

**CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL:  
LA DELGADA LÍNEA PROBATORIA ENTRE LOS CONTRATOS DE AGENCIA  
COMERCIAL, SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN**

**David Armando Garzón Guerrero**

Universidad del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia  
Bogotá D.C., Colombia  
2021

**CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL:  
LA DELGADA LÍNEA PROBATORIA ENTRE LOS CONTRATOS DE AGENCIA  
COMERCIAL, SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN**

**David Armando Garzón Guerrero**

Tesis presentada como requisito de grado para optar al título de  
Magister en Derecho

**Directora:**

**Dra. Yira López Castro**

Universidad del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia  
Bogotá D.C., Colombia

*A mi familia. A mis padres y mi hermana.  
Para todos aquellos que hoy no nos acompañan,  
Todo lo que soy es gracias a ustedes.*

## Tabla de contenido

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>PRIMERA PARTE .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>11</b>
<b>EL ENCARGO DE PROMOVER O EXPLOTAR LOS NEGOCIOS DEL AGENCIADO- UNA DISYUNTIVA PUESTA AL AZAR .....</b>	<b>11</b>
1.1. Definición y alcance de la expresión “encargo de promover y explotar los negocios del agenciado” .....	12
1.2. Solicitud de realizar un encargo .....	15
1.3. El deber de promoción .....	17
1.4. El deber de explotación .....	26
1.5. Conclusiones del capítulo .....	39
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>41</b>
<b>CONCEPTO DE “ACTUACIÓN POR CUENTA AJENA” .....</b>	<b>41</b>
2.1. Introducción .....	41
2.2. Definición.....	41
2.3. La Propiedad.....	47
2.4. Seguros .....	59
2.8. Riesgos de cartera .....	66
2.9. Conclusiones del Capítulo .....	67
<b>SEGUNDA PARTE.....</b>	<b>68</b>
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>68</b>
<b>CESANTÍA COMERCIAL .....</b>	<b>68</b>
3.1. Introducción .....	68
3.2. ¿Qué es la cesantía comercial y cuál es su origen histórico?.....	70
3.3. Momento a partir del cual se puede renunciar a la cesantía comercial-.....	72
3.4. ¿Cómo se calcula la cesantía comercial? .....	84
3.4.2. Procedimientos para el cálculo de la Cesantía Comercial .....	86
3.5. Interrogantes acerca de el promedio de la comisión, regalía o utilidad “recibida” en los últimos tres años .....	87
3.7. El pago anticipado de la cesantía comercial .....	88
3.8. Cláusulas Abusivas: una relación perpendicular al concepto de cesantía comercial .....	93
3.9. Conclusiones del capítulo .....	102
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>104</b>

<b>OTRAS DISPOSICIONES .....</b>	<b>104</b>
<b>4.1. La estabilidad y su relación con la terminación del contrato .....</b>	<b>104</b>
<b>4.2. Independencia .....</b>	<b>111</b>
<b>4.3. Tratamiento Tributario.....</b>	<b>113</b>
<b>4.3.1. Facturación.....</b>	<b>114</b>
4.3.2. IVA.....	115
4.3.3. Retención en la fuente .....	117
4.3.4. Impuesto a la renta.....	117
<b>4.4. La explotación en un determinado ramo y en una zona prefijada en el territorio nacional.....</b>	<b>119</b>
<b>4.5. Posibilidad de coexistencia de contratos.....</b>	<b>121</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>126</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>131</b>

**RESUMEN**

El presente documento pretende dar a todos los abogados litigantes una recopilación jurisprudencial de los aspectos probatorios que diferencian el contrato de agencia comercial de otros contratos como el de suministro o distribución. Para ello, se enumerarán los elementos esenciales mas controvertidos del contrato de agencia y después de una breve definición de los mismos, se establecerán algunos mecanismos que servirán de prueba al juez o árbitro que resuelva la contienda para determinar si se configuró o no el mencionado contrato.

De manera paralela se estudiarán sentencias que han resuelto distintas hipótesis que resultaron controversiales y se examinarán algunos casos puntuales que servirán como muestra para determinar distintas líneas jurisprudenciales que se han creado alrededor de las mismas.

