor compra las mercancías y las vende en el mercado obteniendo su remuneración por la diferencia entre el precio al que las adquiere y aquel en que las vende, es decir, en la diferencia entre precio de compra y precio de *reventa*.¹⁴⁷

Sus elementos característicos son:

- ***Suministro continuo:*** el contrato de distribución está diseñado para la distribución de productos en masa, de allí, que es esencial en esta relación un suministro continuo de las mercaderías con el objeto de mantener un *stock*¹⁴⁸ dispuesto a suplir una gran demanda de los productos,¹⁴⁹ no basta con un suministro esporádico.¹⁵⁰
- ***Territorio fijo:*** el contrato atribuye al distribuidor una zona territorial fija para la comercialización de las mercancías, aquella puede o no gozar de exclusividad,¹⁵¹

¹⁴⁴ Lorenzetti, Ob. Cit., p. 672.

¹⁴⁵ Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1998, Tribunal de arbitramento de Supercar Ltda., Vs. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa, Árbitros: Carlos Holguín Holguín, Beatriz Leyva de Cheer, Carlos Enrique Marín Vélez.

¹⁴⁶ Marzorati, Ob. Cit., *Tomo II*, pp. 50 – 53.

¹⁴⁷ Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa, Tomo III*, Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 2002, p. 530.

¹⁴⁸ Farina, Ob. Cit., *Tomo I*, p. 495.

¹⁴⁹ Marzorati, Ob. Cit., *Tomo II*, p. 51.

¹⁵⁰ Laudo Arbitral de 8 de febrero de 2011, Tribunal de arbitramento de Música Talento y Mercadeo Discos MTM C.A., Vs. Sony Music Entertainment Colombia S.A., Árbitros: María del Pilar Salazar, Guillermo Benavides Melo, Rafael Francisco Navarro.

¹⁵¹ *Ibídem*.

demostrando que, el contrato de distribución no solamente está diseñado para la distribución masiva, sino también, para la distribución *intensiva*.

Aunque no puede considerarse un elemento característico como tal del contrato, se señala que en estos negocios suele implementarse una *planificación comercial*, que consiste en estándares de venta, implementación de planes de publicidad, stock mínimo de mercancías e incluso, cláusulas sobre precios unitarios¹⁵² y fijación de precios al consumidor.¹⁵³

4. Franquicia

La franquicia o *franchising* es quizá uno de los contratos más tratados en la literatura jurídica, así como, uno de los sistemas de distribución y comercialización más populares en el mercado.¹⁵⁴ Su estudio resulta complejo, debido a que es una relación jurídica que ha recibido diversas definiciones y, tiene un contenido amplio. Sin embargo, puede definirse como aquel donde un empresario, el franquiciante o *franchisor*, quien es titular de un producto, servicio o proceso productivo, organizado como un negocio determinado, en una *formula comercial*¹⁵⁵ otorga a otro conocido como franquiciado o *franchisee*, “(...) el derecho de comercializar el producto, o el servicio o la marca, o bien a realizar un idéntico proceso productivo bajo la misma fórmula o proceso empresarial (...)”.¹⁵⁶

La franquicia es un contrato donde el principal, concede al franquiciado su modelo de negocio organizado y probado, para que este en un territorio lo ejecute, mediante la utilización de la propiedad industrial del primero, hace una réplica ese modelo. Para ello, se vale del *Know how* (saber hacer)¹⁵⁷ que recibe y, de las instrucciones y asistencia técnica, a

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Lorenzetti, Ob. Cit., Tomo I, pp. 626 – 627.

¹⁵⁴ Navas Herrera, María Fernanda y Mosquera Moreno, Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, en: *Vniversitas*, No. 119, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre 2009, p. 282.

¹⁵⁵ León Robayo, Edgar Iván y Sánchez Narváez, Andrea, *El entorno jurídico-práctico de la franquicia*, en: *Estudios de Derecho Privado Liber Amicorum en homenaje a Cesar Gómez Estrada, Tomo I*, Coordinadores: Venegas Franco, Alejandro, Cárdenas Mejía, Juan Pablo y Mantilla Espinosa, Fabricio, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2009, p. 436.

¹⁵⁶ Rodríguez, Lucipino. *A propósito del Franchising*, Citado por: Chulía Vicent, E., y Beltrán Alandete, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, Tomo I*, Editorial J.M. Bosch Editores, Cuarta Edición, Barcelona – España, p. 175.

¹⁵⁷ Tobón Franco, Natalia, *Secretos Empresariales, Industriales y Know How*, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2008, p. 47.

cambio de una cuota o canon y en ocasiones también de una regalía o *royalty*.¹⁵⁸ Es un contrato que permite utilizar el negocio de otro y distribuir sus productos o servicios.¹⁵⁹

Por consiguiente, los elementos que son de la esencia del contrato son:

- **Licencias de propiedad industrial:** para la existencia de la franquicia es necesario que el franquiciante otorgue las licencias de propiedad industrial pertinentes, a saber, las licencias sobre sus marcas que identifican el origen empresarial de los productos o servicios, los lemas y nombres comerciales para la implementación de la publicidad y, si el caso, las patentes, sin esto, es imposible cumplir con el objeto del contrato pues no puede utilizarse la imagen que representa a la empresa del franquiciante por parte del franquiciado.¹⁶⁰
- **Transferencia de Know how:** el saber cómo o saber hacer, es producto de la experiencia y conocimiento obtenidos por el principal, es información, técnica y procedimientos sobre cómo ejecutar con éxito el negocio. Esta información debe mantenerse secreta.¹⁶¹ Sin una correcta transferencia del *know how* el contrato de franquicia se incumple, agregando que este conocimiento es tan esencial para la relación como las licencias de propiedad industrial pues con él se obtiene la técnica producto de la experiencia para poder explotar el negocio.¹⁶²
- **Asistencia técnica:** consiste en servicios de acompañamiento que hace el franquiciante al franquiciado, como estudios de mercado, colaboración y asesoría en la implementación de la publicidad; sirven en doble vía pues permiten al principal mantener los estándares del negocio y vigilar su explotación, también, ayudan al

¹⁵⁸ Unidroit, *Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*, El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma – Italia, 2005, pp. 1 – 3. Esto respecto de la franquicia en general o su modalidad más común, la franquicia *Business format*.

¹⁵⁹ Ortega Giménez, Alfonso, *El contrato de franquicia internacional*, en: *Revista vlex International*, vLex, No. 4, enero – 2009, p. 2.

¹⁶⁰ López Guzmán, Fabián. *El contrato de franquicia internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 393 – 432.

¹⁶¹ Federación Europea de la Franquicia, F.E.F., *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*, artículo 2.3., literal c.

¹⁶² Laudo Arbitral de 12 de agosto de 2009, Tribunal de arbitramento de Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A., Panaca S.A., Vs. Parque Agropecuario de la Sabana S.A., Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, José Fernando Ramírez Gómez y Hernando Yepes Arcila.

franquiciado a ejecutar el contrato de una mejor manera.¹⁶³ La asistencia técnica se ve reflejada usualmente en manuales e instrucciones que los otorgantes dan a los franquiciados, sin implicar que los segundos no puedan innovar en la implementación del negocio, pues estos son quienes conocen el mercado y aportan con su experiencia para obtener un mayor éxito.¹⁶⁴

C. Comentarios sobre la elaboración de los contratos para la distribución

Para dar cierre a este apartado de la investigación, se harán unos breves comentarios sobre la redacción de los contratos para la distribución en general. Tomando en cuenta que todos ellos gozan de elementos comunes y pueden verse afectados por los mismos problemas o vicisitudes. Con eso en mente, es que debe acudirse a una adecuada redacción y elaboración de los contratos, en tanto que los abogados llamados a elaborar los contratos para sus clientes no solo deben centrarse en las necesidades de estos, sino también, actuar como *videntes* en una labor de previsión de los posibles riesgos y problemas que puede acarrear la relación.¹⁶⁵ Emplear la técnica adecuada sirve para obtener un texto útil, libre de ambigüedades¹⁶⁶ y que funcione como una *carta de navegación*¹⁶⁷ para las partes en la ejecución del acuerdo y para los operadores jurídicos que deban en un futuro interpretar el texto.

Para redactar un contrato de forma correcta deben tomarse en cuenta la técnica y la interpretación, el C.C., establece los criterios para la interpretación de los contratos (arts. 1618 a 1624) entre los que resaltan el 1618, prevalencia de la intención sobre la declaración, y el 1622, interpretación sistemática del contrato. Criterios que guían la forma

¹⁶³ Farina, Ob. Cit., Tomo I, p. 569.

¹⁶⁴ Laudo Arbitral de 12 de agosto de 2009, Tribunal de arbitramento de Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A., Panaca S.A., Vs. Parque Agropecuario de la Sabana S.A., Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, José Fernando Ramírez Gómez y Hernando Yepes Arcila.

¹⁶⁵ Mantilla Espinosa, Fabricio y Oñate Acosta, Tatiana, *Técnica de redacción de contratos*, Editorial Uniempresarial – Universidad del Rosario – Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 17 – 18.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 19 y 49 – 51.

¹⁶⁷ La frase “*el contrato es una carta de navegación*” es empleada constantemente por el Doctor Juan Caro Nieto en sus lecciones sobre contratación internacional en la Universidad del Rosario, donde dedica parte del curso a enseñar una correcta técnica para la redacción de los mismos, lecciones que, en su momento inspiraron la obra citada de Mantilla y Oñate sobre el mismo tema.

en la que se redacta el contrato y, de los cuales según Mantilla y Oñate se derivan los tres pilares para la redacción: *uniformidad, claridad, simplicidad*.¹⁶⁸

Ahora bien, la redacción adecuada de un contrato es un costo que vale la pena asumir por los contratantes pues brinda claridad y seguridad a la relación, un ejemplo de ello se encuentra en que la CSJ ha reconocido que la disposición del artículo 1618 no puede usarse como excusa para eludir el texto de un contrato:

*“En cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo se torna inocuo cualquier intento de interpretación”*¹⁶⁹

En el mismo sentido, los contratos bien elaborados anticipan problemas que pueden llevar a futuros litigios, dan reglas claras para la relación, así como, sirven para ahorrar costos futuros derivados de contratos incompletos, los cuales se arriesgan a ser suplidos en sus vacíos por la Ley pudiendo esta ser contraproducente. En otro extremo, o podrían ser demasiado rígidos y poco flexibles, lo cual impide su actualización en relaciones de larga duración. Así, un buen contrato tiene el potencial de ahorrar a las partes los altos costos relativos a la resolución de controversias sobre el mismo.¹⁷⁰

A continuación, y para finalizar con este capítulo, se enunciarán algunas pautas o recomendaciones sobre el contenido de los contratos para la distribución comercial en general, siguiendo principalmente los consejos de Christiansen¹⁷¹ sobre la materia:

- **Contrato por escrito:** elaborar el contrato por escrito brinda varias ventajas, entre las cuales resaltan la seguridad y certeza que pueden tener las partes en su relación, la posible exclusión de la intromisión de normas supletivas, la facilidad de prueba de la relación jurídica sustancial entre las partes, así como, es un mejor mecanismo

¹⁶⁸ Matilla y Oñate, Ob. Cit., pp. 21 – 51.

¹⁶⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de julio de 1983, M.P., Humberto Murcia Ballén.

¹⁷⁰ Scott, Robert y Triantis, George, *Anticipating litigation in contract design*, en: *The Yale Law Journal*, Volumen 115, No. 4, Yale University, New Haven Connecticut – Estados Unidos, Enero 2006, pp. 816 – 822.

¹⁷¹ Christiansen, Jon, *Drafting distribution agreements*, en: *The licensing journal*, Aspen Publishers, New York New York – Estados Unidos, septiembre 2005, pp. 11 – 18.

para la flexibilidad permitiendo cambios concertados al acuerdo original sin caer en la posible indeterminación de un acuerdo verbal.

- **Especifique a los contratantes:** llamar a las partes por su nombre trae ventajas, en los contratos para la distribución, como en muchos otros. Utilizar nombres genéricos puede llevar a confusiones y errores con repercusiones como la falta de claridad sobre quién debe ejecutar qué obligación.¹⁷² En adición, identificar de forma completa y precisa a las partes permite dar cuenta de su *status* legal, por ejemplo su capacidad para ser parte, domicilio y razón social en el caso de personas jurídicas.¹⁷³
- **Fije los términos del contrato:** es recomendable fijar claramente los términos de duración del contrato y las formas en las que estos se renuevan, así como, el preaviso necesario para darlo por terminado en caso que se pacte una renovación automática. Para ventajas administrativas, se aconseja que un productor utilice la misma fecha de terminación para todos los contratos que tiene con distintos distribuidores, solo para evitar el desgaste administrativo de manejar distintas fechas. Un término de duración usual es de un año, con preaviso para la no renovación de 90 días.¹⁷⁴
- **Utilice definiciones:** emplear una cláusula de definiciones permite delimitar el significado de palabras técnicas no jurídicas que aportan al entendimiento del documento, como también, ayuda a especificar las obligaciones de las partes en el sentido que estas desean.¹⁷⁵
- **Fijación del territorio:** otorgar un territorio determinado a un distribuidor específico es de vital importancia, como ya se ha mencionado, cuando se determina el territorio particular de las operaciones de cada distribuidor se delimita un *área de responsabilidad*, donde este es el responsable de las ventas y vicisitudes que puedan

¹⁷² Mantilla y Oñate, Ob. Cit., pp. 25 – 26.

¹⁷³ Christiansen, Ob. Cit., p. 12.

¹⁷⁴ *Practice Aid, Distribution agreement*, en: *Intellectual property & technology law journal*, Volumen 14, No. 8, EBSCO Publishing, agosto 2002, p. 16.

¹⁷⁵ Matilla y Oñate, Ob. Cit., pp. 82 – 86.

ocurrir. Por otro lado la cláusula de territorio evita el *free-riding*, fenómeno en el cual los distribuidores no tienen un territorio fijo incrementando las posibilidades de conflictos entre distribuidores de un mismo productor y la competencia entre ellos.¹⁷⁶

- **Exclusividad:** cuando el productor tiene el suficiente poder de negociación puede agregar una cláusula de exclusividad, evitando que el distribuidor realice esa labor para otras empresas competidoras, sin embargo, la competencia entre marcas y productos bajo un mismo distribuidor no está prohibida en Colombia, pero, puede restringirse por medios contractuales.¹⁷⁷
- **Propiedad industrial:** es de vital importancia elaborar con supremo cuidado las cláusulas relativas a la utilización de la propiedad industrial del productor por parte del distribuidor, pues en ellas es que se fija el alcance de las licencias y la forma en que deben utilizarse dichos bienes, por ejemplo, para las actividades de publicidad y promoción de las marcas y productos si se ponen esas labores en manos del distribuidor.
- **Terminación:** pensar en que se va a extinguir la relación no suele ser usual por las partes en el entendido que abarcan en conjunto un viaje por el muchas veces impredecible y tormentoso mundo de los negocios, sin embargo, fijar previsiones sobre la terminación del contrato es más útil de lo que se puede creer a simple vista. Las cláusulas sobre terminación deben de tomar en cuenta tiempos de preaviso, considerar causas justas de terminación y afrontar el fenómeno de una terminación sin justa causa, llegando a arreglos sobre indemnizaciones y estableciendo catálogos sobre causas que se consideren justas para la terminación y las consecuencias

¹⁷⁶ Christiansen, Ob. Cit., pp. 13 – 14.

¹⁷⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 9 de abril de 2002, M.P., Manuel Ardila Velásquez, exp. No. 6869. En la sentencia de la referencia la Corte señala que un distribuidor puede comercializar productos competidores siempre y cuando no se presenten actos de competencia desleal ni confusión para el consumidor, aclara también que la forma de evitar esto es mediante los pactos de exclusividad en los contratos.

derivadas de ellas, de esta forma se logra una administración del conflicto desde el mismo contrato.¹⁷⁸

- **Obligaciones posteriores a la terminación:** a pesar que existe una noción clásica que ubica al contrato en un determinado periodo de tiempo,¹⁷⁹ es recomendable tomar previsiones que tienen sus efectos en forma posterior a la terminación del contrato, este tipo de cláusulas sirven para determinar qué hacer con el *stock* o mercancías restantes al terminación,¹⁸⁰ el destino del material publicitario suministrado al distribuidor¹⁸¹ y, el tratamiento de obligaciones referentes a las garantías de los productos que subsistan con los consumidores una vez terminada la relación productor – distribuidor.¹⁸² Solo para señalar algunas de las posibilidades que pueden tenerse en cuenta pues el rango de cláusulas que pueden establecerse para tener efectos posteriores a la terminación del vínculo puede ser muy extenso y variado.¹⁸³

¹⁷⁸ Christiansen, Ob. Cit., pp. 17 – 18.

¹⁷⁹ Fontaine, Marcel y De Ly, Filip, *Drafting international contracts: An analysis of contract clauses*, Editorial Nijhoff, Leiden – Países Bajos, 2009, pp. 597 – 598.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 599 – 600.

¹⁸¹ *Ídem*, pp. 601 – 602.

¹⁸² *Ídem*, pp. 608 – 610.

¹⁸³ *Ídem*, p. 620.

CAPÍTULO III

EL CANAL DE DISTRIBUCIÓN:

UNA PERSPECTIVA PATRIMONIAL

El recorrido de la investigación ha llevado a señalar la distribución comercial como una función económica dentro del mercado. En efecto, se ha analizado este concepto desde el punto de vista del mercadeo, así como desde la jurisprudencia y la doctrina, dando una visión general de su régimen jurídico. También, se expusieron los contratos para la distribución comercial como herramientas jurídicas diseñadas para la distribución a través de intermediarios en el mercado.

En este tercer apartado se afrontará el tema del canal de distribución, presentándolo desde la perspectiva del marketing (A), para continuar con una aproximación a los derechos patrimoniales, enfocada hacia aquellos que surgen en el cumplimiento de la función de distribución comercial (B), luego hacer un recuento de los principales bienes y activos inmateriales que se emplean y desarrollan por la función de distribución (C) y, para finalizar, se realiza una breve reflexión respecto del canal de distribución en relación con los derechos patrimoniales (D).

A. El canal de distribución perspectiva del marketing

Los canales de distribución o canales de marketing,¹⁸⁴ son uno de los temas más importantes en la literatura del mercadeo, pues representan la forma en la que se comercializan los productos, es decir, las estrategias que utilizan las empresas para poner sus productos en el mercado frente a los consumidores.¹⁸⁵ Así mismo, están directamente ligados con el éxito que estas tienen, pues al implementarse distintos canales, en otras palabras, distintas formas de comercialización, se logra ingresar al mercado con distintos niveles de éxito a través de las diversas estrategias de distribución que se implementen.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Kotler y Armstrong, Ob. Cit., p. 300.

¹⁸⁵ Ibídem, pp. 300 – 301.

¹⁸⁶ En la literatura del mercadeo es usual encontrar que los autores utilizan ejemplos de la vida real para demostrar como distintas estrategias o distintos canales de distribución funcionan para las empresas, por ejemplo, suele ser citado Dell como un ejemplo de distribución directa a través de internet caracterizada porque permite a los usuarios un nivel mayor de personalización en la adquisición de computadores portátiles directamente con la compañía, Amazon.com como pionera en la comercialización de libros y otros bienes por

Los canales de distribución se explican con la metáfora del río: donde el productor se encuentra en la parte alta del río y los consumidores se ubican cerca a la desembocadura. Es decir, el canal es entonces, el río mismo, a través del cual circulan los productos para llegar a los consumidores.¹⁸⁷ Allí, surgen los intermediarios: el agua a través de la cual circulan los productos. En una palabra, estos intermediarios reducen la *brecha* que existe entre productores y consumidores¹⁸⁸ y crean valor al reducir dicha separación. De igual manera, los intermediarios permiten una mejor relación entre todos los participantes, reducen tiempos de entrega y acercan a los consumidores a los productos¹⁸⁹ sin necesidad de un esfuerzo especial por parte del productor que le implique costos como abrir sus propios establecimientos.

Pues bien, los canales son entonces agrupaciones de empresas que trabajan de forma coordinada.¹⁹⁰ Dependen unas de otras con el objetivo de llevar esos productos a los consumidores y colaboran entre sí para obtener los mayores beneficios en sus negocios. Se manejan de forma vertical,¹⁹¹ el productor organiza su red de distribuidores y administra la forma en que operan,¹⁹² mientras los distribuidores son conocedores del mercado en el cual trabajan, se relacionan con los clientes y adaptan su relación con los productores para poder responder a las necesidades que los consumidores tienen y cumplir con las expectativas de estos para mantenerse relevantes en el mercado.¹⁹³

internet incluyendo eBooks, la Ford Motor Company, reseñada como innovadora en la implementación de una red de concesionarios y, McDonalds como el paradigma en la implementación de la franquicia como modelo de distribución. Véase en: Kotler y Armstrong, Ob. Cit., pp. 297 – 305, y Wheeler y Hirsh, Ob. Cit., *Segunda parte: el proceso de gestión de canales*, pp. 63 – 173.

¹⁸⁷ Pelton, Lou, Strutton, David y Lumpkin, James, *Canales de Marketing y Distribución Comercial*, Editorial McGraw Hill, Segunda Edición, México D.F. – México, p. 5 – 6.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁸⁹ Kotler y Armstrong, Ob. Cit., pp. 301 – 302.

¹⁹⁰ Kasturi Rangan, V., y Jaikumar, Ramchandran, *Integrating distribution strategy and tactics: a model and application*, en: *Management Science*, Volumen 37, No. 11, Editorial Informs, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 1991, pp. 1377 - 1379.

¹⁹¹ Weitz, Barton y Qiong, Wang, *Vertical relationships in distribution channels: a marketing perspective*, en: *The antitrust bulletin*, Volumen 49, No. 4, Editorial Federal Legal Publications, Carmel, New York – Estados Unidos, 2004, pp. 859 – 864.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 863 – 864.

¹⁹³ Desiraju, Ramaro y Moorthy Sridhar, *Managing distribution channel under asymmetric information with performance requirements*, en: *Management Science*, Volumen 43, No. 12, Editorial Informs, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 1997, pp. 1628 – 1629.

En síntesis, el canal hace referencia a la forma en la que se hace la distribución. También se refiere a la interacción entre distribuidores y productores, sin embargo, la literatura del marketing es enfática respecto de la perspectiva del productor que implementa el canal de distribución como una estrategia de negocios, la cual le da valor a su empresa y le permite éxito, pero, parece ignorar la visión de los distribuidores. Para ellos formar parte dentro de una red de distribuidores es su negocio y, para sus empresas, representa valor ser la parte que articula ese canal de distribución a través de intermediarios.

En ese sentido, es postura de esta investigación determinar que el canal tiene una doble perspectiva, en una mano, la del productor que parece tener un enfoque de administración de su negocio y, decide acudir a distribuidores para ampliar el alcance que tienen sus productos sin incurrir en el riesgo de nuevos mercados. En la otra mano, la del distribuidor, que tiene que ver con cómo este utilizan los productos e incluso marcas del principal, sumadas a su conocimiento del mercado donde actúa, para posicionar esas marcas y productos. El distribuidor, genera una clientela y, con su esfuerzo y conocimiento, no solo aporta a la red de distribución en general, sino también, busca obtener, en condiciones ideales, ganancias de su actividad mediante la comercialización que hace, ya sea de forma directa a los consumidores o contratando con minoristas.

B. Derechos patrimoniales en la distribución comercial

1. Bienes o cosas

El estudio sistemático de las cosas ha sido de vital importancia para el Derecho, evidencia de esto la señala Petit al referirse que la expresión *res*, utilizada por el Derecho Romano, tiene un sentido tan amplio como lo tiene la palabra *cosa* en el lenguaje actual.¹⁹⁴ Sin embargo, para el Derecho (o para el jurisconsulto) el estudio de las cosas es importante respecto de la relación de estas con las personas, o “*desde el punto de vista de los beneficios que les pueden prestar*”.¹⁹⁵ Siendo estas relaciones conocidas como *derechos* que brindan a las personas todo tipo de potestades sobre la cosa, por ejemplo, el goce, la

¹⁹⁴ Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires – Argentina, 1983, p. 227.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 227.

disposición, enajenación o hasta su destrucción, en el derecho más completo que puede recaer sobre ellas, la propiedad.¹⁹⁶

Pero, el estudio de las cosas como materia de importancia jurídica no fue, ni es, monopolio del Derecho Romano o los romanistas, la doctrina contemporánea continua abordando estos temas en la materia conocida como *bienes*, sobre los bienes y las cosas, Ternera introduce el tema de la siguiente manera:

Cosa o bien, en sentido genérico, es todo ser que existe, ya sea corpóreo o incorpóreo, sometido o no al imperio del hombre, perceptible o no por los sentidos, que ocupe o no un espacio en la naturaleza. Un bien es todo aquello que tiene entidad corporal o incorporeal, natural o artificial, real o abstracta.

*Ahora, dentro del universo de todas estas entidades, en derecho sólo son relevantes aquellas que son objeto de los derechos patrimoniales. Es decir, el derecho solamente se ocupa de las cosas o bienes que pueden ser sometidos al control del hombre y que satisfacen sus necesidades directas o indirectas.*¹⁹⁷

Pues bien, las cosas o bienes se analizan desde el punto de vista jurídico en el marco del patrimonio y, son relevantes únicamente aquellas cosas, ya sean corporales o incorporeales, sobre las cuales se puede reportar un beneficio, una utilidad para la persona titular del derecho sobre ellas. Los derechos patrimoniales que recaen sobre una cosa son los llamados *derechos reales*, aquellos que otorgan al titular una serie de diferentes *poderes directos* sobre la misma,¹⁹⁸ siendo el derecho de propiedad o derecho real de *dominio*, el principal de

¹⁹⁶ Ídem, p. 227.

¹⁹⁷ Ternera Barrios, Francisco, *Bienes*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2011, p. 1.

¹⁹⁸ Ibídem, p. 95 - 97. Al respecto, señala Ternera que los derechos reales son una libertad o permisión que otorga el legislador al titular del derecho en forma de un *haz de poderes directos* para servirse o no de la cosa, gozar o disponer de ella, excluir a terceros del uso de la cosa o permitírselos, todo dentro de los límites constitucionales y legales en el ejercicio de estos derechos. Sobre los límites impuestos sobre los derechos reales, es importante tener en cuenta el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia que establece la *función social y ecológica de la propiedad*, reiterando nociones traídas de antaño (función social) y aportando novedades (función ecológica) que imponen límites o restricciones al derecho real de dominio. Véase en: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 427 de 18 de agosto de 1998, M.P., Alejandro Martínez Caballero. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 245 de 21 de mayo de 1997, M.P., Fabio Morón Díaz. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 411 de 17 de junio de 1992, M.P., Alejandro Martínez Caballero.

estos derechos, que se manifiesta como un derecho real completo, con él, el titular posee el uso, goce y disposición de la cosa, un señorío total o una *plena potestas*.¹⁹⁹

Respecto del derecho que se ejerce sobre las cosas, ya sea dominio u otros derechos reales, vale la pena mencionar que estos tienen plena importancia analizándolos también, como las posibilidades o potestades que tienen las personas sobre las cosas. Una noción de *property rights*²⁰⁰ que ha hecho carrera en economía y en el *análisis económico del derecho* (AED)²⁰¹ consiste que el derecho de propiedad importa y cobra valor más allá de la tenencia de la titularidad del mismo (o de la cosa), y se concentra en el uso o usos que se le puedan dar un bien. Estos constituyen de cierta forma una propiedad, que da valor a ese bien²⁰² y que puede transferirse a un tercero o, excluir a terceros de ese uso con relación a ese bien,²⁰³ es decir, la forma en que una cosa puede usarse aumenta el patrimonio del titular de ese derecho.²⁰⁴

1.1. Patrimonio

Concepto y contenido del patrimonio ha sido históricamente una preocupación de la doctrina del Derecho Civil, el tema no ha permanecido estático por el paso del tiempo, el avance legislativo y los cambios económicos, así, es posible distinguir una concepción

¹⁹⁹ Ternera, Ob. Cit., p. 161.

²⁰⁰ Tavano, María Josefina, *Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia*, en: *Análisis económico del derecho*, Coordinadora: Kluger, Viviana, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2006, pp. 68 – 69. La expresión *property rights* no es equivalente a derechos reales, hace referencia a la noción usada en economía principalmente para referirse a los usos individuales que se le pueden dar a los bienes, cada uso como un *property right* independiente.

²⁰¹ El análisis económico del derecho surge como un enfoque metodológico que emplea teorías y conceptos propios de la economía y otras ciencias económicas para analizar instituciones jurídicas y las propias normas jurídicas como creadoras de costos y beneficios para los agentes del mercado, emplea diversos modelos económicos para analizar la eficiencia de instituciones como el derecho de propiedad o el derecho de los contratos y la responsabilidad civil, por mencionar algunas. Al respecto puede consultarse: Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Editorial Fondo de Cultura de México, Primera Edición, México D.F. – México, 2000, pp. 11 – 26. Spector, Horacio, *Introducción*, en: *Elementos de análisis económico del derecho*, Coordinador: Spector, Horacio, Editorial Rubiznal Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2004, pp. 7 – 24.

²⁰² Adelstein, Richard, *An infinity of rights*, en: *Property and liability: an introduction to law and economics*, Wesleyan University – Coursera.org, en: <https://class.coursera.org/lawandecon-001/lecture/5>.

²⁰³ Adelstein, Richard, *Creating new property*, en: Ob. Cit., en: <https://class.coursera.org/lawandecon-001/lecture/7>.

²⁰⁴ Adelstein, Richard, *Posner's corollary*, en: Ob. Cit., en: <https://class.coursera.org/lawandecon-001/lecture/15>.

clásica de patrimonio y, una contemporánea más amplia que la anterior, pero sin desligarse del todo de los aspectos principales de la primera.

Al mencionar la visión clásica, vale la pena precisar lo siguiente: el Código Civil no estableció una definición de *patrimonio*. No obstante, una noción del mismo se puede inferir del artículo 2488, en el siguiente sentido: las deudas de una persona se encuentran respaldadas por todos sus derechos y bienes. ¿Cómo podría resumirse esta panorámica clásica del patrimonio? Según sus principales defensores, particularmente Aubry y Rau,²⁰⁵ el patrimonio es una universalidad, receptáculo con contenido variable.

En la noción clásica, el patrimonio, según la doctrina, debe abordarse desde una doble perspectiva; económica y jurídica. Como aproximación al tema se tomará como punto de partida el concepto que presenta Guillén Díaz sobre el particular:

*“El patrimonio en sentido económico, se aplica a la base material sobre la cual un sujeto económico desarrolla sus actividades; en este aspecto, comprende un conjunto de bienes apreciables económicamente en cabeza de un solo titular, pero en tanto en cuanto que es sujeto económico. En sentido jurídico, patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, del cual es titular activo o pasivo una persona siempre y cuando tenga una utilidad que pueda apreciarse pecuniariamente y sobre las cuales se puedan hacer operaciones jurídicas. Tales relaciones vinculan las cosas a la persona, y las cosas que ésta posea, en sentido jurídico, es decir, los bienes, ingresan a su patrimonio y son su manifestación externa.”*²⁰⁶

Así, el patrimonio comprende²⁰⁷ los derechos de contenido económico, avaluables pecuniariamente, y excluye del mismo derechos que no pueden ser valorados de esa manera o extrapatrimoniales, como los políticos y los fundamentales, en cabeza de una persona,

²⁰⁵ Aubry, Charles y Rau, Frédéric, *Cours de droit civil français*, t. IX, n.º 573-583. Marchal & Billard, París - Francia, 1869.

²⁰⁶ Guillén Díaz, José Manuel, *Derecho civil patrimonial*, Primera Edición, Editorial Jurídica Biblos, Bogotá - Colombia, 1985, p. 70.

²⁰⁷ Ibidem, pp. 72 - 75.

conformando una *universalidad*,²⁰⁸ en la cual ingresan activos y pasivos, derechos reales y personales,²⁰⁹ materiales e inmateriales. Es personal o ligado directamente a una persona, a pesar que se reconocen patrimonios separados o autónomos,²¹⁰ y, en virtud de la responsabilidad patrimonial es prenda general de los acreedores.²¹¹

Como se dijo, existe un avance jurídico frente al patrimonio, el cual radica principalmente en la concepción clásica, que determina que una persona puede tener únicamente un patrimonio,²¹² eliminando la posibilidad de una persona con distintos patrimonios que a pesar de estar en cabeza de un mismo titular sean completamente diferenciables. Sobre el tema señala Ternera que la teoría objetiva del patrimonio, de estirpe alemana,²¹³ considera que una persona puede tener dos patrimonios jurídicamente separados, al estar uno de ellos afecto a una destinación especial, su actividad comercial,²¹⁴ al respecto, la CSJ se pronuncio de la siguiente manera:

“(…) la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios

²⁰⁸ Sobre las universalidades Valencia Zea y Ortiz Monsalve explican que existen en Derecho dos grandes grupos de universalidades, a saber, universalidades de hecho (*universitas facti*) y, universalidades de derechos (*universitas iuris*). Sobre las primeras, son cosas independientes que el titular agrupa con una misma destinación o finalidad y, cuyo valor como universalidad es superior a la simple suma de las partes que la integran, citan como ejemplo de estas el establecimiento de comercio o la empresa, respecto de las segundas, son universalidades que agrupan derechos subjetivos o, relaciones jurídicas activas y pasivas (derechos y obligaciones), agrupaciones hechas por la misma Ley con el objeto principal de separar o distinguir patrimonios o derechos patrimoniales como en la sociedad conyugal respecto de los gananciales o el peculio profesional y el peculio adventicio de los hijos. Véase en: Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil, Tomo II, Derechos reales*, Undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2007, pp. 29 – 34.

²⁰⁹ Sobre los derechos personales, han recibidos diversas denominaciones como derechos de crédito u obligación, hacen referencia entonces, a la relación de obligación entre personas o más concretamente entre patrimonios, se manifiestan por la deuda u obligación en contra (pasivo) o la deuda u obligación a favor (activo), se caracterizan por ser el vínculo jurídico que otorga la prerrogativa de exigir la prestación al sujeto pasivo o deudor de la obligación. Véase en: Larroumet, Ob. Cit. pp. 363 – 364.

²¹⁰ Patrimonios o masas de derechos patrimoniales que se encuentran jurídicamente separados del patrimonio personal, como la fiducia (C.C. art. 794). Véase en: Guillén Díaz, Ob. Cit. p. 75.

²¹¹ Colombia, Código Civil, artículo 2488. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

²¹² Guillén Díaz, Ob. Cit. p. 75.

²¹³ Adoptada por el Código Civil alemán *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Véase en: Ternera, Ob. Cit., p. 80.

²¹⁴ *Ibidem*, Ob. Cit., p. 80.

patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente.”²¹⁵

2. Bienes y activos inmateriales o intangibles

Ya se hizo un recorrido por las nociones de bienes o cosas y de patrimonio, se concluye que tanto los bienes o, mejor dicho, los derechos reales que se tiene sobre los mismos, como los derechos personales hacen parte del patrimonio, una universalidad que agrupa activos y pasivos, en forma de derechos y obligaciones avalúales en términos económicos, que pueden ser organizados por las personas para su actividad comercial y, diferenciados de la esfera personal por esa destinación especial.

Con esto, es momento de abordar el tema de los bienes y activos intangibles o inmateriales, los cuales son críticos para el desarrollo de la función de distribución comercial. Como se expuso en capítulos anteriores, la marca, y, otros bienes sujetos al régimen de propiedad industrial son la *pieza clave* para articular una relación de distribución. Los productores confían en las virtudes de sus productos, esto para ser representado en el mercado requiere de un signo que lo distinga, allí entra en juego, por ejemplo, la marca que da cuenta del origen empresarial y de las características y cualidades de los productos, distinguiéndolos de otros en el mercado.²¹⁶ Para los distribuidores la existencia de esa distintividad es imperativa, pues les permite contar con un producto con potencial en el mercado.

Siguiendo a Villey,²¹⁷ fue Cicerón quien clasificó el universo de las cosas: distinguió aquellas entidades que podían percibirse por los sentidos y aquellas reconocidas como *cosas del espíritu*. Este mismo derrotero sería asumido por Séneca.²¹⁸ Ya en las reconocidas Instituciones de Gayo, (comentario II, 12, 13 y 14), se habla puntualmente de bienes

²¹⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de agosto de 2005, M.P., Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 1909.

²¹⁶ Metke Méndez, Ricardo, *Lecciones de propiedad industrial, Tomo I*, Primera Edición, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2001, pp. 53 – 54.

²¹⁷ Villey, Michel, *Le droit romain*, Editorial Presses Universitaires de France, París - Francia, 1990, p. 71.

²¹⁸ P. Aubenque y J.-M. André, *Sénèque*, Editorial Seghers, París - Francia, 1964.

corporales e incorporeales. Por lo demás, podría pensarse que esta misma fórmula se recibe en nuestro Código Civil (art. 653).

En la actualidad el Derecho y la doctrina reconocen, y reiteran, que la noción de cosa va más allá de aquellas que tienen una entidad corporal (cosas o bienes materiales) e incluye los inmateriales o intangibles, León Robayo propone una división o clasificación de las cosas en tres grandes grupos así:

- a) *“Física o material: corresponde a las cosas que se encuentran ubicadas en la tercera dimensión y que son perceptibles por los sentidos.*
- b) *Intelectual: se trata de las ideas, las cuales son producidas y percibidas por la razón humana. Estas aparecen en virtud de un proceso cognitivo de creación y pueden estar o no basadas en la realidad.*
- c) *Virtual: es una categoría intermedia entre las dos anteriores, pero con características propias. En ella se involucran elementos intelectuales que son perceptibles por los sentidos, especialmente la vista, y, en algunos casos, a través de la voz, dado que los elementos informáticos son puestos en funcionamiento por la interacción que el individuo ejerce directa o indirectamente sobre ellos.*”²¹⁹

Esto lleva a reconocer que sobre las cosas o bienes inmateriales recaen derechos, particularmente derechos de propiedad, una propiedad particular o especial que tiene ciertas notas que la hacen diferente a la propiedad común sobre cosas corporales y, solo puede predicarse de los bienes inmateriales sobre los cuales la Ley designe esa propiedad especial²²⁰ o *sui generis*,²²¹ naturalmente se está hablando de los bienes sujetos al régimen de propiedad intelectual.

²¹⁹ León Robayo, Édgar Iván, *La realidad inmaterial y su protección jurídica*, en: *Estudios de propiedad intelectual*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2011, pp. 26 – 27.

²²⁰ *Ibíd*em, pp. 41 – 48.

²²¹ Sobre el reconocimiento de la propiedad intelectual como una propiedad especial o *sui generis* que otorga a sus titulares derechos subjetivos distintos a los otorgados por el derecho de dominio común sobre cosas corporales pueden verse las siguientes: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de 10 de febrero de 1960, M.P., Humberto Barrera Domínguez, Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 276 de 20 de junio de 1996, M.P., Julio Cesar Gutiérrez Ortiz, exp. D – 1163.

La expresión propiedad intelectual se refiere al régimen jurídico que atribuye un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial a su titular. Existe una pluralidad de dichos bienes de acuerdo a la Ley (obra, invención, modelo de utilidad y signo distintivo).²²² Los bienes inmateriales sujetos al régimen, tienen distintas características por lo cual se les confieren a los titulares distintos derechos, sin que esto implique que una creación intelectual determinada pueda gozar de la protección otorgada para diferentes categorías de bienes inmateriales. Es decir, si una creación intelectual se encuentra sujeta a un determinado régimen de protección, no existe incompatibilidad, en principio, para que pueda ser sujeta a otro régimen de forma simultánea.²²³

La propiedad intelectual se divide en dos grandes regímenes, el que protege “(...) los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales (...)”²²⁴ nominado como *derecho de autor*.²²⁵ Existe también, aquel que otorga protección sobre los inmateriales industriales, caracterizado porque “(...) los derechos de propiedad industrial constituyen posiciones privilegiadas que permiten excluir legítimamente a terceros de ciertos sectores de la actividad económica (...)”²²⁶ así es, la protección jurídica que otorga

²²² Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Editorial Temis – Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 2009, p. 3.

²²³ Ibídem, pp. 3 – 4. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostuvo lo siguiente: “*El derecho de autor es independiente, aunque compatible con los derechos de propiedad industrial [...] por lo que quiere decir entonces que los derechos de propiedad industrial son también independientes y así mismo compatibles con los del autor. Esa independencia, pero a su vez compatibilidad, es la que permite que un mismo bien intelectual pueda estar protegido simultáneamente por el derecho de autor y el de propiedad industrial.*” Véase en: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 17 de febrero de 1998, proceso 32-IP-97.

²²⁴ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Editorial Zavalia – Cerlac – Unesco, Buenos Aires – Argentina, 1993, p. 11.

²²⁵ La protección denominada derecho de autor se concentra sobre las obras producto del ingenio humano otorgando protección en tres grandes aspectos: i) derechos morales del autor, ii) derechos patrimoniales derivados de la obra y, iii) derechos conexos relacionados con los intérpretes y difusores de la obra. Véase en: Ibídem, pp. 13 – 14 y 347 – 358. Sobre los derechos conexos señalan Tobón y Varela que “(...) los derechos afines o conexos se refieren a una serie de derechos consagrados a favor de aquellas personas que cooperan en la creación, comunicación y difusión de las obras del autor pero a través de sus prestaciones técnico empresariales” Véase en: Tobón Franco, Natalia y Varela Pezzano, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Editorial Ibañez, Bogotá – Colombia, 2010, p. 51.

²²⁶ Metke, Ob. Cit., pp. 19 – 20.

derechos subjetivos sobre bienes inmateriales destinados a la industria y el comercio, dando a sus titulares una exclusividad sobre dichos bienes consistente en la posibilidad de excluir a terceros del uso de los mismos, y es concedida a las nuevas creaciones, signos distintivos y diseños y dibujos industriales.²²⁷

Ahora bien, el patrimonio admite la inclusión de activos inmateriales o intangibles distintos a los conferidos por la propiedad intelectual. En términos generales, un activo intangible se puede definir como aquel que no tiene una sustancia física,²²⁸ o “(...) *todos los elementos de una empresa comercial que existen en adición a los activos monetarios y tangibles*”.²²⁹

A lo anterior se agrega que, entre dichos activos se comprende más que la propiedad intelectual. De hecho, como activos intangibles se reconocen elementos que le aportan valor a la empresa a parte de las cosas sujetas al régimen de bienes intangibles, en esta categoría suelen incorporarse conceptos como la clientela y la relación con los clientes, el nombre o razón social, el *know how*, el capital humano, el conocimiento del mercado y, los canales de distribución o comercialización, entre otros.²³⁰

Para referirse al tema de los activos intangibles, es necesario revisar a las normas que reconocen dichos activos, es decir, las normas de contabilidad, pues en ellas es donde se encuentran definiciones de activo, activo intangible y, los procedimientos y técnicas contables para su reconocimiento. En Colombia, a partir de la expedición de la Ley 1314 de 2009, se retomaron y organizaron los esfuerzos para la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad y Normas Internacionales de Información Financiera (NIC-NIIF).²³¹

²²⁷ Ibídem, pp. 20 – 27.

²²⁸ Smith, Gordon V., y Parr, Russell L., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, Segunda Edición, Editorial John Wiley & Sons, New York, New York – Estados Unidos, 1994, p. 83.

²²⁹ Redacción original: “(...) *all the elements of a business enterprise that exist in addition to monetary and tangible assets*”. Véase en: Ibídem, p. 83.

²³⁰ Palomo González, Miguel A., *La evaluación de activos intangibles, Parte I*, en: *Revista Ingeniarías*, Volumen VI, No. 20, Editorial Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León – México, julio – septiembre 2003, p. 13. Mesa-Velásquez, Gloria Stella, *Medición de los activos intangibles, retos y desafíos*, en: *Revista Cuadernos de contabilidad*, Volumen 13, No. 33, Editorial Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre 2012, pp. 321 – 323.

²³¹ Las NIC-NIIF, estándares internacionales de contabilidad e información financiera son elaboradas por *International Accounting Standards Board* (IASB), Organización no gubernamental conformada por expertos internacionales en materia contable. La adopción de las NIC-NIIF en Colombia no ha sido un proceso

La norma pertinente sobre la materia es la NIC 38, la cual establece el estándar contable para el reconocimiento e inclusión en libros de los activos intangibles, Mesa-Velásquez explica la norma de la siguiente manera:

“(…) considera que un recurso es un activo intangible cuando este es identificable, es de carácter no monetario y no tiene apariencia física (NIC 38, 2005, párr. 9). Además de tener las anteriores características, el activo intangible, para poder ser reconocido como tal, debe cumplir los siguientes requisitos (NIC 38, 2005, párr. 10 y 21).