**PALABRAS CLAVE:** Agencia Comercial, Cesantía Comercial, mandato

**ABTRACT**

This document is intended to provide all trial attorneys with a jurisprudential compilation of evidential aspects that differentiate commercial agency contracts from any other type, like supplies or distribution ones.

To aim for this, at first, the essential and also most controversial elements of agency contracts will be listed and subsequently briefly defined. After this, different mechanisms will be established to work as evidence for any judge that has to solve the battle where its determined whether such contracts were well set up or not.

In parallel, sentences that have resolved several hypothesis that turned out to be controversial will be examined as well as some specific cases that will work as reference to determine different lines of case-law that have been created around those.

**KEY WORDS:** Commercial agency, commercial severance, mandate

## INTRODUCCIÓN

Los contratos de agencia se han consolidado como una herramienta jurídica que permite a los comerciantes desarrollar, conquistar y consolidarse en los mercados de una manera rápida y con un riesgo moderado. Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado el número de litigios en materia de agencia comercial y dadas sus características y similitudes, este contrato se suele confundir con otros como el de distribución o suministro; en esta medida, es importante establecer las principales semejanzas y diferencias entre estos y otros tipos contractuales.

El litigio se ocasiona, principalmente, por un factor económico pues, al declararse la existencia de un contrato de agencia, el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a una 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. La anterior indemnización suele ser lo suficientemente cuantiosa como para afectar significativamente la economía o las finanzas de una empresa, por lo que el litigio se convierte en un aspecto clave de análisis e inspección.

Una vez se traba el litigio, el Juez o Árbitro que dirime la controversia tendrá, en síntesis, que revisar cada uno de los elementos esenciales de los contratos y determinar, según las pruebas aportadas, qué contrato fue el desarrollado por las partes, independientemente de la denominación que las mismas le hayan dado.

Como se pondrá de manifiesto durante el texto, el contrato de agencia comercial y el contrato de distribución, e incluso el de suministro, tienen algunas similitudes por lo que, en la práctica, suelen confundirse. Sin embargo, existen elementos diferenciadores en los cuales la prueba tendrá un papel protagonista para determinar la existencia de uno u otro contrato.

Tal como lo manifestó Jeremías Bentham “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”<sup>1</sup>. En este mismo sentido afirmó Carnelutti “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Bentham: Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 10.

<sup>2</sup> Carnelutti, Francesco. La prueba civil, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 18.

Tanto para los abogados de cada una de las partes en conflicto como para el Juez o Árbitro que dirima la controversia, la prueba viene siendo un complemento indispensable de todos los conocimientos, sin los cuales no podría plantearse una buena estrategia jurídica para unos o no se podría administrar justicia en debida forma para los otros.

Sin perjuicio de manifestar de manera previa que cada caso tiene sus particularidades fácticas, el presente texto pretende establecer cuáles son las semejanzas y diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de distribución o suministro a nivel probatorio y se realizará un recuento de casos esgrimidos tanto en la jurisdicción ordinaria como arbitral en donde se planteaban diferentes retos jurídicos y la forma en como los mismos se resolvieron.

Analizar el problema anteriormente mencionado resulta novedoso y necesario pues si bien es cierto muchos autores han escrito acerca de la agencia comercial, sus esfuerzos han estado dirigidos a definir cada uno de los elementos esenciales del contrato. Así, se torna en indispensable que además de definir estos elementos de manera sumaria, se elabore para los jueces, árbitros o abogados litigantes una guía práctica que establezca qué elementos probatorios han servido de guía en otros procesos para probar cada elemento, se establezcan algunas diferencias con otros contratos que se asemejan y se pongan de presente algunos casos prácticos que han resultado controversiales para aterrizarlos a un escenario particular y concreto.

El presente escrito resultará útil no solo para la comunidad académica, abogados litigantes o jueces sino para el empresario que se enfrenta a escenarios complejos pues analizando cada uno de los capítulos podrá determinar las posibilidades de éxito o de fracaso que tendrá en un posible litigio, y tomar decisiones acertadas que puedan ayudar a la compañía que representa.

De igual manera y durante el desarrollo del texto, el lector podrá encontrar algunas críticas respecto al lenguaje utilizado por el legislador en el capítulo del código de comercio que regula la agencia comercial lo que dificulta y complejiza aún mas el entendimiento del contrato estudiado. Para superar los obstáculos presentados por el lenguaje utilizado, se propondrá una redacción menos compleja que puede ser tenida en cuenta en futuras modificaciones que se presenten al texto.