- a. Que se pueda identificar.*
- b. Que se pueda controlar.*
- c. Que le pueda generar, en futuro, beneficios económicos a la empresa.*
- d. Y que se pueda medir confiablemente.*

La norma internacional no realiza una lista de los elementos que se pueden considerar como activos intangibles, pero sí lo hace con aquellos elementos que no pueden considerarse como tales: las marcas, las cabeceras de periódicos o revistas, los sellos o denominaciones editoriales, las listas de clientes o partidas similares que se hayan generado internamente (NIC 38, 2005, párr. 63). A su vez, la misma norma aclara que, en cuanto a las inversiones que realiza la empresa para tener a sus empleados capacitados, sería factible demostrar la generación futura de beneficios económicos pero lo difícil para la organización es poder tener el control para que sus empleados le sigan prestando el servicio; por tanto, en este caso, la

sencillo, han existido varios intentos no exitosos de implementar dichos estándares en el país, debido principalmente a problemas que surgen en el trámite legislativo pertinente y en fallas del gobierno nacional en la toma de acción y decisión respecto de las mismas, las cuales son de vital importancia para los negocios en la actualidad pues representan los estándares internacionalmente aceptados sobre contabilidad y presentación de información financiera en general, sin embargo, la promulgación de la Ley 1314 de 13 de julio de 2009 representa un gran avance pues por primera vez se permite al gobierno nacional implementar dichas normas sin fijarle un término perentorio a dicha facultad, la cual es delegada en cabeza del Consejo Técnico de Contaduría Pública, ente que adquiere la función de redactar las normas de convergencia hacia las NIC-NIIF, fijando un plazo para dicho proceso de 2010 a 2014. Véase en: Luna Restrepo, Juliana y Muñoz Londoño, Leidy Johanna, *Colombia: hacia la aplicación y adopción de las NIIF y su importancia*, en: *Revista Adversia*, No. 8, Editorial Universidad de Antioquia, enero – junio 2011, pp. 26 – 43.

norma considera que hay un control insuficiente como para considerarlo un activo intangible (NIC 38, 2005, párr. 15).

De igual manera, analiza las habilidades técnicas o gerenciales, la cartera de clientes, las cuotas de mercado, las relaciones con la clientela, la lealtad de los clientes (NIC 38, 2005, párr. 16), por los cuales se considera que estos elementos no pueden clasificar como activos intangibles.”²³²

La norma establece que se pueden reconocer básicamente activos sobre los cuales recae un derecho de propiedad legalmente establecido sobre un bien inmaterial (propiedad intelectual) y derechos obtenidos contractualmente (*know how* y secreto industrial transferido, licencias de propiedad intelectual y, concesiones y franquicias).²³³Y agrega, que aquellos activos intangibles producidos internamente en la empresa por regla general, no son reconocidos, pues según la norma no es posible o, es difícil, distinguir los costos necesarios para el desarrollo de activos intangibles internos, de los costos para el desarrollo de la actividad empresarial en conjunto (NIC 38, 2005, párr. 64), por esta razón son considerados como intangibles *ocultos* o *no identificados*.²³⁴

Sin embargo, la norma contable no lo es todo, esta se preocupa por revelar de la mejor manera la realidad económica de la empresa para efectos contables, principalmente para el impuesto sobre la renta.²³⁵En consecuencia, la norma adopta una definición restringida de activos intangibles, pues un concepto amplio, aunque puede representar mejor la realidad económica de la empresa, al incorporar los llamados *soft intangibles* (activos intangibles ocultos o activos de mercado), puede traer el problema de la doble imposición o doble

²³² Mesa-Velásquez, Ob. Cit., p. 324.

²³³ Sprague, Gary D., *Treaty policy working group*, ponencia en: *OECD Working party No. 6's consultation on the discussion draft on the transfer pricing aspects of business restructurings*, Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), París – Francia, 7 a 9 de noviembre de 2011, en: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/49013885.pdf>.

²³⁴ Enunciación que incorporaba el Decreto 2649 de 29 de diciembre de 1993 en el artículo 66 y es utilizada para referirse a los activos intangibles que de manera similar no reconoce la NIC 38. Véase en: Mesa-Velásquez, Ob. Cit., pp. 323 – 324.

²³⁵ Mejía Atehortúa, Diana Vanessa, Ortiz Botero, Paula Andrea y Roldán Higueta, Yuri Tatiana, *Efectos de la implementación de la Nic 38 (activos intangibles) en la determinación de la base fiscal del impuesto de renta en Colombia*, en: *Revista Adversia*, No. 9, Editorial Universidad de Antioquia, julio – diciembre de 2011, pp. 2 – 21.

tributación, por ello, la norma internacional adopta una visión restrictiva para generar como un efecto extra; mayor seguridad respecto de dicho problema.²³⁶

Así las cosas, existen también otros activos que, a pesar de no ser reconocidos por la NIC 38, están presentes y tienen valor. Los activos de mercado, intangibles ocultos o *soft intngibles*, son aquellos que aportan valor a la empresa y son de especial importancia al momento en que se vende la misma,²³⁷ pues hoy día, los activos tangibles (maquinarias, edificios y bienes materiales en general) representan una porción menor en el valor de mercado de la misma. La porción mayoritaria se compone por los activos intangibles, principalmente, los activos de mercado,²³⁸ dentro de los cuales, como ya se dijo se encuentran entre otros la clientela y los canales de distribución. Estos activos para ser reflejados de alguna forma, deben ser objeto de un avalúo, para lo cual están disponibles diversos métodos,²³⁹ una vez avaluados estos activos, pueden presentarse como *información complementaria* a la contabilidad (NIC 1, 2005, párr. 15 y 103), lo que al parece es una forma de agregar el avalúo de estos activos a la contabilidad.²⁴⁰

²³⁶ Schnoberger, Stephan, *Definitional approach*, ponencia en: *OECD Meeting on the transfer pricing aspects of intangibles*, OECD, París – Francia, 7 a 9 de noviembre de 2011.

²³⁷ Palomo González, Ob. Cit., pp. 12 – 14. Sobre el particular, la literatura sobre fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*) ofrece un amplio panorama respecto del precio de las compañías cuando están en venta, señalando que para los interesados en la compra, el valor de las acciones debe reflejar el valor de la compañía, más allá de lo representado contablemente, pues para quien adquiere lo importante es adquirir los activos que están detrás de la compañía, principalmente aquellos intangibles ocultos o de mercado pues son aquellos que dan valor y, para quien vende lo importante es conseguir un precio que refleje el valor de mercado de la compañía. Véase en: Sherman, Andrew J., *Mergers and acquisitions from A to Z*, Tercera Edición, Editorial Amacom Books, Saranac Lake, New York – Estados Unidos, 2010, pp. 144 – 154.

²³⁸ Al respecto, menciona Palomo González que de la década de 1980 a la actualidad el valor que los intangibles reportan respecto del valor de mercado de las empresas pasó de ser de un 50% a un estimado de entre el 80 y el 90 por ciento, en: Palomo González, Ob. Cit., p. 13. Sobre el particular Edvinsson y Malone referencian el caso de Lotus Software que fue adquirida en 1995 por IBM por un valor 15 veces superior al valor reflejado en libros, demostrando que los activos intangibles ocultos pueden representar una fracción mayoritaria dentro del avalúo de una empresa para su venta. Véase en: Edvinsson, Leif y Malone, Michael, *El capital intelectual: como identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa*, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 2004, pp. 50 – 51.

²³⁹ Entre los modelos o metodologías más famosas para medir o avaluar los activos intangibles (identificados o no identificados) se encuentran: Skandia Navigator, Economic Value Added-EVA-, Balanced Scorecard, Intangible Assets Monitor, Intellectual Capital Index-IC-Index-, Inclusive Value Methodology. Véase en: Palomo González, Ob. Cit., p. 15.

²⁴⁰ Mesa-Velásquez, Ob. Cit., p. 325.

C. Principales bienes y activos intangibles en la distribución comercial

Con el recorrido anterior, es posible presentar los principales bienes y activos intangibles inmersos en la función de distribución comercial. Estos, tienen la particularidad que algunos son licenciados al distribuidor, como las marcas, otros son producidos o conseguidos internamente, por ejemplo la clientela, y, existen también unos que pueden ser objeto de licencia en ciertos casos o ser producidos de forma interna en otros, ejemplo de ellos, el *know how*.

1. Marcas

Dentro del régimen de propiedad industrial, uno de los bienes inmateriales que busca proteger son las marcas o signos distintivos, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina (CAN)²⁴¹ la define en el artículo 134,²⁴² al respecto el Tribunal de Justicia Andino ha precisado lo siguiente:

*“La marca es un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, etc., que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o del servicio”.*²⁴³

La marca es un signo cuya finalidad es distinguir productos y servicios de otros similares en el mercado, es decir, pretende diferenciar aquello que identifica. Al contrario del derecho de autor, la marca no se basa en la originalidad: su componente esencial es la distintividad,²⁴⁴ la cual se encuentra directamente ligada al producto o servicio que identifica, como explica Metke:

²⁴¹ Comunidad Andina (CAN) es un organismo comunitario compuesto por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú que nace con la suscripción del Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, Chile fue miembro de la CAN hasta 1976 y, Venezuela hasta 2006. En la actualidad Chile ostenta la calidad de miembro asociado.

²⁴² Régimen común sobre propiedad industrial, Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000, artículo 134, parcial.

²⁴³ Comunidad Andina de Naciones (CAN). Tribunal de Justicia Andino. Proceso 019-IP-2007. Interpretación prejudicial del 7 de marzo del 2007.

²⁴⁴ Metke, Ob. Cit., *Tomo I*, pp. 53 – 55.

*“El concepto de marca (...) comprende el signo y el producto o servicio al cual se aplica. El signo, abstractamente considerado, no tiene connotación de marca, sino en la medida en que se relacione con el producto o servicio de que se trate, a punto tal que sus requisitos de validez, solo pueden examinarse o juzgarse en relación con dicho producto o servicio.”*²⁴⁵

La marca es un signo que identifica y diferencia un producto o un servicio en el mercado, Según Otamendi:

*“(...) el poder o carácter distintivo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por lo tanto, no tiene este poder identificatorio un signo que se confunde con lo que se va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades”.*²⁴⁶

El Tribunal Andino hace la siguiente precisión:

*“(...) se reconoce tanto una capacidad distintiva “intrínseca” como una capacidad distintiva “extrínseca”, la primera se refiere a la aptitud individualizadora del signo, mientras que la segunda se refiere a su no confundibilidad con otros signos. La marca salvaguarda tanto el interés de su titular al conferirle un derecho exclusivo sobre el signo distintivo, como el interés general de los consumidores o usuarios, garantizándoles el origen y la calidad de los productos o servicios, evitando el riesgo de confusión y/o de asociación, tornando así transparente el mercado”.*²⁴⁷

Esta, permite a su titular implementar estrategias publicitarias y de mercadeo que aportan ventajas competitivas en el mercado y le otorgan herramientas basadas en la distintividad que, articuladas con una defensa jurídica eficiente de la marca (defender la marca contra amenazas y usos no autorizados por terceros) tienen el potencial de alcanzar éxito en el mercado,²⁴⁸ el cual es más difícil de obtener sin las ventajas que el signo distintivo otorga.

²⁴⁵ Ibídem, p. 54.

²⁴⁶ Otamendi, Jorge *Derecho de marcas*, Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires - Argentina, 2002, p. 27.

²⁴⁷ CAN. Tribunal de Justicia Andino. Proceso 68-IP-2010. Interpretación prejudicial del 16 de junio de 2010.

²⁴⁸ López Castro, Yira, Arango Montes, María Antonia, Arcila Mendoza, David, Moreno García, Juan Francisco, Rivera Niño, Juan David y Saldarriaga Escobar, Ricardo Andrés, *La propiedad industrial y la estructura de expansión de las tiendas de Juan Valdez*, en: *Estudios de propiedad intelectual*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del

Pues bien, de acuerdo a la norma comunitaria sobre marcas, estas se componen de un signo o signos distintivos, al respecto la Decisión 486 de 2000 da un listado amplio sobre aquellas cosas que pueden constituir un signo distintivo:²⁴⁹ palabras o combinación de ellas, todo tipo de imágenes como logotipos, escudos, figuras, retratos, sonidos y olores,²⁵⁰ letras y números e incluso, los envases o formas de los productos.²⁵¹ Las marcas se otorgan dentro de un *sistema atributivo*, es decir, son derechos que se tienen una vez la autoridad competente otorga a la persona que lo solicita el registro marcario,²⁵² los derechos sobre la marca nacen con el registro.

Los signos distintivos, como se ha dicho, distinguen un producto o un servicio, el sistema actual de registro de marcas exige que se indique a que rama o *clase* pertenece la marca, es decir, que productos o servicios esta llamada a distinguir. En este orden de ideas, para

Rosario, Bogotá – Colombia, 2011, pp. 431 – 348. El artículo de la referencia ilustra como la implementación de signo distintivo permite poner en funcionamiento una estrategia comercial y de distribución a través de intermediarios exitosa, la cual debe combinarse con una defensa activa de la propiedad industrial ya que las violaciones por parte de terceros no autorizados son úsales frente a signos que tienen un amplio reconocimiento en el mercado.

²⁴⁹ El artículo 134 de la Decisión 486 de 2000 enuncia un listado de aquello que puede constituir un signo distintivo así: Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) la forma de los productos, sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores. (artículo 134 parcial) La norma de forma similar en el artículo 135 presenta un extenso listado de aquellas cosas que no pueden constituir un signo distintivo.

²⁵⁰ El antecedente conocido de marca olfativa es la marca comunitaria No. 000428870, titular Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing, para distinguir las pelotas de tenis, la descripción de la marca es: “*La marca consiste en el olor del césped recién cortado aplicado al producto.*” Véase en: Unión Europea, Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), registro de marca comunitaria No. 000448870. Al respecto la SIC se refiere al tema de las marcas olfativas en Colombia determinando que es posible obtener su registro en el país, así no se hayan presentado casos, en el entendido que estas siguen en términos generales los mismos lineamientos de registrabilidad que se utilizan con las marcas sonoras, desechando la antigua noción de algunos sectores de la doctrina que consideraban que estas marcas no tenían contacto directo con el consumidor. Véase en: Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 00017175 de 17 de mayo de 2000.

²⁵¹ La marca tridimensional es aquel signo distintivo que posee volumen, que aporta un relieve o forma característica a un producto, dándole distintividad con base en esto y que difiere del diseño industrial al ser el segundo las líneas ornamentales o estéticas de un producto y que, similar al derecho de autor, se le exige originalidad, la marca en cambio, es la forma de un producto o de su embase y es perceptible por el tacto ocupando tres dimensiones, se le exige distintividad. Véase en: Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 08121115 de 30 de diciembre de 2008.

²⁵² Etcheverry, Oscar, *Temas de propiedad industrial en la jurisprudencia de países latinoamericanos*, en: *Derechos intelectuales, Tomo II*, Editorial Astrea – Asociación Interamericana de Propiedad Industrial (ASIPI), Buenos Aires – Argentina, 1987, p. 75.

asignar una clase a una marca el solicitante del registro indica a la autoridad que productos o servicios pretende representar con la marca que solicita, esto se hace mediante la selección de una clase por parte del solicitante dentro de la Clasificación Internacional de Niza (NCL).²⁵³ Por consiguiente, un solicitante puede pedir que su marca sea registrada en una, varias o incluso todas las clases de la NCL, como lo dispone el artículo 168 del Decreto 19 de 2012, así mismo, la SIC advierte que en una solicitud multiclase el registro tiene la posibilidad de tener éxito en algunas clases y en otras no, dependiendo de los resultados del análisis de registrabilidad que realiza la autoridad administrativa en cada una de las clases solicitadas.²⁵⁴

El recorrido general del derecho marcario que presenta esta investigación no podría concluir sin hacer referencia al fenómeno de la *coexistencia marcaria*, el cual, es relativo a la posibilidad de que persistan registros marcarios de signos muy similares, casi idénticos entre sí. Por regla general, no son registrables signos que asemejen o reproduzcan marcas preexistentes, en estos casos, la SIC aplica normalmente la causal de iregistrabilidad relativa, consistente en no conceder el registro de una marca que sea idéntica o se asemeje a una cuyo registro se solicitó con anterioridad o, la causal de registrabilidad absoluta, que señala que el signo que se pretende registrar no posee distintividad.²⁵⁵

Normalmente el cotejo que se realiza para determinar si un signo es registrable o no en comparación con otro, del cual se alega su semejanza, se encuadra en comparar sus elementos diferenciadores, sus similitudes fonéticas, conceptuales (la idea que evoca el

²⁵³ La Clasificación Internacional de Niza, es una clasificación internacional que se utiliza para el registro de marcas de productos y servicios, adoptada en virtud del tratado internacional celebrado en la Conferencia Diplomática de Niza de 1957, Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas. Actualmente está en vigor la decima edición de la clasificación que cuenta con 45 clases. Véase en: <http://www.wipo.int/classifications/nice/es/>, consulta de abril de 2013.

²⁵⁴ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 13-006152-00001-0000 de 26 de febrero de 2013.

²⁵⁵ López Castro, Yira, *Eficacia de los acuerdos de coexistencia de marcas en Colombia*, en: *Propiedad intelectual reflexiones*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2012, p. 109. Señala la autora que la forma más usada para lograr la coexistencia de signos distintivos es a través de los llamados *acuerdos de coexistencia*, contratos atípicos en los que las partes acuerdan permitir dicha coexistencia de sus marcas y fijan las condiciones para que esta persistan como no entrar en el mercado del otro con el signo similar, sin embargo ha sido dificultosa la aplicación de dichos acuerdos en el sentido que pueden involucrar normas de orden público como aquellas destinadas a proteger al consumidor. Véase en: *Ibíd.*, pp. 105 – 130.

signo al consumidor) o en todo caso las similitudes perceptibles por los sentidos (esto tomando en cuenta que existen marcas sonoras, tridimensionales y potencialmente las olfativas). También, se toma en cuenta el tiempo, determinado por quién obtuvo o solicitó primero el derecho.²⁵⁶

Sin embargo lo anterior, esa comparación inicial no siempre es suficiente, existen eventos donde signos muy similares entran en conflicto pero los registros se encuentran bajo distintas clases, en estos casos, el Consejo de Estado (C.E.) ha optado por analizar los canales de distribución por los cuales se comercializan esos productos. Para el C.E., es imperativo en la coexistencia de signos similares que estos no tengan presencia en los mismos canales de distribución pues, a pesar, que las marcas correspondan a distintas clases si se comercializan a través del mismo canal, el riesgo de confusión entre estas y para el consumidor es mayor y, en ocasiones intolerable, la corporación lo ha explicado de la siguiente manera:

“La comparación entre los productos que pretenden ampararse con el signo VINIPLAS y los que actualmente ampara la marca VANYPLAS, demuestran que éstos son comercializados mediante el mismo canal de distribución. (...)

Es importante resaltar que para que el riesgo de confusión entre dos signos semejantes tenga la capacidad de impedir su registro, no es necesario que ambos signos amparen productos de la misma clase, sino que se requiere de un análisis más detallado en el que se estudien los canales de distribución y las semejanzas entre los productos que los signos amparan, los cuales no se presentan exclusivamente por el hecho de pertenecer a una misma clase. En consecuencia es importante precisar que si bien el cotejo marcario tiene un alto componente objetivo de comparación, el mismo no es el único análisis que debe efectuarse.

Considera la Sala que los argumentos anteriormente estudiados son suficientes para impedir el registro de VINIPLAS en la clase 22 de la Clasificación Internacional por presentar enorme similitud con la marca VANYPLAS y

²⁵⁶ Esto en una aplicación del famoso aforismo *Prior in tempore, potior in iure* recitado incontables veces por profesores y estudiantes de Derecho como *Primero en el tiempo, primero en el derecho*.

adicionalmente una gran semejanza entre los productos que las mismas amparan y sus canales de distribución.”²⁵⁷

Así, el tribunal supremo de lo contencioso administrativo parece identificar el canal de distribución de una forma restringida pero acertada, en el sentido que, aparentemente lo asemeja a la noción más básica del mercadeo, vista al inicio de este capítulo, la cual se refiere a la forma de comercialización. Para el Consejo de Estado, si los productos se comercializan a través de los mismos establecimientos, dirigidos al mismo mercado, de la misma manera, comparten el mismo canal o canales de distribución. De tal manera que, repercute en la marca y, es evidencia de la importancia que tiene esta para el cumplimiento de la función económica de distribución, pues permite a los productos distinguirse, obtener su lugar en el mercado. Vale la pena señalar, que la distintividad, para los distribuidores es un elemento vital para comercializar con éxito un producto o servicio que distribuyen.

Con el recorrido que se ha hecho sobre bienes y activos intangibles, la marca en particular, como un bien inmaterial de importancia vital para la distribución y sus principales características, es menester hacer mención sobre la forma en que se concede a los distribuidores utilizar los signos distintivos de los productores, en aras de permitir que los primeros obtengan la ventaja de la marca del principal al desarrollar sus actividades de distribución.

Como se puede inferir de los capítulos anteriores de esta investigación, la marca es trascendental para desarrollar de forma adecuada la distribución. En abstracto, a los distribuidores se les concede el derecho al uso de la marca del principal, con las obligaciones que esto implica, para que puedan realizar actividades relacionadas con la promoción de los productos o servicios que distribuyen. La forma en que esto se realiza normalmente es a través del contrato de licencia de uso de marca.