Para los fines anteriormente descritos el texto se dividirá en cuatro capítulos que estudiarán los que, a juicio del escritor, presentan mayores inconvenientes. Cada uno de estos

capítulos tendrá una composición similar en donde a manera de introducción se definirá el elemento para, posteriormente, poner de presente al lector las diferentes posturas o interpretaciones que jurisprudencialmente se han discutido. Después se analizará el elemento desde el punto de vista probatorio y se diferenciará de otros tipos contractuales y se analizarán algunos casos de estudio para que finalmente se puedan hacer las conclusiones y críticas pertinentes.

## PRIMERA PARTE

### CAPÍTULO I

#### EL ENCARGO DE PROMOVER O EXPLOTAR LOS NEGOCIOS DEL AGENCIADO- UNA DISYUNTIVA PUESTA AL AZAR

Uno de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial está relacionado con el encargo de promoción “o” explotación que realiza el agente a favor del empresario y que, dentro de los procesos que se adelanten bien sea ante la jurisdicción ordinaria o cuando se deciden controversias a través de métodos alternos de resolución de conflictos como el arbitraje, se exige que sea demostrado cuando las pretensiones buscan la declaración de la configuración del contrato de agencia comercial.

Este elemento esencial del contrato analizado diferencia la agencia comercial de otros contratos por lo que en el presente capítulo se expondrá brevemente las definiciones, contenido y alcance que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a este elemento y además, se establecerán algunos elementos probatorios que se consideran indispensables para poder demostrarlo.

Finalmente y a título de conclusión, se harán unas críticas respecto del lenguaje utilizado por el legislador en donde se establecerá que la disyuntiva “o” respecto a la expresión promover “o” explotar no es mas que un desacierto lingüístico generado por el descuido y falta de precisión en la regulación del cuerpo normativo que codifica el contrato de agencia comercial y que se evidencia en diferentes apartados del mismo.

Este elemento tiene una relevancia especial y mayúscula pues diferencia el contrato de agencia del contrato de mandato o del contrato de comisión. Tal como lo señala Cardozo Luna *“el encargo de promocionar o explotar un negocio implica, necesariamente, una modalidad de intermediación diferente a la del mandato y la comisión. En la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena a través de la cual se persigue vincular una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante en un mercado, etc., al paso que en el mandato las relaciones entre el*

*mandatario y el cliente es ocasional y esporádico ya que finalizado el encargo termina su relación con mandante y cliente<sup>3</sup>”.*

Por la importancia anteriormente descrita se pretende abordar el estudio de este elemento ya que él mismo ha sido considerado como esencial tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia.

Dadas las anteriores premisas, se establecerá de manera primigenia una definición de la expresión promover o explotar los negocios del agenciado para que, con posterioridad se analice el alcance de la misma expresión.

### **1.1. Definición y alcance de la expresión “encargo de promover y explotar los negocios del agenciado”**

En este primer aparte se pretende establecer la definición y alcance que tanto jurisprudencialmente como doctrinariamente se ha dado sobre el particular para que, una vez definido, se estudien los elementos probatorios mas relevantes.

En este sentido, la existencia de un encargo es un elemento connatural a la agencia, como expresión de una forma de mandato y supone que el agente ha recibido por parte del empresario una serie de instrucciones para poder llevar a cabo una tarea asignada, lo que supone además que el agente tiene una consecuente obligación de rendir los informes y cuentas respectivas.

Sobre el particular, debe decirse que son dos los verbos rectores que acompañan la definición de este elemento esencial y que, no sobra decir, deben darse de manera conjunta o concomitante para que puede configurarse el contrato de agencia y no bastará con demostrar solo uno de ellos, tal como parece anunciarlo el legislador.

Promover, según la Real Academia es “impulsar [algo], procurando su logro’ y ‘elevar [a alguien] a un cargo superior<sup>4</sup>” y, por su parte, explotar significa ‘sacar provecho o servirse [de algo o alguien]<sup>5</sup>’.