La licencia de uso de marca y, en general, los contratos de licencia de propiedad industrial (licencias de patentes, marcas, know how, nombre comercial, diseño industrial) son

²⁵⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 16 de agosto de 2007, M.P., Martha Sofía Sanz Tobón, exp. 11001-03-24-000-2003-00042-01.

contratos atípicos, onerosos, sinalagmáticos, *intuitu personae* y, en Colombia, solemnes.²⁵⁸

El objeto consiste en que una parte, el *licenciante*, otorga el derecho al uso y explotación de su marca y recibe a título de contraprestación el pago de una especie de canon conocido como regalías a la otra parte, conocida como *Licenciatario*.²⁵⁹ Al respecto y, haciendo referencia directa a la distribución comercial, el Tribunal Andino dijo:

*“(…) aquella por la cual el titular de una marca (licenciante) coopera con otra empresa (licenciataria) a fin de ampliar las actividades de producción y distribución de productos portadores de la correspondiente marca. En esta relación contractual el licenciante otorga autorización al licenciatario para aplicar la marca y utilizarla en los correspondientes productos, es decir le cede el derecho al uso de la marca”*²⁶⁰

Al contrato de licencia de marca, puede corresponder a diversas finalidades económicas. La principal de estas es la relativa a la distribución, la licencia se otorga para que el distribuidor posicione la marca en otros mercados, generalmente por razón de la separación geográfica entre productores y consumidores.²⁶¹ Otra de las funciones, es el aprovechamiento de marcas *renombradas*, es decir, de amplio reconocimiento donde se otorga licencia para que el licenciante desarrolle productos o servicios distintos a los normalmente diferenciados por el signo, dándole un mayor alcance en el mercado a la

²⁵⁸ En Colombia los contratos de licencia de propiedad industrial y los contratos de transferencia de tecnologías son contratos que deben constar por escrito, los artículos 57 y 196 de la Decisión 486 de 2000 de la CAN disponen que los contratos de licencia de marcas y patentes deben constar por escrito y estar inscritos ante la oficina competente, la SIC, respecto de los contratos de transferencia de tecnologías, el artículo 1 del Decreto 4176 de 3 de noviembre de 2011 establece que los contratos internacionales de transferencia de tecnología o como lo señala la norma *contratos de importación de tecnologías* deben estar inscritos ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), facultad que antes se encontraba en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dentro de las transferencias de tecnologías, se ubican, entre otros, los contratos de franquicia, las licencias o transferencias de know how y las licencias de patentes.

²⁵⁹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01054923 del 15 de agosto de 2001.

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 21 de Abril de 1998, proceso 29-IP-97.

²⁶¹ Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, *El contrato de licencia de uso de marca*, en: *Propiedad intelectual reflexiones*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2012, pp. 85 – 88.

marca, en operaciones conocidas como *merchandising*.²⁶² La otra finalidad que puede perseguir una licencia es el mantenimiento del registro pues, por regla general, los derechos de propiedad industrial al no usarse en la industria o el comercio, pueden sus titulares, perder la exclusividad que estos confieren.²⁶³

La licencia de uso de marca es un contrato, que permite a los titulares de la marca expandir los mercados y las áreas geográficas donde esta tiene presencia e impacto, con una reducción importante del riesgo y costos que esto implica. Para los licenciarios, representa la oportunidad de aprovechar un nombre reconocido, sin la inversión que requiere generar una marca que tenga la distintividad y reconocimiento que se busca. Sin embargo, implica riesgos, el principal de estos es la posibilidad que el licenciario afecte negativamente la marca,²⁶⁴ así, la recomendación para una licencia exitosa es, establecer en el contrato un régimen de control de calidad en el uso de la misma, por ejemplo, incluyendo cláusulas tendientes a regular la forma en que se emplea la marca con propósitos publicitarios y de servicio al cliente, delimitar el alcance territorial de la licencia y, fijar procedimientos y estándares para el uso de la marca a través de canales de distribución alternativos como el Internet.²⁶⁵

2. Good will

El *Good will*, es un concepto complejo, Suescún aborda el tema desde la perspectiva del establecimiento de comercio, una universalidad de hecho organizada por el empresario, que incluye, el elemento intangible conocido como good will, como directamente ligado a la

²⁶² Ibídem, pp. 88 – 89. La operación en la cual se utiliza una marca reconocida para que terceros desarrollen nuevos productos o servicios tendientes a ser identificados por esta es conocida como *corporate merchandising*. El contrato de *merchandising* en términos generales es una operación donde se utiliza “algo” que posee cierto reconocimiento por parte de los consumidores como una cara famosa o un nombre famoso para a partir de eso desarrollar una marca y toda una mercancía (productos o servicios) que esta identifique, pagándole una regalía a quien presta su nombre, personaje, o incluso su propia marca para identificar eso nuevos productos. Véase en: Bedoya, Jorge Andrés, *El contrato de merchandising: una realidad comercial atípica amparada por todas las esferas del Derecho*, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 47, Editorial Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia, enero – junio 2012, pp. 4 – 7.

²⁶³ Labariega, Ob. Cit., p. 90.

²⁶⁴ Lieberstein, Marc, Feingold, Stephen, James, Christine y Rosenblatt, Paul, *Current developments and best practices in trademark licensing*, en: *The licensing journal*, Aspen Publishers, No. New York New York – Estados Unidos, febrero 2011, pp. 20 – 21.

²⁶⁵ Ibídem, pp. 21 – 28.

capacidad de captar y mantener la clientela y, que se puede delimitar como ese buen nombre, prestigio o buena reputación que tiene una empresa o un empresario en el comercio o la industria.²⁶⁶ Desafortunadamente la doctrina nacional no ha sido la más prolífica en la materia, situación que, por fortuna, no puede predicarse de las altas cortes, como se verá a continuación.

La Corte Suprema de Justicia presenta definición y contenido general de la figura:

“ En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.

Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. No se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero. (...)

En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como “constitutivos del good-will comercial o industrial”, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de “Crédito Mercantil”, indicando que allí se registra “el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable... También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de

²⁶⁶ Suescún, Ob. Cit., Tomo I, pp. 9 – 10.

*lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio”.*²⁶⁷

La clara concepción de la CSJ, es un excelente punto de partida para comprender el activo intangible denominado good will, el cual se predica de empresarios, se refleja en el establecimiento de comercio y puede ser parte del mismo.

Empero, esto no es exclusivo, el good will puede adjudicarse a más personas o cosas, la marca, cuando es reconocida, es un reflejo del origen empresarial de los productos y servicios de una empresa, así las cosas, la marca tiene un good will, es decir, una reputación en el mercado y los productos que distingue gozan de ese buen nombre. La SIC menciona que un elemento importante para determinar la notoriedad de una marca es el good will que esta tenga.²⁶⁸ Si el good will puede predicarse de una empresa o de un establecimiento de comercio, es apenas lógico que se pueda decir lo mismo de una persona jurídica, al respecto la Corte Constitucional (C. Const.) señaló:

*“Las personas jurídicas sí pueden buscar la protección de su “buen nombre” o “imagen” comercial, también conocidos como good will, de naturaleza completamente distinta a los derechos a la honra y al buen nombre. En efecto, mientras éstos buscan garantizar la dignidad de la persona humana, aquéllos pretenden salvaguardar la libertad de empresa o evitar distorsiones del mercado, como la competencia desleal y, por ende, tienen un contenido eminentemente económico, del que carecen los derechos a la honra y al buen nombre de que son titulares los individuos. Por tratarse de derechos de contenido económico, del todo diferentes a los derechos personalísimos, la Corte tiene establecido que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para la protección del good will, razón por la cual quien busque su restablecimiento debe recurrir a la jurisdicción ordinaria.”*²⁶⁹

²⁶⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de julio de 2001, M.P., Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 5860.

²⁶⁸ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 08034465 de 23 de junio de 2008.

²⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 472 de 24 de septiembre de 1996, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-99500.

Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en una juiciosa decisión del año 2008, confirma y reitera la doctrina elaborada por la C. Const., y la CSJ, a la par que señala los daños ocasionados al good will como un perjuicio patrimonial, no moral, cuya prueba se encuentra inmersa en la práctica contable,²⁷⁰ al respecto la Sala precisa lo siguiente:

“(…) una afectación al Good Will más que en el nivel del perjuicio moral se ubica mejor de la categoría de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante como quiera que corresponde a la ganancia o beneficio económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, y que no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

*La naturaleza jurídica del Good Will es la de ser un bien intangible o incorporeal, que a diferencia de los bienes extrapatrimoniales, sigue en la órbita del comercio jurídico, lo que implica que, no se podría predicar de un mal negocio sobre el Good Will de una sociedad comercial un perjuicio moral.”*²⁷¹

La doctrina expuesta por la Sala se reitera, explica que si existe la posibilidad que una persona jurídica sufra y alegue daños morales en un proceso judicial. Sin embargo, es una situación que no debe confundirse con un daño al good will, pues este tiene naturaleza patrimonial y deben incluirse bajo el concepto de *perjuicios materiales*, así como otros daños que puedan sufrirse sobre intangibles, entre los cuales cita el C.E., a las marcas y patentes y otros protegidos por el régimen de propiedad industrial. La Sección Tercera dice, que en términos de responsabilidad civil, el daño sufrido sobre good will y sobre los intangibles que trata este apartado es un daño patrimonial, estimable en dinero y debe ser tratado como tal.²⁷²

El C.E., también agrega que, a pesar de lo dicho en 2008, que la prueba del good will estaba directamente ligada con la contabilidad, existe libertad en la materia y es usual

²⁷⁰ La Superintendencia de Sociedades ha indicado como registrar el good will en la contabilidad de la empresa, haciendo referencia a una partida conocida como *Crédito Mercantil*. Véase en: Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 340-69678 de 30 de octubre de 1998.

²⁷¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008, M.P., Mauricio Fajardo Gómez, exp. 14.584.

²⁷² Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2012, M.P., Mauricio Fajardo Gómez, exp. 24991.

acudir a peritos para determinar la afectación, siempre y cuando, la información “(...) arroje la convicción necesaria para servir como soporte de la indemnización pedida”,²⁷³ en el sentido que, aquello que reporte el peritaje debe estar directamente relacionado con los hechos que supuestamente causan el perjuicio al buen nombre o reputación comercial.²⁷⁴

3. Know how

El concepto y contenido del know how ha sido un tema tratado en amplitud por la doctrina especializada, que parte de un concepto elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, en el que se entiende por know how:

“(...) la totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto, que puede por tanto ser denominado arte de fabricación know-how (...).

*Este concepto puede designar no solamente fórmulas y procedimientos secretos, sino también una técnica que guarde conexión con procedimientos de fabricación patentados y que sea necesaria para hacer uso de la patente. Puede también designar procedimientos prácticos, particularidades y conocimientos especializados técnicos, que fueron siendo obtenidos por un productor a través de investigaciones y que no deben aún ser adquiridos por la competencia”*²⁷⁵

El anglicismo know how puede traducirse como *saber cómo*²⁷⁶ y hace referencia a todos los conocimientos, técnicas, experiencia y habilidad acumuladas, que adquiere un empresario en el desarrollo de su actividad económica, ese conocimiento particular se agrupa como uno de los bienes inmateriales de la empresa o del empresario.²⁷⁷

²⁷³ Colombia, Consejo de Estado, Salda de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de enero de 2012, M.P., Hernán Andrade Rincón, exp. 16.104.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ Cámara de Comercio Internacional, informe de las sesiones de 17 y 18 de 1957, citado por: Stumpf, Herbert, *El contrato de know-how*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984, pp. 5 – 6. Definición que comparte la SIC al referirse sobre la materia, véase en: Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 01003060 de 30 de enero de 2001.

²⁷⁶ Tobón, Ob. Cit., p. 47.

²⁷⁷ Sandoval López, Ricardo, *Derecho Comercial, Tomo III, Volumen 2*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 2010, pp. 254 – 255.

La protección jurídica del know how, se encuadra en el escenario de los llamados *secretos empresariales, industriales o comerciales*, según Tobón Franco esta terminología, usada tanto en la legislación como en la doctrina, describe la información secreta y privilegiada que poseen los empresarios respecto de sus operaciones, productos, servicios, e incluso sobre procedimientos secretos que brindan una ventaja en la industria.²⁷⁸

Sobre el régimen de los secretos industriales, es pertinente mencionar el artículo 39.2 del acuerdo ADPIC²⁷⁹ de la Organización Internacional del Comercio (OMC). Este fue apropiado por la norma comunitaria sobre la materia (Decisión 486, artículo 260) y, establece que: sus titulares pueden ser personas naturales o jurídicas, que no divulguen información secreta, siempre que ésta no atente contra las normas de competencia desleal y, cumpla con tres requisitos:

1. Sea secreta, de forma que en su totalidad no sea conocida con facilidad, y su acceso sea restringido a un círculo privilegiado y de confianza dentro de la empresa;
2. Sea valiosa comercialmente por ser secreta, es decir, que represente ventajas dentro del mercado, y;
3. Que haya sido objeto de medidas suficientes para que se mantenga secreta.²⁸⁰

Para la SIC, el know how es susceptible de ser protegido por varias vías, esto depende, de las necesidades y pretensiones de su propietario, así como, de la naturaleza misma de la información que lo compone. Puede tratarse de procedimiento o técnica capaz de ser patentada, o información que no puede serlo, o que su propietario decide no patentar para mantenerla en secreto y someterla al régimen de los secretos industriales.²⁸¹

También vale la pena agregar que la protección de secretos en general se encuentra amparada por las normas de competencia, que consideran la divulgación o explotación no

²⁷⁸ Tobón, Ob. Cit., pp. 35 – 36.

²⁷⁹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Firmado en 1994, es el anexo 1C del convenio que crea la Organización Mundial del Comercio.

²⁸⁰ Las empresas u organizaciones que busquen mantener una información como secreta, con el objetivo de constituir la como secreto industrial deben tomar todas las medidas necesarias para lograrlo, entre esas medidas resaltan: que la información sea conocida por el mínimo número de personas posible, que el manejo de la información sea estricto dentro de los protocolos internos de la compañía y, las medidas de protección contractual como las cláusulas o acuerdos de confidencialidad diseñados con la finalidad de mantener secreta la información. Véase en: Tobón, Ob. cit. pp. 89 – 95.

²⁸¹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 01096187 de 28 de enero de 2002.

autorizada de secretos como un acto de competencia desleal (Ley 256 de 1996, artículo 16). En adición, el Código Penal contempla el delito de *violación de reserva industrial o comercial*, descripción típica que comprende, entre otros, la divulgación o utilización no autorizada de secretos industriales o comerciales (Ley 599 de 2000, artículo 308).

Ahora bien, el know how como bien intangible, es susceptible de protección judicial, por daños causados con relación a este,²⁸² a diferencia del good will que puede verse disminuido al afectarse el buen nombre o buena reputación de su titular, el know how, al ser un secreto se ve afectado por su utilización o divulgación no autorizadas. Sobre el particular, vale la pena mencionar que el Consejo de Estado considera que una indemnización por know how se obtiene en términos similares a lo que se expuso respecto del good will, aportando un avalúo del bien, que lo individualice de forma adecuada, generalmente en forma de un peritaje y, una vez probado el daño y el nexo causal, es considerado dentro del rubro del lucro cesante, con la nota importante que no debe confundirse con el good will pues son inmateriales distintos.²⁸³

4. Clientela

Para finalizar este estudio general de los principales intangibles relacionados con la distribución comercial, es menester tratar el tema de la clientela. El profesor Garrigues dijo que, dentro de los elementos que dan un valor superior a la empresa, más allá de sus elementos patrimoniales, se encuentra la clientela, sobre el particular precisó:

“Es el conjunto de personas que, de hecho, mantienen con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o servicios (...). Lo que caracteriza al cliente es la participación habitual en el círculo de ventas o de suministros varios

²⁸² La protección aludida se materializa de diversas maneras: las sanciones por actos de competencia desleal cuyo trámite se realiza ante la SIC, la denuncia penal, se busca la conducta sea perseguida como delito. Véase en: Tobón, Ob. Cit., pp. 119 – 148. También como es reflejo de la jurisprudencia del C.E., puede perseguirse indemnización por concepto de know how en acciones de responsabilidad civil.

²⁸³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 1997, M.P., Ricardo Hoyos Duque, exp. 10229. En la sentencia se evidencia que pretender indemnizaciones por know how no es sencillo, debido a que los peticionarios parecen confundir el good will con el know how y no concretan el verdadero daño que puede predicarse respecto del know how que consiste en su divulgación o utilización no autorizada.

de la empresa. Pero la habitualidad se mira desde el punto de vista de la empresa, no desde el punto de vista del cliente. (...)

La clientela es un valor económico y una noción jurídica. Pero no existe a la clientela, porque esta no es una cosa susceptible de dominación jurídica.”²⁸⁴

La definición anterior, aunque didáctica, parece ser incongruente con lo expuesto en la investigación a primera vista, pero con un poco más de cuidado se encuentra que es correspondiente a los llamados intangibles de mercado o no identificables, como elementos intangibles que aportan valor a las empresas.

En Colombia, la doctrina identifica el reconocimiento normativo de la clientela con el artículo 516 del C. de Co., numeral 6, que dispone dentro de los elementos del establecimiento de comercio “(...) *El derecho a impedir la desviación de la clientela y la protección a la fama comercial (...)*”.²⁸⁵ Sobre el tema señala López Guzmán que dicha norma evidencia que la clientela es considerada un *nuevo factor de producción*²⁸⁶ que en adición, constituye un elemento que da valor al establecimiento de comercio y se convierte en el elemento fundamental de cualquier actividad económica.²⁸⁷

Por su parte Madriñán cree que la mención del ordinal 6 del artículo 516 del Estatuto Mercantil no es ni acertada ni útil, en la opinión del doctrinante, la clientela no encuentra su protección jurídica en dicho apartado legal, la encuentra en las normas de competencia desleal y, el derecho a impedir la desviación de la clientela y proteger la fama comercial. Para él, no puede tomarse como un elemento del establecimiento de comercio, pues este es una agrupación de particular de derechos patrimoniales que hace el empresario. Agrega el autor que, tanto clientela, como good will, son *calidades* del establecimiento y, se mencionan en la norma por estar directamente ligados con el nombre o la enseña comercial, los cuales están cobijados por un derecho de propiedad.²⁸⁸

²⁸⁴ Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil, Tomo I*, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1987, p. 188.

²⁸⁵ Colombia, Código de Comercio, artículo 516, parcial.

²⁸⁶ López Guzmán, Ob. Cit., p. 296.

²⁸⁷ Ibídem, p. 296.

²⁸⁸ Madriñán De La Torre, Ob. Cit., pp. 166 – 167.

La clientela en la jurisprudencia de la CSJ ocupa un lugar particular, pues su discusión se da en el marco de la interminable controversia alrededor del artículo 1324 del C. de Co., que contiene las prestaciones a favor del agente al momento de la terminación de la relación de agenciamiento. Dichas prestaciones contenidas en los incisos primero y segundo del artículo referenciado, que corresponden a distintas hipótesis y, operan de diferente manera.

Sobre el inciso primero la Sala Civil expresó que es una prestación a la cual tiene derecho el agente por el evento de la terminación del contrato, ella corresponde, económicamente a un reconocimiento por su labor y esfuerzo, que se evidencian en la consecución y mantenimiento de la clientela durante la relación.²⁸⁹

Respecto del inciso segundo:

“En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización “equitativa” y “retributiva”.

Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra.”²⁹⁰

²⁸⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de julio de 2010, M.P., William Namén Vargas, exp. 11001-032-2001-00847-01.

²⁹⁰ Ibídem. En concordancia respecto del inciso segundo del artículo 1324 del C. de Co., puede verse también: Colombia, Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de junio de 2011, M.P., Edgardo Villamil Portilla, exp. 11001-3103-010-2000-00155-01.

La jurisprudencia Civil colombiana ha tomado posición con base en el artículo 1324 del Código de Comercio para determinar y reconocer una indemnización por clientela. Ahora bien, respecto de los contratos de distribución en general, reconocer una indemnización por clientela aplicando por analogía las normas del contrato de agencia a los demás contratos de distribución es la tendencia que ha adoptado la jurisprudencia española, inspirada en la incorporación de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 sobre los agentes comerciales y su regulación que, el legislador español incorpora en la Ley del contrato de agencia (Ley 12 de 1992) cuyo artículo 28 dispone la indemnización por clientela.²⁹¹

El Tribunal Supremo español en Sentencia de 15 de enero de 2008 recoge su jurisprudencia respecto de hacer extensible el derecho a una indemnización por clientela del agente a otros contratos de distribución, señalando que:²⁹²

- i) El productor que termina la relación de distribución obtiene un enriquecimiento *injusto* gracias al esfuerzo que realiza el distribuidor para obtener y consolidar la clientela, con todo lo que esto implica, lo cual le permite al productor un aprovechamiento del esfuerzo del distribuidor generándole un empobrecimiento al segundo, tomando en cuenta que este genera un *activo empresarial*;
- ii) La norma sobre la indemnización se aplica por analogía a los contratos de distribución y de concesión comercial debido a la similitud de estos con el contrato típico de agencia;

²⁹¹ España, Ley 12 de 27 de mayo de 1992, artículo 28. Indemnización por clientela 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. 3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

²⁹² España, Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia del 15 de enero de 2008, M.P., Francisco Marín Castán.

- iii) La terminación de los contratos de distribución produce un desequilibrio grave entre las partes, el cual proviene desde la ejecución de la relación contractual, lo cual da fundamento a la indemnización y;
- iv) La extensión de esta norma a otros contratos de distribución debe estudiarse en cada caso particular, no es una doctrina que aplica de inmediato a todos los contratos de distribución celebrados y terminados.

Cabe aclarar, no se pretende que se acepte la doctrina del Tribunal Supremo español, solo se plantea la existencia de una visión alternativa sobre la indemnización por clientela que contienen las normas de la agencia comercial y que pueden aportar a la elaboración de visiones contemporáneas sobre la clientela en particular y el Derecho de la distribución comercial en general.

D. Reflexión preliminar

Para cerrar el capítulo tercero se hace una breve reflexión preliminar. Como se vio el mercadeo analiza el canal de distribución como la forma en la cual se comercializan productos o servicios, una de ellas, la que compete a esta investigación, es la distribución a través de intermediarios que jurídicamente se materializa mediante los contratos para la distribución comercial.

Como se dijo, el mercadeo solo analiza el canal de distribución a través de los ojos del productor, brinda una visión de administración propia de los negocios. Sin embargo, a lo largo de este tercer capítulo se construye todo un marco teórico sobre los derechos patrimoniales que existen en las relaciones de distribución, haciendo énfasis en los que, para este criterio, son los principales, sin los cuales no puede realizarse de forma correcta la distribución comercial a través de intermediarios.

En este sentido fue traída la noción de un activo intangible de mercado o no identificable, como un elemento que le aporta valor a la empresa, sobre el particular se demostró que inmateriales producidos internamente tan usuales como la marca, el good will y el know how, no son reconocidos por las normas de contabilidad por las dificultades que esto representa, pero que por eso no deben ser ignorados y existen métodos para avaluarlos y delimitarlos. De allí se pasó al tratamiento de la clientela, un clásico activo intangible de

mercado, el cual ha tenido un tratamiento particular por el parte del Derecho colombiano y que ha sido objeto de indemnizaciones con base en las normas de la agencia mercantil. Con esto, es posible plantear que el Derecho en Colombia toma en cuenta el esfuerzo de los comerciantes por generar estos activos intangibles y, que reconoce además un activo como la clientela. Así las cosas, es pertinente al menos, tantear la posibilidad que se haga un reconocimiento del canal de distribución, haciendo alusión a su naturaleza de activo intangible, reconocimiento que versa sobre la persona que, en las relaciones de distribución que trata este trabajo, es quien pone en operación dicho canal, lo construye, posiciona marcas, utiliza y aporta good will a las mismas, con sus propios conocimientos y en ultimas acerca a los consumidores a los productos, es decir, el distribuidor, pues en los casos de distribución mediante intermediarios es él quien se arriesga en el mercado y pone su labor en pro de la construcción del canal en particular, fortaleciendo la red, agregando valor tanto a la misma, como a su propia empresa.

CAPÍTULO IV

LOS REMEDIOS JURÍDICOS DEL DISTRIBUIDOR

El recorrido de la investigación, hasta el momento, ha llevado a analizar la distribución comercial desde varias perspectivas: la primera, una visión general sobre la materia, que buscaba encontrar el concepto y su contenido tanto en el marketing como en el Derecho Privado colombiano, precisaba su ubicación normativa y, su régimen jurídico general; la segunda, que aproxima el tema respecto de las herramientas jurídicas disponibles para articular las relaciones de distribución comercial a través de intermediarios, mediante contratos mercantiles y; la tercera, enfocada hacia los diferentes derechos patrimoniales involucrados en la función económica de distribución.

Con lo anterior, es momento de afrontar el problema jurídico que propone este trabajo, para ello, los capítulos anteriores brindan el contenido teórico necesario para comprender la figura y, aportan las herramientas precisas para analizar el problema jurídico planteado al inicio, con el objeto de proponer una respuesta que satisfaga los objetivos de esta investigación.

Por lo tanto, en este cuarto capítulo se seguirá la siguiente estructura: en un primer punto, delimitar la situación de hecho que esta investigación adopta como hipótesis fáctica, para recordar el problema jurídico que se tiene entre manos (A), de allí, pasar a un análisis de la licitud de la situación planteada en el primer punto (B), para luego, hacer una aproximación a la responsabilidad civil en lo pertinente al contexto de la investigación (C), por último, la parte propositiva de esta tesis y presentar las conclusiones que surgen de ella (D).

A. Situación de hecho y problema jurídico

La hipótesis fáctica que fundamenta este trabajo consiste en el siguiente escenario: en una relación de distribución comercial indirecta, es decir, aquella que se realiza a través de intermediarios en el mercado, distribuidores, los cuales articulan dicha relación con los productores a través de alguno de los contratos de distribución, para con ello realizar la función económica de distribución y alcanzar a los consumidores, conquistando el mercado y posicionando marcas y productos. Ocurre que, tras el éxito de dicha estrategia, el productor de forma imprevista decide dar por terminada la relación jurídico-económica, con

ello desplaza al otrora distribuidor, pues es el productor quien tiene un dominio sobre los productos y las marcas que los identifican.

Con esto el productor toma provecho del esfuerzo realizado por su anterior distribuidor y asume el costo relativo de entrar al mercado, que el segundo ha conquistado previamente, donde ya sus productos se encuentran posicionados, ahorrándose costos como el esfuerzo y el riesgo que significa entrar en un mercado nuevo.

Así, el problema jurídico inherente es determinar:

¿Cuáles son las herramientas jurídicas o *remedios*²⁹³ que el Derecho Privado colombiano ofrece al distribuidor, ante la situación planteada?

En ese entendido, es pertinente señalar que al planteamiento descrito se le pueden agregar diversas notas, que tienen la capacidad de llevar el desarrollo de la pregunta por distintos cauces, por ejemplo, si es un contrato internacional, si existe o no diferencia entre la distribución de productos y la de servicios o, si la responsabilidad se encuentra o no regulada en el contrato mismo. Sin embargo, estos elementos por más que le agreguen interés al debate formulado, no hacen parte de este trabajo, pues este se concentra en las respuestas del derecho nacional, dejando de lado problemas como la Ley aplicable a los contratos internacionales,²⁹⁴ ya que considera, que la distribución corresponde a una separación geográfica principalmente y que esta, en abstracto, puede darse dentro del mismo país o ser un tema transfronterizo.

²⁹³ El AED utiliza la expresión remedio para referirse a la forma en la que se repara el daño causado respecto de una *promesa legalmente exigible*, bajo la premisa que existen remedios más o menos eficientes dependiendo del daño causado y de la promesa o el contrato que se incumpla. Véase en: Posner, Ob. Cit., pp. 116 – 124 y, Cooter y Ullen, Ob. Cit., pp. 235 – 237.

²⁹⁴ La Ley aplicable a los contratos internacionales es el problema clásico y fundamental del Derecho Internacional Privado, siendo este su eje de estudio principal. Al respecto, el tema es sumamente amplio, sin embargo, existen diversas formas generales para dar solución y determinar la Ley aplicable, los países de tradición romano-germánica acuden a la *regla de conflicto*, una solución legislativa que dice al juez cual Derecho sustancial debe aplicar en caso de conflicto, en los países de esquema anglosajón se emplea la teoría de la *proper law* donde el juez determina a partir de los hechos y elementos de cada caso la mejor Ley. Ambas posiciones reciben alabanzas y críticas, en Derecho Internacional Privado también se estudian los alcances de la autonomía de la voluntad, cuando las partes escogen Ley y, la aplicación de la *lex mercatoria*, en situaciones como las de un arbitraje internacional. Véase en: Aljure Salame, Antonio, *La Ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Terner Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009, pp. 351 – 368.

B. ¿Es lícita la conducta del productor?

Este es un punto clave para el desarrollo del problema planteado, si se identifica la conducta descrita en el anterior aparte como ilícita, la consecuencia lógica es que existe una norma en el ordenamiento nacional que la describe y le asigna una consecuencia jurídica, fundamentada, a lo mejor, en la existencia de un *bien jurídico*²⁹⁵ tutelado o considerado por el Estado digno de una protección correspondiente al daño que se reporta cuando este es vulnerado. A pesar de lo anterior, de antemano se advierte que en estricto sentido no existe como tal dicha norma, al menos no en el escenario del Derecho Penal, es decir, la conducta que se ha representado no constituye un delito.

Esto no implica que no pueda ser considerada ilícita en otros escenarios, para ello, la misma será abordada desde dos perspectivas. La primera de ellas, desde el punto de vista constitucional, confrontándola con el ordenamiento interno superior y, la segunda, desde la óptica del Derecho de la Competencia, con el objeto de identificar si esta es incongruente o contraria a las normas dispuestas para la materia.

1. Bajo el espectro del Derecho Constitucional

La conducta que se ha tratado parece la simple terminación de un contrato por parte de un empresario, con el objeto de ejercer por sí mismo una actividad económica lícita, la cual hasta el momento era llevada a cabo por un tercero conocido como distribuidor. El análisis que se plantea en este punto es el del actuar del productor enfrentado a la norma constitucional sobre libertad económica y de empresa. En la Constitución Política de Colombia de 1991 (C.P.) dispone el artículo 333 lo siguiente:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

²⁹⁵ “En términos generales, cuando se habla del bien jurídico se hace referencia a determinados valores sociales que, según opinión del legislador, merecen especial protección, como sucede con la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico social, etc. (...)” Vease en: Velásquez, Fernando, *Derecho Penal, Parte general*, Cuarta Edición, Editorial Comlibros, Medellín – Colombia, 2009, p. 109.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La lectura de la norma hace resaltar varios aspectos importantes: i) la libertad económica, la iniciativa privada y la libertad de empresa, son un derecho, ii) en Colombia respecto del derecho de libertad de empresa se consagra la libre competencia, iii) es al legislador quien corresponde regular y desarrollar este derecho y, iv) la empresa está sujeta a una función social.

La enunciación que se acaba de hacer sobre la norma encuentra un desarrollo concreto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En primer lugar la Corte comprende que la libertad de empresa es un derecho, sin embargo, no de carácter fundamental.²⁹⁶ Entiende la libertad de empresa y libertad económica, como una libertad o derecho de carácter económico, directamente ligado a la dirección que ostenta el Estado de la economía.²⁹⁷ Ello se conjuga con la garantía de los particulares de ingresar en el mercado y competir, anotando que, puede considerarse, eventualmente, el contenido *iusfundamental* del derecho

²⁹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 123 de 1 de marzo de 2011, M.P., Jorge Iván Palacio Palacio, exp. D-8191. Sobre el carácter de la libertad de empresa como derecho fundamental, la Corte sostuvo en principio que si era un derecho de dicho rango en: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 425 de 24 de junio de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón, exp. T-736. Esta tesis no fue reiterada por la Corte en su posterior jurisprudencia.

²⁹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 265 de 2 de junio de 1994, M.P., Alejandro Martínez Caballero, exp. D-464.

cuando su violación esta conexas a la transgresión de uno fundamental (como ejemplo el trabajo o la igualdad).²⁹⁸

Para continuar, es un derecho que consagra la libre competencia, los particulares, gozan de la libertad de ingresar al mercado, participar y competir, en los términos que dispone la Ley. Esto, directamente ligado con el tercer punto, el cual señala que es el legislador quien puede emitir regulación que afecte la libertad de empresa, por ejemplo, en el ejercicio del poder de policía, donde puede exigir permisos o emitir restricciones respecto del uso del suelo y, que dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas.²⁹⁹ Al respecto la Corte dijo:

*“(…) no existe una barrera inquebrantable a la intervención del Estado, ya que el mismo texto de la Carta admite límites a estas libertades en atención al bien común y al interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, en los términos que señale la ley. En el caso de la libertad de empresa, la norma superior reconoce que ella tiene una función social que implica obligaciones, y para el caso de la libre competencia económica, indica que es un derecho constitucional que supone responsabilidades. En consecuencia, teniendo en cuenta objetivos de orden público, desarrollo urbano, comercial y de planeación, etc., puede el legislador válidamente exigir a los particulares licencias de funcionamiento, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, etc., para el ejercicio de las iniciativas económicas descritas.”*³⁰⁰

Por último, se dijo que la libertad de empresa, económica y de iniciativa privada está sujeta a una función social, postulado aquel que no es exótico en el cuerpo normativo de la Constitución del 91, como se señaló en su momento la propiedad, según la Carta Política,

²⁹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 375 de 14 de agosto de 1997, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-130126. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU – 157 de 10 de marzo de 1999, M.P., Alejandro Martínez Caballero, exp. T-153.327 y T-152.413. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 073 de 7 de febrero de 2002, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, exp. T-508946. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 1118 de 9 de diciembre de 2002, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, exp. T-527962.

²⁹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 425 de 24 de junio de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón, exp. T-736.

³⁰⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 1008 de 15 de octubre de 2008, M.P., Mauricio González Cuervo, exp. D-7247.

tiene una función social y ecológica (C.P. artículo 58), así, la libertad de empresa contiene un enunciado similar. Sobre el particular, la C. Const., señala que:

*“La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social.”*³⁰¹

En ese sentido, la empresa como función social es fuente de empleo, de tributación y en general de bienestar para la sociedad, es una actividad económica organizada que aporta beneficios y oportunidades.

De lo anterior, es de este criterio considerar que, el artículo 333 de la C.P., y la jurisprudencia constitucional, no disponen que la hipótesis fáctica tratada en este capítulo sea contraria a la Constitución. La actividad económica en Colombia es libre en términos generales y, el hecho que se termine una relación contractual, con el fin de realizar distribución directa por parte de un productor, no puede considerarse como una violación a un derecho de rango constitucional. Nada en la norma superior o, en la doctrina elaborada por la Corte, da para considerar que en Colombia la terminación de un contrato y el cambio de una estrategia comercial sean violatorios de los derechos y garantías de rango constitucional. Por consiguiente, no se considera que una acción constitucional sea eficaz como remedio para el distribuidor en la situación descrita, ni que la conducta pueda considerarse violatoria de la Constitución.

2. Desde la disciplina de la competencia

La Economía y el Derecho tienen un inevitable destino a cruzarse, la primera como una ciencia que estudia la forma en la que las distintas sociedades asignan los recursos, estos son habitualmente escasos y, como los individuos utilizan dichos recursos para producir bienes que buscan satisfacer necesidades,³⁰² y el Derecho que interviene como la regulación social sobre los distintos fenómenos.

³⁰¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 375 de 14 de agosto de 1997, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-130126.

³⁰² Velandia, Mauricio, *Derecho de la competencia y del consumo*, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2008, p. 22.

En el cruce inherente de materias, surge en particular el debate que enfrenta el afán de liberar los mercados, soltarles las riendas³⁰³ si se quiere, clásico en la Economía y, la necesidad de control y regulación que el Estado implementa con intereses proteccionistas.³⁰⁴ En el medio, aparece el Derecho de la Competencia como disciplina, con el objeto de tutelar el bien jurídico identificado como el mercado.³⁰⁵ Para lograrlo, pretende mantener la competencia, una pluralidad de oferentes que ofrecen en el mercado productos, servicios y marcas que compiten entre ellos, dando a los consumidores o demandantes, la posibilidad de escoger entre distintas opciones de calidad, precio, servicio al cliente, etc.³⁰⁶ La Competencia, consagrada en la C.P., como un derecho colectivo³⁰⁷ (C.P. artículo 88) que entra a formar parte de la legislación nacional con la Ley 155 de 1959,³⁰⁸ a pesar que previo a la Constitución del 91, los tribunales y particularmente la CSJ no eran dados a fallar asuntos de competencia, probablemente debido a que la constitución imperante en el momento no consagraba la libre competencia dentro de sus postulados.³⁰⁹ Sin embargo, el cambio constitucional, el avance legislativo y el fortalecimiento de las entidades públicas, llevó a que hoy día, se tenga un régimen de competencia que fusiona el Derecho

³⁰³ Sobre liberar los mercados o encausarlos es interesante referirse las posturas disimiles de dos de los famosos economistas del siglo XX John Maynard Keynes y Friedrich August von Hayek cuyas teorías proponen diferentes enfoques sobre la necesidad y utilidad Estatal de control y regulación de los mercados, al respecto se propone un acercamiento amigable a la materia en: EconStories, *"Fear the Boom and Bust" a Hayek vs. Keynes Rap Anthem*, en: <http://www.youtube.com/watch?v=d0nERTFo-Sk> y EconStories, *Fight of the Century: Keynes vs. Hayek Round Two*, en: <http://www.youtube.com/watch?v=GTQnarzmTOc>.

³⁰⁴ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs., los beneficios de la competencia*, en: *Revista de derecho de la competencia*, Volumen 2, No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, enero – diciembre 2006, pp. 273 – 276.

³⁰⁵ Velandia, Ob. Cit., pp. 51 – 53.

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 23 – 29.

³⁰⁷ Rubio Escobar, Jairo, *El derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio*, Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá – Colombia, junio 10 de 2004.

³⁰⁸ Colombia, Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

³⁰⁹ Cortázar Mora, Javier, *Colombian constitutional jurisprudence in competition: advance with an unmatched couple*, en: *Revista de derecho de la competencia*, Volumen 2, No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, enero – diciembre 2006, p. 81.

Administrativo sancionador con la responsabilidad civil,³¹⁰ en un sistema identificado por dos grandes ramas: *competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas*.³¹¹

A primera vista, la principal discusión en temas de competencia en lo relativo a la distribución comercial, se encuentra referida a los contratos para la distribución en general, y alude a la posibilidad que estos concurren en prácticas restrictivas de la competencia, esto debido a que, el Decreto 2153 de 1992, considera que los acuerdos sobre fijación de precios y respecto de territorios pueden ser restrictivos:

Artículo 47. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

*3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.*³¹²

Como se vio con anterioridad, es usual que estos contratos tengan pactos respecto de territorio y de control de precios. Sin embargo, la norma solo dispone que son restrictivos cuando *tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado*. En ese sentido, son prácticas restrictivas si de alguna forma esos acuerdos funcionan para excluir competidores o como medio de control de la competencia por parte de los carteles, si no lo tienen, no son consideradas como tal.³¹³

³¹⁰ Velandia, Ob. Cit., pp. 51 – 65.

³¹¹ Ibídem, p. 48.

³¹² Colombia, Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, artículo 47 parcial, no derogado por el artículo 19 del Decreto 3523 de 15 de septiembre de 2009. El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 contiene una restricción similar, que considera desleal en los contratos de suministro pactar la exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan efectos nocivos en la competencia, la norma dice lo siguiente: Artículo 19. Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.

³¹³ Jaeckel Kovács, Jorge, *Algunas ideas acerca de los sistemas de distribución y la forma como afectan la competencia en el mercado*, en: *El TLC y el derecho de la distribución comercial*, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2006, pp. 205 – 213.

En los contratos para la distribución, la fijación de precios se utiliza como precio máximo, de forma tal, que el distribuidor tenga un margen para competir sin aprovecharse del consumidor y, manteniendo los estándares que el productor desea preservar respecto de su marca, incluso dando lugar a la competencia entre distribuidores de la misma marca.³¹⁴

Sobre los acuerdos de exclusividad de territorios Jaeckel dice lo siguiente:

*“En general, se considera que los acuerdos de exclusividad favorecen la competencia, pues fomentan que esta se presente entre marcas. Si a lo anterior se agrega que normalmente cuando este tipo de acuerdos se presentan el distribuidor por lo general incurre en costos para fomentar únicamente la venta de los productos del fabricante o para promover la marca que vende o para introducirla en un mercado nuevo, la única racionalidad empresarial que tiene para acceder a distribuir el producto se encuentra en la protección que le brinda la exclusividad frente a la competencia que le puede presentar otros distribuidores de la misma marca, quienes sin incurrir en tales inversiones, aprovecharían a menos costos el trabajo que el distribuidor inicial habría realizado. Dado que sin esta protección posiblemente ningún distribuidor accedería a competir en mercados nuevos, la exclusividad territorial favorece la competencia, e ir por principio en contra de ella afectaría sustancialmente las alternativas de elección de los compradores.”*³¹⁵

Con lo anterior, se vio como el Derecho de la Competencia parece no encargarse de forma directa de la hipótesis que plantea este texto. Pero, respecto del régimen de competencia desleal existen dos casos fallados por la SIC, en uso de facultades jurisdiccionales, que se asemejan a los hechos que se estudian en esta investigación y son referentes sobre la posible postura de la Superintendencia al momento de enfrentar un caso análogo al descrito. La competencia desleal es compleja de definir, pues en el estado actual de la materia, pueden considerarse como desleales más actos que los que las normas antiguas comprendían como tales. En la actualidad, se presenta una concepción más amplia de la materia, pues los actos desleales, van más allá del criterio de interés de los comerciantes, hoy día,

³¹⁴ Ibídem, pp. 213 – 216.

³¹⁵ Ídem, p. 217.

representan también el interés de los consumidores e intereses sociales del Estado.³¹⁶ Por tanto, un acto puede calificarse como desleal cuando:

*“(…) sea contrario a la probidad comercial (sanas costumbres mercantiles, buena fe comercial y usos honestos industriales y comerciales), o cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del consumidor, o en general cuando afecte el normal funcionamiento concurrencial del mercado.”*³¹⁷

Entonces, existe una concepción amplia de competencia desleal que abarca más que el llano desprestigio comercial, protegiendo intereses de los consumidores, las empresas en su funcionamiento interno y, resguardando al mercado en contra de actos que evidencian aprovechamiento injustificado por parte de terceros. De tal manera, se extiende el régimen a sectores que no eran considerados tradicionalmente como parte de la actividad mercantil, tales como, la agricultura y las profesiones liberales (Ley 256 de 1996, artículo 3).³¹⁸ Se construye entonces, un régimen que aporta diversas acciones en contra de la competencia desleal³¹⁹ y, es del interés particular de esta investigación la *acción declarativa y de condena*, aquella que:

“(…) está dirigida a que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. Con esta acción se reprimen las actuaciones contrarias a las buenas prácticas de la competencia, una vez estos actos se presenten.

Es decir, a través de la misma se busca reprimir, de forma a posteriori, la comisión de la conducta desleal, por medio de las siguientes pretensiones: la declaración de

³¹⁶ Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo, *Derecho de la competencia*, Primera Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 1998, pp. 263 – 264.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 264.

³¹⁸ *Ídem*, p. 265.

³¹⁹ El régimen de competencia desleal provee al mercado de dos acciones: la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición. En el desarrollo del proyecto de Ley de competencia desleal existió inspiración en las normas europeas del momento donde se contemplan seis acciones distintas, sin embargo, el legislador colombiano agrupó en la normativa únicamente dos. Sobre la acción preventiva el peticionario solicita se prohíba un acto que se va a realizar y que va a tener un efecto nocivo en el mercado o se detenga un acto que aun no sea perfeccionado evitando el perjuicio, que a ojos de la doctrina resulta más beneficiosa y eficiente, pues la prevención permite que no se configure una afectación en la competencia y es una acción rápida en términos de tiempo. Véase en: *Ídem*, pp. 291 – 293.

la deslealtad del acto, la remoción de los efectos producidos por el mismo y la indemnización de los perjuicios causados.”³²⁰

Con esto en mente, se abordará el primero de los casos, *Auto Orión S.A., contra Daewoo Motors Colombia S.A., en liquidación*. El demandante, Auto Orión, instaura acción declarativa por ruptura intempestiva del contrato de concesión entre las partes, en el cual, el accionante era distribuidor de servicios de post venta, que incluían mantenimiento y garantías en una zona determinada del país y también, por apropiación ilegal del mercado de distribuidores.

Los hechos relatan que la principal de Daewoo en Corea del Sur vende gran parte de sus activos a General Motors. Se esta forma obtiene el control de la compañía, e inicia una reestructuración, en ese proceso, General Motors Colmotores S.A., en Colombia adquiere los servicios de post venta de los vehículos marca Daewoo en el país. Como consecuencia el contrato que tenía con su concesionario, Auto Orión, es terminado unilateralmente y la distribución de servicios pasa a General Motors en Colombia y sus concesionarios, evento que fue comunicado a los consumidores.

El accionante considera, entonces, que se incurrió en conductas desleales, menciona que el contrato fue terminado de forma imprevista y sorpresiva. Agrega, que adquirió un importante número de mercancías (repuestos y auto partes) para continuar prestando el servicio y la relación contractual fue terminada. A su modo de ver, esos actos tuvieron el efecto de desorganización (artículo 9, Ley 256 de 1996) y también, fueron de desviación de la clientela pues con ello la demandada adquiere la clientela que el otrora concesionario conquisto con los años.

Al respecto la SIC no puede analizar de fondo la primera pretensión relativa a la ruptura contractual, pues esta fue formulada de forma extemporánea, y fue desestimada por el fenómeno de la prescripción. En la segunda pretensión, relativa a la desviación de la clientela, la Superintendencia encontró que en este caso no hubo tal acto desleal, ya que, parte de la reestructuración que recibió Daewoo en el mundo, fue designar a una compañía británica especializada la reestructuración de los negocios relativos a la marca en otros

³²⁰ Ídem, p. 291.

países donde GM no lo hiciera directamente. En Colombia ocurrió eso, y la compañía mencionada designo a GM Colmotores y sus concesionarios para prestar los servicios referenciados, situación que fue debidamente informada en el mercado colombiano y a la SIC. Con ello, se determina que para la existencia del acto desleal, debe verificarse un actuar irregular por parte del demandado que ocasione la desviación de la clientela, esto no se verifico, pues Colmotores solo acepto la designación que recibió en el proceso de reestructuración de Daewoo.³²¹

El caso anterior, parecía a primera vista, cumplir con lo previsto en los hechos que plantea la investigación, sin embargo, debido al fenómeno de la prescripción no pudo la SIC realizar un análisis más completo sobre el tema. Sin embargo, plantea la posibilidad que la hipótesis que se propuesta pueda enmarcarse en los actos desleales de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 256, los cuales son: actuar en contra de la *buena fe comercial*, la desviación de la clientela y, los actos tendientes a la desorganización interna de la empresa.

El siguiente caso, *Conservas y Vinos S. en C.*, contra *Congrupo S.A.*, *Viña Concha y Toro S.A.*, y *José Canepa y Compañía Limitada*, tiene hechos similares y permite un estudio más profundo de las conductas por parte de la SIC. La demandante, Conservas y Vinos considera ser víctima de varios de los actos contemplados como desleales por la Ley, todo en torno a la terminación unilateral imprevista de un contrato de distribución que tenia con José Canepa y Compañía Limitada, la cual fue adquirida por Concha y Toro e, inmediato a la ruptura, la distribución fue concedida a Congrupo.

Los hechos, en este caso son un poco más interesantes, Conservas y Vinos era el único distribuidor en Colombia de los vinos Canepa, en virtud de un contrato de distribución. Su relación era particular, porque con el paso de los años se volvió usual que Conservas y Vinos acumulaba facturas sin pagar de envíos realizados por Canepa y los iba pagando cuando vendía las mercancías. También, cruzaban cuentas para aplicar un descuento en las facturas por algunos gastos relativos a la publicidad que Canepa acordó pagar en el contrato.

³²¹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 008 de 2 de junio de 2010.

Concha y Toro adquirió José Canepa y compañía Limitada y, anunció que no habría cambios en la red de distribución mundial de los productos Canepa. A pesar de eso, en el último año de duración del vínculo contractual, Concha y Toro atrasó los envíos a Consevas y Vinos, cuando por fin llegaron los productos con varios meses de retardo la demandante ya no contaba con la confianza de los minoristas a quienes vendía los productos. Concha y Toro emitió factura por dichas mercancías y antes del vencimiento de la misma, terminó unilateralmente el contrato y acusó al distribuidor de incurrir en mora en el pago, luego otorgo la distribución exclusiva en Colombia de los vinos Canepa a Congruppo S.A.

La SIC en su sentencia, analiza principalmente la ruptura imprevista del contrato y la desviación de la clientela. Sobre el primer punto Concha y Toro denuncia que Conservas y Vinos no cumplía con las expectativas respecto de la distribución y que constantemente incumplía el pago de las mercancías. Al respecto, la SIC encontró que no se verificaba tal incumplimiento, pues en virtud de la *teoría de los actos propios* la relación contractual entre las partes se había modificado por su actuar en el paso de los años, cuando se permitía el pago posterior de facturas vencidas sin que existiera mora. En cambio, el retraso en los envíos y la terminación unilateral del contrato antes del vencimiento de la última factura, fueron considerados como actos cuyo objeto y efecto eran la desorganización interna de la empresa, que prácticamente, quedo en bancarrota pues se dedicaba exclusivamente a la distribución de los vinos Canepa. De esto se derivó una condena por daños y perjuicios de más de 400 millones de pesos.

Sobre la desviación de la clientela hacia Congruppo, excluyendo a Conservas y Vinos del mercado, la situación fue diferente. Congruppo logró demostrar que la demandante no había hecho un buen trabajo respecto del posicionamiento de los productos en el mercado, según los minoristas, no reportaban las ventas esperadas y, no gozaban del reconocimiento por parte de los consumidores debido a la pobre labor de Conservas y Vinos respecto de las

actividades de promoción de los mismos y, no podía inculcársele a Congruppo un actuar irregular tendiente al descrito y la desviación de la clientela.³²²

Con todo, se vio que es posible encuadrar la hipótesis fáctica dentro de la acción declarativa y de condena en el escenario de la competencia desleal. A pesar de ello, no es de este criterio considerar que esta sea la vía jurídica más útil y eficiente como remedio para el distribuidor. Esto debido a que en primer lugar, los términos de prescripción son cortos (2 y 3 años respectivamente para las prescripciones ordinaria y extraordinaria) y, en segundo lugar, agrega la dificultad de estructurar los hechos y las pruebas dentro del marco de los actos desleales, lo cual complica la labor y restringe las probabilidades de éxito en la obtención de una condena. Por último, anotar que la hipótesis fáctica puede eventualmente considerarse ilícita a la luz de la disciplina de la competencia, siempre y cuando, tenga los efectos nocivos de los actos de competencia desleal, esto, es difícil de probar y verificar, permitiendo a la contraparte un mayor rango de posibilidades en la elaboración de su defensa.

C. La responsabilidad civil

1. Aproximación a la responsabilidad civil

El termino responsabilidad, quizá una de las expresiones fundamentales en el estudio del Derecho,³²³ es una palabra compleja, que puede bien tener diferentes acepciones.³²⁴ Para, este trabajo en particular, se parte de aquella que emplea el termino responsabilidad en cuanto designa al agente que causa un daño o incumple una promesa como responsable, acreedor de una pena, una sanción o un reproche moral, un responsable cuyo hecho causa un daño y, que tiene el entendimiento para dirigir su acciones, esto es, con capacidad.³²⁵

³²² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 2764 de 31 de mayo de 2012.

³²³ Es Kelsen quien califica la palabra responsabilidad como una de las *expresiones jurídicas fundamentales*. Véase en: Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2005, p. 187.

³²⁴ Los diferentes sentidos de la palabra responsabilidad son, al menos, cuatro: 1. Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, 2. Responsabilidad en el sentido de factor causal, 3. Responsabilidad como capacidad y como estado mental y, 4. Responsable como punible o moralmente reprochable. Véase en: *Ibíd.*, pp. 184 – 186.

³²⁵ *Ídem*, pp. 186 – 187.

Ahora, a esta investigación le interesa la expresión *responsabilidad civil*, siguiendo a le Tourneau:

*“La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima (...)”*³²⁶

A partir de este concepto general, se sigue a Tamayo que precisa la responsabilidad civil, como la fuente de la obligación de indemnizar, es decir, de reparar el daño. Encuentra sus raíces en el hecho ilícito, el cual puede condensarse en la acción u omisión de una persona en contravía del orden jurídico, esto puede ir desde el incumplimiento de una obligación, hasta la violación al *deber general de prudencia*.³²⁷

La responsabilidad civil, en general, está fundada en *la culpa*,³²⁸ la cual hace referencia a la falta o la negligencia del agente que causa el daño, sea esto con o sin dolo, es decir, la culpa referencia ese cualidad o característica del comportamiento que causa un daño, así no exista como tal la intención positiva de generarlo (dolo).³²⁹ El régimen general de responsabilidad civil, está construido con base en ella, un régimen *subjetivo*, en oposición a regímenes especiales conocidos como *responsabilidad objetiva*.³³⁰

Por consiguiente, se puede señalar de la exposición anterior que, en Colombia, existe un régimen general de responsabilidad civil subjetivo (C.C. artículo 2341), el cual puede dividirse en dos grandes grupos:

- i) **Responsabilidad civil contractual:** es aquella que se deriva de los daños causados por la inejecución de un contrato. La responsabilidad contractual requiere: a) la

³²⁶ Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Primera Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2004, p. 21.

³²⁷ Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil, Tomo I*, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 4 – 8.

³²⁸ Le Tourneau, Ob. Cit. pp. 27 – 28.

³²⁹ Tamayo, Ob. Cit., *Tomo I*, pp. 191 – 193.

³³⁰ La utilización de la expresión responsabilidad objetiva no es favorecida por parte de las altas cortes en Colombia, sin embargo, para fallar casos donde se busca proteger a la víctima de un daño, a la cual la probar la culpa del agente le resulta en extremo complicado, sino imposible, se ha empleado la estrategia de calificar los regímenes de responsabilidad como con presunción de culpa. Véase en: Mantilla Espinosa, Fabricio, *El principio general de responsabilidad por culpa en el derecho colombiano*, en: *Revista Opinión Jurídica*, Volumen 6, No. 11, Universidad de Medellín, Medellín – Colombia, 2007, pp. 131 – 137.

existencia de un contrato valido entre las partes, es decir, un contrato existente que no haya sido declarado nulo, b) un daño derivado o proveniente de la inejecución, el incumplimiento, de ese contrato, esto referencia la relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación, o su cumplimiento defectuoso y el daño percibido por la víctima y, c) que el daño sea causado por el deudor al acreedor contractual, esto se refiere al deudor de la prestación u obligación contractual concreta que se incumple.³³¹

- ii) **Responsabilidad civil extracontractual:** conocida también como *aquiliana*³³² o *abstracta*, porque, a diferencia de la contractual, abarca los supuestos no contenidos por la anterior, esto en comparación es bastante. La responsabilidad extracontractual, es aquella *ajena al acto jurídico*, es propia del *hecho jurídico* y busca reparar, indemnizar, los daños a una persona o a la propiedad de otro, como consecuencia de una conducta imputable al agente.³³³ La responsabilidad extracontractual se compone por: a) la imputabilidad, es decir, la atribución que se le hace a una persona de la responsabilidad por culpa, dolo o riesgo,³³⁴ b) el daño, como detrimento patrimonial o incluso el sufrimiento, el dolor, la angustia como daños extrapatrimoniales o morales³³⁵ y, c) la relación o nexo de causalidad entre la imputabilidad y el daño.³³⁶

1.1. Elementos de la responsabilidad civil

Con lo anterior, la responsabilidad civil, en términos generales, requiere de tres elementos: el hecho generador, el daño y, el nexo causal entre ambos. Señala Tamayo que los hermanos Mazeaud enunciaron los elementos como culpa, daño y nexo causal para que se configure la responsabilidad civil, agrega que, si se quisieran presentar los elementos comunes a la responsabilidad civil en su totalidad, se deben atender también las hipótesis

³³¹ Tamayo, Ob. Cit., pp. 68 – 124.

³³² Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984, p. 94. Aquiliana proviene de *Lex Aquilia*.

³³³ Cubides, Ob. Cit., p. 289.

³³⁴ Ibídem, p. 290.

³³⁵ Ídem, p. 298

³³⁶ Ídem, p. 298.

objetivas que existen en el ordenamiento, desechando la culpa, pues no es un *elemento esencial a toda responsabilidad*.³³⁷ Ahora bien, como se realiza una aproximación al régimen general de la responsabilidad civil, se seguirá con la concepción clásica tripartita.

a) Hecho

Es el comportamiento del responsable, mediato o inmediato, activo u omisivo, que causa el daño.³³⁸ Así las cosas, se puede concretar como el “(...) *acto humano que no pretende crear efectos jurídicos, pero de hecho los crea porque se produce un daño en forma ilícita*”.³³⁹

b) Daño

En términos jurídicos el daño corresponde a “*la lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial –v.g.r. quebranto de un derecho real o personal- o extrapatrimonial –v.g.r. menoscabo de un derecho personalísimo-*”.³⁴⁰ Sobre los daños patrimoniales, aquellos que interesan a esta investigación, la CSJ desde antaño ha señalado que deben ser *directos*, es decir, resultantes de una acción y *ciertos*, implicando que sean reales, que existan, y sean plenamente demostrados, la víctima debe poder probarlos de forma idónea.³⁴¹ De cierta forma, el daño lo es todo para la responsabilidad civil, al respecto explica Barros Bourie:

“Metafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño. A diferencia de lo que ocurre en materia penal e infraccional, para el derecho civil sólo son relevantes las conductas culpables si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. En sede civil, la sola negligencia no es fuente de responsabilidad. Así, si un automovilista conduce por una autopista en contra del sentido del tránsito, no incurre en responsabilidad civil mientras no cause daño. El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima.

³³⁷ Tamayo, Tomo I, p. 188.

³³⁸ Ibídem, pp. 188 – 190. Sobre el comportamiento omisivo señala el autor que, por ejemplo, en términos de responsabilidad contractual, es la simple inexecución del contrato, es decir, no cumplir con las obligaciones contraídas.

³³⁹ Ídem, p. 189.

³⁴⁰ Ternera Barrios, Luis Fernando y Ternera Barrios, Francisco, *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*, en: *Revista Opinión Jurídica*, Volumen 7, No. 13, Universidad de Medellín, Medellín – Colombia, 2008, p. 101.

³⁴¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 27 de septiembre de 1946 y, Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 29 de agosto de 1960.

Su ámbito es precisamente el de la justicia correctiva, que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño.”³⁴²

El daño es una materia que ha recibido un tratamiento extenso, particularmente tratándose de la responsabilidad del Estado, sin embargo, en términos generales al referirse a los daños patrimoniales, estos se clasifican en dos: *daño emergente* y *lucro cesante* (C.C. artículos 1613 y 1614). En una mano, se estima que el daño emergente es “(...) *el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio (...)*”³⁴³ esto implica el detrimento patrimonial que efectivamente ocurrió u ocurrirá a futuro.³⁴⁴ En la otra mano, el lucro cesante se presenta cuando “(...) *un bien económico que debía ingresar el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresara en el patrimonio de la víctima*”,³⁴⁵ es decir, se impide un efecto patrimonial favorable, un ingreso al patrimonio que debería ocurrir.³⁴⁶

c) Nexo causal

Se refiere a la *relación de causalidad* entre el daño que se busca sea reparado, y el hecho o la conducta que lo genera.³⁴⁷ En una relación directa, que implica que al agente generador del daño le sea imputable este jurídicamente, debido a que existen supuestos en los que quien genera el daño físicamente no es posible imputárselo jurídicamente, generalmente porque media una *causa extraña* entre el hecho y el daño.³⁴⁸ Ahora bien, un daño puede ser jurídicamente designado a una persona, sin que lo sea físicamente, ya sea porque su omisión fue la que causó el daño, como en el incumplimiento de los contratos³⁴⁹ o, porque esté llamado a responder sin haber realizado la conducta, casos en los que se responde por

³⁴² Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 2010, p. 215.

³⁴³ Ramos Pazos, René, *Manual de las obligaciones*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 1999, p. 286.

³⁴⁴ Tamayo, Ob. Cit., *Tomo II*, p. 474.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 474.

³⁴⁶ Barros, Ob. Cit., p. 257.

³⁴⁷ Melich Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas – Venezuela, 1993, p. 430.

³⁴⁸ Tamayo, *Tomo I*, pp. 248 – 249.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 249 – 251.

el hecho de un tercero.³⁵⁰ La relación de causalidad en el régimen subjetivo de responsabilidad da cuenta de la culpa del agente pues demuestra como su actuar causa el daño, ilícito que le es imputable en su conducta.³⁵¹

1.2. ¿Por qué la responsabilidad?

Es necesario responder esta pregunta para continuar con el planteamiento de la investigación. Como se vio, el Derecho Constitucional no ofrece una tutela efectiva de los intereses del distribuidor, lo cual es apenas lógico pues de la jurisprudencia referenciada en la materia, se desprende que en Colombia no es incompatible con la C.P., hacer negocios, hacer empresa, pues es una libertad, sometida a límites que, no impiden a un productor distribuir directamente sus mercancías tras haber terminado una relación con su antiguo distribuidor. El Derecho de la Competencia, ofrece posibilidades, sometidas al régimen de competencia desleal. Esto adiciona la dificultad de la necesidad de calificar jurídicamente las conductas en supuestos precisos.

La responsabilidad civil, en cambio, ofrece a falta de un régimen especial, uno general de responsabilidad por culpa o subjetivo, donde al generarse un daño contractual o extracontractual, la hipótesis puede debatirse con el objeto de obtener la reparación patrimonial correspondiente.

Existe otro motivo para considerar la responsabilidad civil, bajo la perspectiva del AED, las acciones de responsabilidad contractual instan a las partes a actuar de forma eficiente, en el sentido que asignan un costo al contratante que *no cumple su promesa*, incentivando no solo la elaboración de contratos más eficientes, sino también, a que las partes cumplan tomando en cuenta el costo que se les puede asignar.³⁵² En adición, las reglas de responsabilidad buscan, en abstracto, reasignar los costos que son soportados por quien no

³⁵⁰ Ídem, p. 666.

³⁵¹ Ídem, pp. 250 -251.

³⁵² Kornhauser, Lewis A., *Derecho de los contratos*, en: *Elementos de análisis económico del derecho*, Coordinador: Spector, Horacio, Editorial Rubiznal Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2004, pp. 109 – 161.

debe de manera eficiente, en ellas, el juez puede superar los costos de transacción inherentes a, por ejemplo, la asignación de esos costos en situaciones de negociación.³⁵³

2. Soluciones de la responsabilidad civil

Con el recorrido de la investigación, se tienen las herramientas suficientes para afrontar la hipótesis fáctica con los postulados de la responsabilidad civil. Para tratar el tema, el enfoque consistirá en analizar la conducta del productor desde las distintas perspectivas que plantea la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

a) Terminación unilateral e imprevista del contrato

El artículo 1602 del C.C. establece que todo contrato valido es *Ley para las partes* y, que por regla general, la terminación unilateral no es forma de extinguir o destruir los efectos jurídicos del mismo, en efecto la CSJ señaló que:

“Fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.); o por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 nral. 9 C.C. y 870 C. de Co); o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 nral. 8 y 1740 y ss, ib). Fuera de estos conocidos supuestos –y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (p. ej: tratándose de la teoría de la imprevisión)-, importa acotarlo, las partes de un contrato, merced a la ratio que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado ex ante (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación –una de ellas referente a la vigencia del acuerdo espectivo-, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el

³⁵³ Calabresi, Guido, *The place of torts in law and economics: The significance of the liability rule*, en: Prague Conference on Political Economy, CEVRO Institut, Praga – República Checa, 26 de octubre de 2012, en: <http://www.youtube.com/watch?v=IGnHgn3rvus>.

resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal.”³⁵⁴

Ahora bien, en la hipótesis el productor termina unilateralmente el contrato de distribución de una forma sorpresiva e imprevista. En términos generales terminar un contrato sin atenderse, por ejemplo, a las normas jurídicas sobre su terminación (si existen), o a la regulación propia que traiga el mismo contrato sobre la terminación del vínculo, genera un incumplimiento contractual, la inejecución del contrato,³⁵⁵ con lo cual la parte afectada sufre daños y posee acción para reclamar su reparación por vía judicial.

Así, el contratante víctima puede recurrir a las posibilidades que le presenta el artículo 1524 del C.C., donde puede solicitar al juez la ejecución forzosa del contrato o su resolución. La resolución del contrato encuentra su régimen general en el referenciado 1524 del C.C., y el 870 del C. de Co.,³⁵⁶ sobre la figura señala la doctrina que:

“(…) la norma de resolución del contrato permite su extinción cuando se presenta la inejecución de una obligación contractual. Dicho de otro modo, la resolución sanciona una vicisitud que se presenta en el periodo de ejecución de la convención.”³⁵⁷

Pues bien, la resolución permite extinguir el vínculo contractual, así como, solicitar la indemnización de perjuicios por el *incumplimiento grave* del contrato. En este sentido, qué puede ser más grave que la total inejecución. Con esto, la resolución es un medio expedito para extinguir el vínculo jurídico contractual y, adicionalmente, reclamar la responsabilidad civil que surge de ese incumplimiento. La resolución del contrato parece un vehículo útil para remediar los daños causados por la terminación unilateral e intempestiva, es decir, la responsabilidad contractual, aunque se admite que esta puede renunciarse

³⁵⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2001, M.P., Carlos Ignacio Jaramillo.

³⁵⁵ Rengifo García, Ernesto, *La terminación y resolución unilateral del contrato*, en: *Estudios de Derecho Privado Liber Amicorum en homenaje a Cesar Gómez Estrada, Tomo II*, Coordinadores: Venegas Franco, Alejandro, Cárdenas Mejía, Juan Pablo y Mantilla Espinosa, Fabricio, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2009.

³⁵⁶ Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, *La resolución*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 259.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 250.

contractualmente,³⁵⁸ esto no es obstáculo para reclamar la indemnización por inejecución.³⁵⁹

b) Daños extracontractuales

El siguiente punto está ligado directamente con lo descrito en el capítulo tercero, es decir, los detrimentos patrimoniales del distribuidor. De acuerdo con la doctrina elaborada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, derechos patrimoniales como el good will pertenecen al rubro del lucro cesante, en el entendido que el daño sobre estos reduce la posibilidad de percibir ingresos futuros, pues reducen la capacidad de captar clientela de una empresa en el mercado a futuro.

Como lo entiende el Tribunal Supremo español, los distribuidores aportan en desarrollo de la función económica de distribución comercial elementos como su good will y know how para el éxito en el mercado.³⁶⁰ Considera esta investigación, que los distribuidores en verdad hacen estos aportes a la red de distribución y, al terminarse el contrato de la forma tratada en este capítulo, el productor obtiene un provecho de esto, lesionando el patrimonio del distribuidor, pues aquellos elementos inmateriales que aporta, afectan la percepción del público sobre la marca y los productos o servicios que el distribuidor manejaba en función de la relación de distribución.

Los daños derivados de la terminación unilateral pueden solicitarse al juez como daños extracontractuales que se generan por la terminación intempestiva y el apoderamiento del mercado que hace el productor, se considera que pueden solicitarse así:

- **Good will:** en una pretensión que solicite se reconozca el buen nombre en el mercado que el distribuidor aportó a la marca por su labor, posicionándola y brindando a los clientes, los consumidores, una experiencia favorable.
- **Clientela:** determinar la clientela que el distribuidor conquistó para los productos o servicios que distribuye y, de la cual gozará el productor a partir de la terminación del vínculo, la cual hace parte también del lucro cesante pues es un valor que se

³⁵⁸ Ídem, pp. 258 – 259.

³⁵⁹ Ídem, p. 252.

³⁶⁰ España, Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia del 15 de enero de 2008, M.P., Francisco Marín Castán.

determina a futuro, como se ve en el cálculo de la *prima mercantil*, esta es, un valor en reconocimiento de la clientela empleado usualmente en las operaciones de enajenación del establecimiento de comercio,³⁶¹ aunque no se puede afirmar que es una costumbre mercantil en la totalidad de Colombia,³⁶² si es una práctica usual entre comerciantes.³⁶³ El cálculo de la prima puede hacerse con base en los promedios de ventas, las listas de clientes y la capacidad a futuro de captar más clientes.³⁶⁴

Como recomendación especial, si se pretende hacer valer en un proceso este tipo de derechos, debe atenderse a las recomendaciones que se hicieron respecto del reconocimiento de los activos intangibles no identificables y activos de mercado, es decir, recurrir a un avalúo. Judicialmente puede allegarse en forma de un peritaje, prueba regulada en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso (CPG),³⁶⁵ sobre este medio de prueba anota Devis Echandía:

*“(…) tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente.”*³⁶⁶

El peritaje es entonces la forma de aportar al proceso un conocimiento técnico ajeno al juez y las partes, puede usarse para demostrar el valor y existencia de los intangibles no identificados, que no son reconocidos en la NIC 38.

³⁶¹ López Guzmán, Ob. Cit., pp. 296 – 297.

³⁶² Algunas de las cámaras de comercio que consideran la prima comercial como costumbre son: Cámara de Comercio de Villavicencio, resolución No. 29 de 25 de noviembre de 2008, Cámara de Comercio de Neiva, en: <http://www.ccneiva.org/index.php?objeto=costumbremercantil>. Sin embargo no es algo generalizado, ejemplo de esto, la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara de comercio de Medellín y la Cámara de Comercio de Cartagena, entre otras, no reconocen el pago de la prima como costumbre.

³⁶³ Colombia, Cámara de Comercio de Cartagena, *Manual de costumbre mercantil segmento hotelero e inmobiliario*, Cartagena – Colombia, febrero de 2013.

³⁶⁴ López Guzmán, Ob. Cit., pp. 297 – 307.

³⁶⁵ Colombia, Código General del Proceso, Ley 1564 de 12 de julio de 2012.

³⁶⁶ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires – Argentina, 1981, p. 291.

c) Acción *in rem verso*:

Se plantea otro posible remedio ofrecido por la responsabilidad civil, inspirado en la solución dada por el Tribunal Supremo español en la jurisprudencia que se ha referenciado. Al respecto, la hipótesis que plantea este trabajo implica que el productor al iniciar la distribución directa, desplaza al distribuidor y, obtiene provecho del esfuerzo del mismo, evidenciado en el posicionamiento de marcas, productos y obtención de la clientela y los contactos comerciales necesarios, así, el productor obtiene un *enriquecimiento*.

El artículo 831 del C. de Co., dispone: *nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensa de otro*, consagración legal del *enriquecimiento sin justa causa*, figura que hace su debut en el Derecho colombiano en la aplicación que hace la CSJ del mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887,³⁶⁷ que ordena a los jueces ante el vacío normativo aplicar los principios generales del Derecho,³⁶⁸ en la conocida sentencia de 19 de noviembre de 1936.³⁶⁹ Suescún presenta una definición que se comparte de la figura:

“El enriquecimiento sin causa, considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro. En concordancia con este principio, en todos los casos en que la justicia sufra quebranto, en razón de que una persona, sin justa causa, obtenga el provecho del esfuerzo de otra, es necesario restablecer el equilibrio mediante el reconocimiento al empobrecido del valor que ha salido de su patrimonio o ha dejado de entrar en él. La medida de ese restablecimiento ha sido siempre el valor de la utilidad y provecho que reciba el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto del afectado. Por esto se dice que, sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado. La acción para obtener el restablecimiento patrimonial

³⁶⁷ Colombia, Ley 153 de 15 de agosto de 1887, artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. (subraya fuera del texto)

³⁶⁸ Suescún, Ob. Cit., Tomo I, p. 13.

³⁶⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de noviembre de 1936, M.P., Juan Francisco Mujica.

es conocida como in rem verso, y procede cuando las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial.”³⁷⁰

Con esto, explica Henao que la jurisprudencia establece cinco requisitos para que se configure la acción *in rem verso*:³⁷¹

1. Que exista un enriquecimiento, significa que el obligado obtuvo una ventaja patrimonial, positiva o negativa, puede ser en lugar de la adición al patrimonio, evitar un detrimento.
2. Que haya un empobrecimiento correlativo en el patrimonio de otra persona, lo cual significa que la mejora patrimonial del enriquecido se obtiene por la desmejora del patrimonio del empobrecido
3. Que entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo no medie causa jurídica, es decir, se presente en ausencia de acto jurídico, hecho jurídico o disposición legal que lo prevea.
4. Que no exista otra acción que puede lograr resarcir al empobrecido.
5. Que con ella no se pretenda *soslayar* otra norma imperativa, es decir, que no se utilice para pasar por encima de normas que autoricen el enriquecimiento.

Por último, la acción *in rem verso*, no es indemnizatoria, por lo cual, el monto fijado por el juez para reparar el daño debe ser igual al enriquecimiento reportado en relación con el empobrecimiento sufrido, es decir, solo se repara la porción en la que se enriquece un patrimonio, no en la que se empobrece el otro.³⁷²

Con esto, el distribuidor podría intentar una acción de enriquecimiento sin justa causa, sin embargo, aunque se considera que la conducta del productor lo enriquece en detrimento del patrimonio intangible del distribuidor, es posible, que no se configure la inexistencia de otra acción, pues como se dijo, es posible reclamar daños extracontractuales que pueden incluir activos inmateriales, con esto existe la posibilidad que un juez reconozca que sí hay

³⁷⁰ Suescún, Ob. Cit., *Tomo I*, p. 13.

³⁷¹ Henao Pérez, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, Tomo I, Volumen I*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1991, pp. 1 – 4.

³⁷² *Ibidem*, pp. 2 – 3.

acción para el distribuidor empobrecido, sin embargo, es una discusión que se plantea como abierta.

D. Propuesta y conclusiones

1. Propuesta

El objetivo último de una tesis es presentar una propuesta, en este caso en respuesta a un problema jurídico, que involucra la relación jurídica, en abstracto, entre un productor y un distribuidor a la luz del Derecho colombiano, particularmente del Derecho Privado. Para ello se realizó un recorrido teórico de la figura que dio las herramientas para presentar una propuesta como solución al problema.

Así, es el criterio del investigador señalar que, en atención al objetivo principal de este trabajo, se considera que en Colombia un distribuidor que afronta la situación fáctica presentada tiene tres remedios:

1. Iniciar una acción de competencia desleal, en la que se puede solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados por los actos desleales, el cual, es un remedio complejo, pues requiere demostrar la deslealtad de los actos, encuadrándolos entre los supuestos de la Ley 256 de 1996, lo cual para este criterio presenta dificultades probatorias, que complican también la argumentación requerida en la demanda y no acaban reparando al distribuidor ya que, si no se logra probar la deslealtad, la acción no tiene posibilidades de sobrevivir.
2. Un remedio de carácter *personal*, en el sentido que repara los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones, esto es, la acción de responsabilidad contractual que indemniza por la terminación unilateral e intempestiva del contrato, considerándolo una inejecución del mismo. Esta puede emplearse mediante la acción de resolución. Sin embargo, no ofrece una reparación integral del distribuidor, pues deja a un lado los daños sufridos de manera extracontractual.
3. El tercer remedio es de carácter *real*, ya que busca la reparación que sufre el distribuidor con relación a derechos de propiedad que se le asignan en desarrollo de la función de distribución. Este remedio se representa por la opción de reclamar daños en sede extracontractual, sobre los cuales la jurisprudencia del C.E., demuestra que es posible plantear pretensiones llamadas a buscar su indemnización.

Bien, con esto se identifican tres posibles remedios todos con sus virtudes y falencias, por eso, se propone una solución bipartita:

1. En la construcción y negociación del contrato, es posible incluir una cláusula destinada a regular una prestación para el distribuidor en el evento de terminación, que disponga una suma de dinero a favor del distribuidor en reconocimiento del posicionamiento de marcas, productos y servicios, en atención a la promoción de los productos, así como, el valor proporcional a la clientela. Dicha cláusula debe ser equilibrada y su pago estaría condicionado al desempeño del distribuidor, pues un distribuidor deficiente, que no cumple con los objetivos y expectativas en la red de distribución, no tendría porque recibir un aporte por su mal desempeño, en el mundo de los negocios no se recompensa a quien no es competitivo y apto para lograr su puesto en el mercado. Así, esta cláusula que puede llamarse de *Compensación por la inversión en distribución*, plantearía el valor a pagar o el método para determinarlo y, el contrato marco de distribución, establecería los puntos determinantes para su no pago.
2. La segunda párate de la solución, atiende a que en el estado actual del Derecho, es poco el incentivo para que un productor pacte a favor de la cláusula de compensación por inversión, ya que la única figura legal que pretende exigir un rublo similar, aunque no igual, al planteado, es el artículo 1324 del C. de Co., y a diferencia de España, esa figura no se hace extensiva a otros contratos para la distribución.

En ese sentido, y atendiendo a la posibilidad que existe de acumular pretensiones contractuales y extracontractuales en una misma acción cuando se presentan daños diferentes entre las mismas partes.³⁷³ Se propone, edificar una acción donde el distribuidor reclame ambas responsabilidades y, al momento de probar los daños extracontractuales, no pretenda que se castigue como tal enriquecimiento del productor, sino que, mediante avalúos hechos por especialistas se demuestren los valores y contenidos de los intangibles que empleó aportando a la red y, que ahora

³⁷³ Tamayo, Ob. Cit., Tomo I, pp. 141 – 143.

toma provecho el productor, presentando prueba del valor del good will aportado, la clientela y posición en el mercado conseguida e incluso del know how en caso que se desarrollara alguno para poder competir en el mercado y obtener ventaja. En pretensiones indemnizatorias que combinen como resultado la responsabilidad por incumplimiento y el deterioro en activos intangibles, del cual obtiene provecho el productor. Todo esto utilizando como sustento el material jurídico que esta investigación recopiló y sistematizó, en la posibilidad de obtener un reconocimiento por el logro de establecer un canal de distribución para la marca y los productos o servicios que identifica, un canal que *abre* el buen distribuidor.

Con todo, considera esta investigación que *la protección jurídica del canal de distribución* se encuentra en las normas sobre intangibles y competencia que asignan derechos de propiedad y protegen a empresarios y comerciantes en el mercado ante actos desleales, las cuales se conjugan con el Derecho de la responsabilidad civil, para brindar tanto a productores como distribuidores, la posibilidad de buscar la reparación de los daños que puedan presentarse en sus relaciones jurídico-económicas.

2. Conclusiones

Para terminar y dar cierre a este trabajo, se presentan a manera de conclusión las siguientes:

- El lenguaje del Derecho y las ciencias económicas son efectivamente distintos y, en más de una ocasión, estos se cruzan, la expresión distribución comercial es prueba de ello, ni doctrina, ni jurisprudencia manejan un concepto único de distribución y en ocasiones solo atienden parcialmente a lo considerado por el marketing, agregando que muchas veces lo hacen de una forma intuitiva, así, distribución comercial es jurídicamente: *la expresión que denota una serie de contratos, los cuales tienen elementos similares y están diseñados para cumplir con la función económica de distribución comercial, la cual es la actividad organizada que busca acercar a los consumidores, a los productos o servicios, ya sea que se haga directamente o a través de intermediarios.*
- La falta de unidad conceptual en torno a los contratos para la distribución, producto en parte, por el desconocimiento de la función económica de distribución comercial y su contenido, genera tratamientos disimiles para contratos que, comparten no solo

una función económica, sino diversos elementos en común. Agencia, concesión, distribución y franquicia son miembros de una misma especie, dentro del género contratos, las diferentes estructuras negócias en torno a la distribución corresponden a las distintas necesidades suplen y objetivos que pueden cumplir dentro de una estrategia y red de distribución.

- La protección a bienes y activos inmateriales o intangibles avanza, en el sentido que, existen normas positivas diseñadas específicamente para la protección de bienes inmateriales, los intangibles corresponden a la realidad del mercado y, en la actualidad, definen en gran medida el valor de las empresas. Sin embargo, las limitaciones de las normas de contabilidad, el catalogo reducido de bienes inmateriales en las normas positivas, hacen difícil la difusión y reconocimiento de estos activos, agregando que muchos de ellos parecen ser desconocidos, a pesar de las precisiones que la jurisprudencia ha elaborado, ejemplo, el good will y el know how. Deben explorarse jurídicamente estos activos, para que el Derecho corresponda a la realidad del mercado y, no sean ignorados ante los jueces elementos tan valiosos como la clientela o los canales de distribución. Por eso, a futuro es labor de los tribunales, tanto del Estado como arbitrales dar más atención a dichos activos y su protección, lo cual no se puede lograr si dichas protecciones no se pretenden en los escenarios contenciosos.
- El Derecho de los contratos, particularmente la contratación atípica, está llamado a generar más y mejores herramientas en el mundo de los negocios, con el objetivo de articular relaciones contractuales más eficientes. Un adecuado conocimiento de los contratos para la distribución y de las técnicas de redacción permiten elaborar vínculos contractuales más eficientes, que regulen el conflicto y busquen la flexibilidad y la duración de las relaciones económicas que regulan.
- La búsqueda de remedios jurídicos es de no terminar, pues los cambios económicos, sociales y normativos, mutan día a día la toma de decisiones en cabeza de los jueces, con esto, un Derecho de la responsabilidad civil que se especializa es bueno en el sentido que busca el mejor tratamiento a hipótesis específicas. Sin embargo,

debe exaltarse la existencia y mantenimiento de un régimen general de responsabilidad, que abarque lo mayor posible y permita a litigantes diseñar estrategias jurídicas nuevas que exploren caminos antes no considerados en la búsqueda de una mejor protección para los intereses de sus clientes y, con el efecto de generar un Derecho más rico en el que es quizá su aspecto más importante, la determinación del responsable y la sanción que le corresponde. Por eso proponer estrategias respecto de la responsabilidad es valioso, en lugar de simplemente especular por una regulación legal de la materia que podría ser inútil con el paso de algunos años. Con esto, se pretende decir que el Derecho Privado avanza sin necesidad que el aparato legislativo haga dichos avances, construyéndose día a día en las prácticas comerciales, los litigios, la jurisprudencia y finalmente en la recopilación y sistematización que hace la doctrina de esa experiencia.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 411 de 17 de junio de 1992, M.P., Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 425 de 24 de junio de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón, exp. T-736.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 265 de 2 de junio de 1994, M.P., Alejandro Martínez Caballero, exp. D-464.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 276 de 20 de junio de 1996, M.P., Julio Cesar Gutiérrez Ortiz, exp. D – 1163.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 472 de 24 de septiembre de 1996, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-99500.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 245 de 21 de mayo de 1997, M.P., Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 375 de 14 de agosto de 1997, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-130126.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 427 de 18 de agosto de 1998, M.P., Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU – 157 de 10 de marzo de 1999, M.P., Alejandro Martínez Caballero, exp. T-153.327 y T-152.413.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 073 de 7 de febrero de 2002, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, exp. T-508946.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 1118 de 9 de diciembre de 2002, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, exp. T-527962.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 1008 de 15 de octubre de 2008, M.P., Mauricio González Cuervo, exp. D-7247.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 123 de 1 de marzo de 2011, M.P., Jorge Iván Palacio Palacio, exp. D-8191.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 1997, M.P., Ricardo Hoyos Duque, exp. 10229.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 16 de agosto de 2007, M.P., Martha Sofía Sanz Tobón, exp. 11001-03-24-000-2003-00042-01.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008, M.P., Mauricio Fajardo Gómez, exp. 14.584.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de enero de 2012, M.P., Hernán Andrade Rincón, exp. 16.104.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2012, M.P., Mauricio Fajardo Gómez, exp. 24991.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de noviembre de 1936, M.P., Juan Francisco Mujica.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 27 de septiembre de 1946.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de 10 de febrero de 1960, M.P., Humberto Barrera Domínguez.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 29 de agosto de 1960.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de diciembre de 1980, M.P., Germán Giraldo Zuluaga, Gaceta Judicial No., 2407.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de diciembre de 1980, M.P., Germán Giraldo Zuluaga, Gaceta Judicial No., 2407.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de julio de 1983, M.P., Humberto Murcia Ballén.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de noviembre de 1993, M.P., Alberto Ospina Botero, Gaceta Judicial No. 2461.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, M.P., Pedro Lafont Pianetta, exp. No. 4701.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, Aclaración de voto, Magistrado, Javier Tamayo Jaramillo.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de julio de 2001, M.P., Jorge Antonio Castillo Rugeles, exp. 5860.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de Octubre de 2001, M.P., Jorge Antonio Castillo Rúgeles, exp. No. 5817.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2001, M.P., Carlos Ignacio Jaramillo.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 9 de abril de 2002, M.P., Manuel Ardila Velásquez, exp. No. 6869.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 6462.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de agosto de 2005, M.P., Silvio Fernando Trejos Bueno, exp. 1909.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de septiembre de 2007, M.P., Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. No. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de julio de 2010, M.P., William Namén Vargas, exp. 11001-032-2001-00847-01.

Colombia, Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de junio de 2011, M.P., Edgardo Villamil Portilla, exp. 11001-3103-010-2000-00155-01.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, M.P.: William Namén Vargas, exp. No. 11001-3103-032-2001-00847-01.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 008 de 2 de junio de 2010.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 2764 de 31 de mayo de 2012.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 17 de febrero de 1998, proceso 32-IP-97.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 21 de Abril de 1998, proceso 29-IP-97.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 7 de marzo del 2007, Proceso 019-IP-2007.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 16 de junio de 2010, Proceso 68-IP-2010.

España, Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia del 15 de enero de 2008, M.P., Francisco Marín Castán.

Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, Tribunal de arbitramento de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda., Vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol S.A.”, Árbitros: Necty Gutiérrez Sandoval, Guillermo Gamba Posada, Carlos Vejarano Rubiano.

Laudo arbitral de 19 de febrero de 1997, Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & S.A. Ltda. Vs. Fiberglass Colombia S.A. Árbitros: Ernesto Gamboa Morales, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez.

Laudo Arbitral del 23 de Mayo de 1997, Tribunal de arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A., "PREBEL S.A." Vs. L'oreal, Árbitros: Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín.

Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1998, Tribunal de arbitramento de Supercar Ltda., Vs. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa, Árbitros: Carlos Holguín Holguín, Beatriz Leyva de Cheer, Carlos Enrique Marín Vélez.

Laudo arbitral de 31 de agosto de 2000, Tribunal de Arbitramento de Compañía Central de Seguros S.A. – Compañía Central de Seguros de Vida S.A.,Vs. Maalula Ltda., Árbitros: Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Antonio José de Irisari Restrepo.

Laudo arbitral de 21 de marzo de 2002, Tribunal de Arbitramento de Oscar Mario Mora Trujillo y Cia. S. en C., Isucampo e Isucampo EAT, Vs. Aventis Cropscience Colombia S.A., Árbitros: José Alejandro Bonivento Fernandez, Enrique Cala Botero y Jorge Suescún Melo.

Laudo Arbitral del 1 de Julio de 2002, Tribunal de arbitramento de Roberto Cavelier & Cía. Ltda., Vs. Flota Mercante Grancolombiana. Árbitros: José Enrique Arboleda, Fernando Hinestrosa, Jorge Soescún Melo.

Laudo arbitral de 26 de noviembre de 2002, Tribunal de Arbitramento de Ideas Celular Colombia S.A. Vs. Bellsouth Colombia S.A., Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo, Héctor Marín Naranjo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Laudo Arbitral del 30 de Agosto de 2004, Tribunal de arbitramento de Invertexty E.U., Vs. LG Electronics Colombia Limitada. Árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Martínez y Fabio Silva Torres.

Laudo arbitral de 19 de julio de 2005, Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. Vs. Comcel S.A., Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo S, Carlos Eduardo Manrique Nieto, Mauricio Plazas Vega.

Laudo Arbitral del 23 de junio de 2009, Tribunal de arbitramento de María Emilce Saldaña Vs. Heel Colombia Ltda., Árbitros: Carlos Eduardo Linares López, Camila Ortiz Fernández de Soto, Harold Penagos Barreto.

Laudo Arbitral de 12 de agosto de 2009, Tribunal de arbitramento de Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A., Panaca S.A., Vs. Parque Agropecuario de la Sabana S.A., Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, José Fernando Ramírez Gómez y Hernando Yepes Arcila.

Laudo Arbitral de 8 de febrero de 2011, Tribunal de arbitramento de Música Talento y Mercadeo Discos MTM C.A., Vs. Sony Music Entertainment Colombia S.A., Árbitros: María del Pilar Salazar, Guillermo Benavides Melo, Rafael Francisco Navarro.

Conceptos y otros documentos

Autorregulador del Mercado de Valores, ¿Qué es la autorregulación?, Bogotá – Colombia, en: <http://www.amvcolombia.org.co/index.php?pag=home&id=1|9|0>.

Calabresi, Guido, *The place of torts in law and economics: The significance of the liability rule*, en: Prague Conference on Political Economy, CEVRO Institut, Praga – República Checa, 26 de octubre de 2012, en: <http://www.youtube.com/watch?v=lGnHgn3rvus>.

Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, Código de Autorregulación Publicitaria, Bogotá – Colombia, en: <http://www.ucepcol.com/conarp>.

Colombia, Cámara de Comercio de Cartagena, *Manual de costumbre mercantil segmento hotelero e inmobiliario*, Cartagena – Colombia, febrero de 2013.

Colombia, Cámara de Comercio de Neiva, Costumbre Mercantil certificada en: <http://www.ccneiva.org/index.php?objeto=costumbremercantil>.

Colombia, Cámara de Comercio de Villavicencio, resolución No. 29 de 25 de noviembre de 2008.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 00017175 de 17 de mayo de 2000.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 01003060 de 30 de enero de 2001.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01054923 del 15 de agosto de 2001.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 01096187 de 28 de enero de 2002.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto de 24 de noviembre de 2004, radicación No. 04102005.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 08034465 de 23 de junio de 2008.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 08121115 de 30 de diciembre de 2008.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, concepto No. 13-006152-00001-0000 de 26 de febrero de 2013.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 340-69678 de 30 de octubre de 1998.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición.

EconStories, *"Fear the Boom and Bust" a Hayek vs. Keynes Rap Anthem*, en: <http://www.youtube.com/watch?v=d0nERTFo-Sk>.

EconStories, *Fight of the Century: Keynes vs. Hayek Round Two*, en: <http://www.youtube.com/watch?v=GTQnarzmTOc>.

Federación Europea de la Franquicia, F.E.F., *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*.

OMPI, Clasificación Internacional de Niza, en: <http://www.wipo.int/classifications/nice/es/>.

Practice Aid, Distribution agreement, en: *Intellectual property & technology law journal*, Volumen 14, No. 8, EBSCO Publishing, agosto 2002.

Rubio Escobar, Jairo, *El derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio*, Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá – Colombia, junio 10 de 2004.

Schnoberger, Stephan, *Definitional approach*, ponencia en: *OECD Meeting on the transfer pricing aspects of intangibles*, OECD, París – Francia, 7 a 9 de noviembre de 2011.

Sprague, Gary D., *Treaty policy working group*, ponencia en: *OECD Working party No. 6's consultation on the discussion draft on the transfer pricing aspects of business restructurings*, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), París – Francia, 7 a 9 de noviembre de 2011, en: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/49013885.pdf>

Unidroit, *Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*, El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma – Italia, 2005

Unión Europea, Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), registro de marca comunitaria No. 000448870.

Doctrina

Adelstein, Richard, *Property and liability: an introduction to law and economics*, Wesleyan University – Coursera.org.

Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara S.A., Primera Edición Corregida, Barcelona – España, 1998.

Aljure Salame, Antonio, *La Ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009.

Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo, *Derecho de la competencia*, Primera Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 1998.

Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Editorial Temis – Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 2009.

Arrubla, Paucar Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*, Editorial Diké, Sexta Edición, Medellín – Colombia, 2006.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles*, Editorial Diké, Doceava Edición, Medellín – Colombia, 2008.

Aubry, Charles y Rau, Frédéric, *Cours de droit civil français*, t. IX, n.º 573-583. Marchal & Billard, París - Francia, 1869.

Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 2010.

Bedoya, Jorge Andrés, *El contrato de merchandising: una realidad comercial atípica amparada por todas las esferas del Derecho*, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 47, Editorial Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia, enero – junio 2012.

Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Onceava Edición, Madrid – España, 2002.

Calderón Villegas, Juan Jacobo, *Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, en: *Vniversitas*, No. 113, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, Enero – Junio 2007.

Castrillón y Luna, Victor, *Contratos Mercantiles*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México D.F. – México, 2006.

Christiansen, Jon, *Drafting distribution agreements*, en: *The licensing journal*, Aspen Publushers, New York New York – Estados Unidos, septiembre 2005.

Chulía Vicent, E., y Beltrán Alandete, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Editorial J.M. Bosch Editores, Cuarta Edición, Barcelona – España.

Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Segunda Edición, Editorial Fondo de cultura económica, México D.F. – México, 2002.

Cortázar Mora, Javier, *Colombian constitutional jurisprudence in competition: advance with an unmatched couple*, en: *Revista de derecho de la competencia*, Volumen 2, No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, enero – diciembre 2006.

Cruz Roche, Ignacio y Oubiña Barbolla, Javier, *Situación y tendencias en la evolución de la distribución comercial*, en: *Distribución Comercial*, Coordinador: Díez de Castro, Enrique, Editorial McGraw Hill, Tercera Edición, Madrid – España, 2004.

Cuberos de las Casas, Felipe, *Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis*, en: *Revista de Derecho Privado* No. 35, Universidad de Los Andes, 2005.

Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Quinta edición, Bogotá – Colombia, 2005.

Desiraju, Ramarao, *Costs and benefits of inducing intraband competition: The role of limited liability*, en: *Marketieng Science*, Volumen 23 No. 3, Editorial Informs, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 2004.

Desiraju, Ramarao y Moorthy Sridhar, *Managing distribution channel under asymmetric information with performance requirements*, en: *Management Science*, Volumen 43, No. 12, Editorial Informs, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 1997.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, Tomo II*, Quinta Edición, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires – Argentina, 1981.

Díez de Castro, Enrique y Navarro García, Antonio, *Naturaleza de la distribución*, en: *Distribución Comercial*, Coordinador: Díez de Castro, Enrique, Editorial McGraw Hill, Tercera Edición, Madrid – España, 2004.

Edvinsson, Leif y Malone, Michael, *El capital intelectual: como identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa*, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 2004.

Etcheverry, Oscar, *Temas de propiedad industrial en la jurisprudencia de países latinoamericanos*, en: *Derechos intelectuales, Tomo II*, Editorial Astrea – Asociación Interamericana de Propiedad Industrial (ASIPI), Buenos Aires – Argentina, 1987.

Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico*, Editorial Astrea, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2001.

Fandiño, Mariana, *El solidarismo contractual especial referencia al derecho francés*, en: *Vniveristas*, No. 114, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre, 2007.

Farina, Juan, *Contratos comerciales modernos*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2005.

Fontaine, Marcel y De Ly, Filip, *Drafting international contracts: An anlysis of contract clauses*, Editorial Nijhoff, Leiden – Países Bajos, 2009.

Galgano, Francesco, *Derecho Comercial*, Editorial Temis S. A., Primera Edición, Bogotá – Colombia, 1991.

Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1987.

Garrido Cordobera, Lidia María Rosa, *La negociación contractual y el análisis económico*, en: *Análisis económico del Derecho*, Coordinadora: Kluger, Viviana, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2002.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio, *La agencia comercial en el Derecho colombiano*, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 47, Universidad de los Andes, enero – junio, 2012.

Grewal, Rajdeep y Dharwadkar, Ravi, *The role of institutional environment in marketing channels*, en: *The Journal of Marketing*, Volumen 66, No., 3, Julio de 2002.

Guillén Díaz, José Manuel, *Derecho civil patrimonial*, Primera Edición, Editorial Jurídica Biblos, Bogotá – Colombia, 1985.

Henao Pérez, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, Tomo I, Volumen I*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1991.

Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Distribuciones Fontamara S. A., Primera Edición, México D.F. – México, 1991.

Hoffman, Douglas, *Introducción al marketing*, en: *Principios de Marketing y sus mejores prácticas*, Editorial Thomson, Tercera Edición, México D.F. – México, 2007.

Jaekel Kovács, Jorge, *Algunas ideas acerca de los sistemas de distribución y la forma como afectan la competencia en el mercado*, en: *El TLC y el derecho de la distribución comercial*, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2006.

Kasturi Rangan, V., y Jaikumar, Ramchandran, *Integrating distribution strategy and tactics: a model and application*, en: *Management Science*, Volumen 37, No. 11, Editorial Informs, Hanover, Maryland – Estados Unidos, 1991.

Kerin, Roger, Brkowitz, Erik, Hartley, Steven y Rudelius, William, *Marketing*, Editorial McGraw Hill, Séptima Edición, México D.F. – México.

Kornhauser, Lewis A., *Derecho de los contratos*, en: *Elementos de análisis económico del derecho*, Coordinador: Spector, Horacio, Editorial Rubiznal Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2004.

Kotler, Philip y Armstrong, Gary, *Fundamentos de marketing*, Editorial Pearson, Octava Edición, Naucalpan de Juárez, Estado de México – México, 2008.

Kotler, Philip, *Kotler on Marketing: How to create, win, and dominate markets*, Editorial The Free Press, Primera Edición, Nueva York, Estado de Nueva York – Estados Unidos.

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, *El contrato de licencia de uso de marca*, en: *Propiedad intelectual reflexiones*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2012.

Lafont Pianetta, Pedro, *Manual de Contratos, Tomo I, Panorama de la negociación y contratación contemporánea*, Editorial Librería Ediciones del Profesional, Segunda Edición, Bogotá – Colombia, 2005.

Larroumet, Christian, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, Editorial Legis, Primera edición en español, Bogotá – Colombia, 2006.

Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato, Tomo I*, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá – Colombia, 1999.

Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Primera Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2004.

León Robayo, Édgar Iván, *La realidad inmaterial y su protección jurídica*, en: *Estudios de propiedad intelectual*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2011.

León Robayo, Edgar Iván y Sánchez Narváez, Andrea, *El entorno jurídico-práctico de la franquicia*, en: *Estudios de Derecho Privado Liber Amicorum en homenaje a Cesar Gómez Estrada, Tomo I*, Coordinadores:

Venegas Franco, Alejandro, Cárdenas Mejía, Juan Pablo y Mantilla Espinosa, Fabricio, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2009.

Lequette, Yves, *Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, en: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Editorial LexisNexis, París – Francia, 2012.

Lewis, Michael y Takahashi, Keiko, *Beyond the dyad: conceptualization of social networks*, en: *Human Development*, No. 48, Editorial Karger, Bazel – Suiza, Enero – Febrero de 2005.

Lieberstein, Marc, Feingold, Stephen, James, Christine y Rosenblatt, Paul, *Current developments and best practices in trademark licensing*, en: *The licensing journal*, Aspen Publishers, No. New York New York – Estados Unidos, febrero 2011.

Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Editorial Zavalia – Cerlac – Unesco, Buenos Aires – Argentina, 1993.

López Castro, Yira, *Eficacia de los acuerdos de coexistencia de marcas en Colombia*, en: *Propiedad intelectual reflexiones*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2012.

López Castro, Yira, Arango Montes, María Antonia, Arcila Mendoza, David, Moreno García, Juan Francisco, Rivera Niño, Juan David y Saldarriaga Escobar, Ricardo Andrés, *La propiedad industrial y la estructura de expansión de las tiendas de Juan Valdez*, en: *Estudios de propiedad intelectual*, Coordinadores: Metke Méndez, Ricardo, León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2011.

López Guzmán, Fabián, *El contrato de franquicia internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá – Colombia, 2005.

López Guzmán, Fabián, *Introducción al Derecho Mercantil*, Editorial Temis, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2007.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Editorial Rubiznal – Culzoni, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 2007.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Redes contractuales y contratos conexos*, en: *Instituciones de Derecho Privado, contratación contemporánea, Tomo II, Contratos modernos Derecho del Consumidor*, Coordinadores: Alterini, Atilio Aníbal, De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos Alberto, Editorial Palestra – Temis, Bogotá – Colombia, 2000.

Luna Restrepo, Juliana y Muñoz Londoño, Leidy Johanna, *Colombia: hacia la aplicación y adopción de las NIIF y su importancia*, en: *Revista Adversia*, No. 8, Editorial Universidad de Antioquia, enero – junio 2011.

Madriñán De La Torre, Ramón Eduardo, *Principios de Derecho Comercial*, Editorial Temis S.A., Decima Edición, Bogotá – Colombia, 2007.

Mankiw, N. Gregory, *Principios de Economía*, Gengage Learning, Quinta Edición, México D. F. – México, 2009.

Mantilla Espinosa, Fabricio, *El principio general de responsabilidad por culpa en el derecho colombiano*, en: *Revista Opinión Jurídica*, Volumen 6, No. 11, Universidad de Medellín, Medellín – Colombia, 2007.

Mantilla Espinosa, Fabricio, *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*, en: *Revista chilena de Derecho Privado*, No. 16, Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile – Chile, julio, 2011.

Mantilla Espinosa, Fabricio, *Sobre la formación del contrato*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009.

Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, *La resolución*, en: en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009.

Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, *El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial*, en: *Los Contratos en el Derecho Privado*, Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, Editorial Universidad del Rosario – Legis, Bogotá – Colombia, 2009.

Mantilla Espinosa, Fabricio y Oñate Acosta, Tatiana, *Técnica de redacción de contratos*, Editorial Uniempresarial – Universidad del Rosario – Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá – Colombia, 2005.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México D. F. – México, 1971.

Martorell, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa, Tomo III*, Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 2002.

Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, 2003.

Marzorati, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, 1995.

Mazeaud, Denis, *La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises*, en: *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Editorial LexisNexis, París – Francia, 2012.

Mejía Atehortúa, Diana Vanessa, Ortiz Botero, Paula Andrea y Roldán Higueta, Yuri Tatiana, *Efectos de la implementación de la Nic 38 (activos intangibles) en la determinación de la base fiscal del impuesto de renta en Colombia*, en: *Revista Adversia*, No. 9, Editorial Universidad de Antioquia, julio – diciembre de 2011.

Mesa-Velásquez, Gloria Stella, *Medición de los activos intangibles, retos y desafíos*, en: *Revista Cuadernos de contabilidad*, Volumen 13, No. 33, Editorial Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre 2012.

Melich Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas – Venezuela, 1993.

Metke Méndez, Ricardo, *Lecciones de propiedad industrial*, Primera Edición, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2001.

Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs., los beneficios de la competencia*, en: *Revista de derecho de la competencia*, Volumen 2, No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, enero – diciembre 2006.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Temis, Decimoquinta Edición, Bogotá – Colombia.

Narváez García, José Ignacio, *Derecho Mercantil Colombiano Parte General*, Legis, Novena Edición, Bogotá – Colombia, 2002.

Narváez, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, Editorial Legis, Decima Edición, Bogotá – Colombia, 2008.

Narváez García, José Ignacio, *Obligaciones y Contratos Mercantiles*, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2002.

Narváez García, José Ignacio, Narváez Bonnet, Jorge Eduardo y Narváez Bonnet, Olga Stella, *Derecho de la empresa*, Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2008.

Namén Vargas, William, *Contrato de agencia comercial*, en: *Derecho de la distribución comercial*, Coordinador: Velilla Moreno, Marco Antonio, El Navegante Editores, Bogotá – Colombia, 1995.

Namén Vargas, William, *El Contrato de Agencia Comercial en la Jurisprudencia Arbitral*, Ponencia en: *Seminario sobre la agencia comercial*, Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá-Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá - Colombia, 29-31 de agosto de 2005.

Navas Herrera, María Fernanda y Mosquera Moreno, Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, en: *Vniversitas*, No. 119, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, julio – diciembre 2009.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2005.

Ortega Giménez, Alfonso, *El contrato de franquicia internacional*, en: *Revista vlex International*, vLex, No. 4, enero – 2009.

Ortega Giménez, Alfonso, *El contrato de joint venture internacional*, en: *Revista vlex International*, vLex, No. 4, enero – 2009.

Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1994.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Séptima edición, Bogotá – Colombia, 2005.

Otamendi, Jorge *Derecho de marcas*, Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires - Argentina, 2002.

Oviedo Albán, Jorge y Candelario Macías, Isabel, *Presentación*, en: *Derecho Privado y Globalización*, Tomo I, *Derecho Mercantil Contemporáneo*, Coordinadores: Oviedo Albán, Jorge y Candelario Macías, Isabel, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Primera Edición, Bogotá – Colombia, 2005.

P. Aubenque y J.-M. André, *Sénèque*, Editorial Seghers, París - Francia, 1964.

Pelton, Lou, Strutton, David y Lumpkin, James, *Canales de Marketing y Distribución Comercial*, Editorial McGraw Hill, Segunda Edición, México D.F. – México.

Peña Nossa, Lisandro, *Contratos Mercantiles Nacionales e internacionales*, Editorial Temis, Cuarta Edición, Bogotá – Colombia, 2012.

Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires – Argentina, 1983.

Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Editorial Fondo de Cultura de México, Primera Edición, México D.F. – México, 2000.

Palomo González, Miguel A., *La evaluación de activos intangibles, Parte I*, en: *Revista Ingeniarías*, Volumen VI, No. 20, Editorial Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León – México, julio – septiembre 2003.

Quintáns Eiras, María Rocío, *La resolución unilateral de los contratos de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la Sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996)*, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Editorial Universidade da Coruña, La Coruña – España, 1997.

Ramos Pazos, René, *Manual de las obligaciones*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 1999.

Raznoszczyk de Schejtmán, Clara, *Regulación afectiva diádica madre – bebé y autorregulación del infante en la estructuración psíquica temprana*, en: *Anuario de investigaciones facultad de psicología Universidad de Buenos Aires*, Volumen XII, Buenos Aires – Argentina, 2005.

Rengifo García, Ernesto, *La terminación y resolución unilateral del contrato*, en: *Estudios de Derecho Privado Liber Amicorum en homenaje a Cesar Gómez Estrada, Tomo II*, Coordinadores: Venegas Franco, Alejandro, Cárdenas Mejía, Juan Pablo y Mantilla Espinosa, Fabricio, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2009.

Reyerson, Kathryn, *Commerce and communications*, en: *The new Cambridge medieval history*, Tomo V, Coordinador: Abulafia, David, Editorial Cambridge University Press, Cambridge – Reino Unido, 1999.

Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Editorial Nacional, México D. F. – México, 1981.

Rosenbloom, Bert, *Estrategia de distribución*, en: *Principios de Marketing y sus mejores prácticas*, Editorial Thomson, Tercera Edición, México D.F. – México, 2007.

Sandoval López, Ricardo, *Derecho Comercial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 2010.

Scott, Robert y Triantis, George, *Anticipating litigation in contract design*, en: *The Yale Law Journal*, Volumen 115, No. 4, Yale University, New Haven Connecticut – Estados Unidos, Enero 2006.

Sherman, Andrew J., *Mergers and acquisitions from A to Z*, Tercera Edición, Editorial Amacom Books, Saranac Lake, New York – Estados Unidos, 2010.

Smith, Gordon V., y Parr, Russell L., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, Segunda Edición, Editorial John Wiley & Sons, New York, New York – Estados Unidos, 1994.

Spector, Horacio, *Introducción*, en: *Elementos de análisis económico del derecho*, Coordinador: Spector, Horacio, Editorial Rubiznal Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2004.

Stumpf, Herbert, *El contrato de know-how*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984.

Suescún Melo, Jorge, *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá – Colombia.

Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Segunda Edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2008.

Tavano, María Josefina, *Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia*, en: *Análisis económico del derecho*, Coordinadora: Kluger, Viviana, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2006.

Tenera Barrios, Francisco, *Bienes*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2011.

Tenera Barrios, Luis Fernando y Tenera Barrios, Francisco, *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*, en: *Revista Opinión Jurídica*, Volumen 7, No. 13, Universidad de Medellín, Medellín – Colombia, 2008.

Tobón Franco, Natalia, *Secretos Empresariales, Industriales y Know How*, Editorial Diké, Medellín – Colombia, 2008.

Tobón Franco, Natalia y Varela Pezzano, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Editorial Ibañez, Bogotá – Colombia, 2010.

Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil, Tomo II, Derechos reales*, Undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2007.

Vallejo García, Felipe, *El Contrato de Agencia Comercial*, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 1999.

Velandia, Mauricio, *Derecho de la competencia y del consumo*, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2008.

Velásquez, Fernando, *Derecho Penal, Parte general*, Cuarta Edición, Editorial Comlibros, Medellín – Colombia, 2009.

Veljanovski, Cento, *Strategic use of regulation*, en: *The Oxford handbook of regulation*, coordinadores: Badwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin, Editorial Oxford University Press, Oxford – Reino Unido, 2010.

Villey, Michel, *Le droit romain*, Editorial Presses Universitaires de France, París - Francia, 1990.

Weitz, Barton y Qiong, Wang, *Vertical relationships in distribution channels: a marketing perspective*, en: *The antitrust bulletin*, Volumen 49, No. 4, Editorial Federal Legal Publications, Carmel, New York – Estados Unidos, 2004.

Wheeler, Steven y Hirsh, Evan, *Si el producto ya no es el rey, ¿quién? Los canales de distribución*, Editorial Norma, Bogotá – Colombia, 2005.

Wolff, Martin, *Manual of German Law*, Law Library Microform Consortium (LLMC), 2008, eBook.

Zimmerman, Barry, *Attainig self-regulation: Asocial cognitive perspective*, en: *Handbook of self-regulation*, Coordinadores: Boekaerts, Monique, Pintrich, Paul y Zeidner, Moshe, Editorial Academic Press, Saint Louis Missouri – Estados Unidos, 2005.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo requirió de esfuerzo, dedicación y más que todo tiempo de mi parte, sin embargo, no habría sido posible sin la participación, de una u otra manera, de personas que nos llevan a dar lo mejor, a tomar decisiones que a veces no parecen las adecuadas, pero, con el tiempo rinden sus frutos.

Primero, una mención a mis padres Oscar y Beatriz que me ofrecieron la invaluable oportunidad de formarme como abogado, personas que mes a mes con su trabajo y esfuerzo, permitieron que este sueño pueda acercarse cada día a ver su concreción. Es algo que nunca podré pagarles, pero siempre tratare de darles lo mejor.

Mis hermanos Gloria y David, que siempre, cada día se encargaron de darme animo, apoyo, distracción y risas, ellos siempre ha sabido burlarse de mí y al mismo tiempo hacer que cada logro se vea más grande e importante.

El director de esta tesis, Francisco Ternera, un maestro y más importante un amigo, siempre me ha obsequiado lo mejor de su experiencia y conocimiento y, me ha llevado a ser un profesional integro, hábil y, listo para afrontar cualquier reto que la profesión presente.

En mi formación intervinieron dos personas que desde el principio creyeron en mí potencial y me enseñaron el valor de la academia y su importancia, maestros Yira López y Edgar Iván León, a ustedes les debo el haber encontrado lo que me gusta.

Quisiera nombrar a todos los buenos amigos que conseguí con mis años en el Rosario, pero voy a referirme a tres que me acompañaron en esta investigación, siempre dispuestos a discutir, dar sus criticas, ayudarme con la bibliografía y la jurisprudencia y, a darme ánimos cuando encontraba callejones que parecían no tener salida, Juan Camilo “Faca”, Rolando y Juan Pablo.

Por último, al Colegio Mayor, nuestro claustro que se convierte en nuestro hogar como abogados, por supuesto a la facultad de Jurisprudencia, un equipo fantástico de personas que con su excelencia nos guían en esta experiencia del pregrado.

A todos los que nombré y, a quienes no, mil gracias.