Así las cosas, se podrá establecer que en el contrato de agencia comercial, el agente recibe el encargo por parte del empresario para que, a través de la organización del primero, éste impulse, promueva y establezca nuevos negocios dentro de un espacio geográfico

<sup>3</sup> Carozo Luna, Hernando. *La Agencia Comercial en el Derecho Mercantil Colombiano*, Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana. 2012

<sup>4</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en: <https://www.rae.es/dpd/promover>

<sup>5</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en: <https://www.rae.es/dpd/explotar>

determinado. Además, el agente debe sacar provecho de la promoción a través de la consecución de negocios, que puede hacer directamente cuando entre el empresario y el agente exista representación o indirectamente cuando no la haya.

La anterior definición está en concordancia con lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia quienes en reiteradas ocasiones han afirmado:

*“Es decir, que el agente cumple una función facilitadora de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad de representarlo. Para el desarrollo de esa tarea de promoción, debe éste disponer de una organización propia que incluya los establecimientos y el personal requerido, a la vez que debe emprender una tarea encaminada a crear, mantener y acrecentar la clientela, a proyectar las distintas operaciones y a realizar todas las demás gestiones aptas para la consecución del encargo asumido, es conquistar un mercado para los productos o servicios del agenciado, cuestión que sólo se logra mediante una consistente labor de promoción y mediación, cuya ejecución demanda estabilidad y permanencia.”<sup>6</sup>*

Por su parte, el Laudo Arbitral que resolvió las controversias entre BRM S.A. y Young & Rubicam Brands Ltda. expresó:

*“El objeto de la agencia no es otro que el de promover o explotar los negocios del agenciado, trátase de un empresario nacional o uno extranjero, en una zona geográfica preestablecida, labor que presupone un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, enderezado a crear, aumentar o mantener una clientela para el empresario; es decir, que el agente cumple una función facilitadora de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad para representarlo”<sup>7</sup>.*

---

<sup>6</sup> Tribunal de Arbitramento de Carlos Enrique Posada Colorado contra Industria Nacional de Gaseosas S.A., Laudo del 30 de enero de 2015.

<sup>7</sup> Tribunal de Arbitramento de BRM S.A. contra Young & Rubicam Brands Ltda, Laudo del 3 de octubre de 2011

En el mismo Laudo y a renglón seguido se afirma que

*“El agente debe emprender una tarea encaminada a crear, mantener y acrecentar la clientela, a proyectar las distintas operaciones y a realizar todas las demás gestiones aptas para la consecución del encargo asumido, esto es, conquistar un mercado para los productos o servicios del agenciado, cuestión que sólo se logra mediante una consistente labor de promoción y mediación, cuya ejecución demanda estabilidad y permanencia<sup>8</sup>”.*

De igual manera se señaló en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre del año 2006 que:

*“Bajo este escenario, resulta evidente que, mas allá de los matices y alcances de este elemento, no es posible concebir la existencia de un contrato de agencia sin la presencia de un encargo que se le haya confiado al agente, y que suponga la promoción y/o explotación de los negocios del agenciado. Su labor esencial y evidente, y la causa subyacente a la agencia, radica en el deseo o imposibilidad del agenciado de contactar, mantener o crear una clientela para sus productos, por lo cual defiere en el agente esa carga, que supone necesariamente la búsqueda constante de clientes para tales productos del agenciado, la consecución y mantenimiento de una clientela, así como procurar el cierre de negocios en beneficio del agenciado, independientemente de si detenta o no su representación”.*

Finalmente, en sentencia del 2 de diciembre de 1980 se estableció que la función del agente no se limita a poner en contacto a los compradores con los vendedores, tal como se haría en ejecución del contrato de corretaje, sino que su gestión se torna más específica pues a través de su empresa debe explotar y promover los negocios de otro comerciante<sup>9</sup>.

Así pues el agente es un buscador de negocios que dentro de sus funciones principales está la de conquistar, ampliar, recuperar o conservar una clientela, pero, y esto es lo que lo diferencia de otros contratos, estas funciones las ejecuta para el empresario.

Ahora bien, una vez analizado jurisprudencia y doctrina relacionada con la definición y alcance del encargo de promover y explotar negocios del empresario, se procederá a

---

<sup>8</sup> Íbid.

<sup>9</sup> Citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Magistrado Ponente: Octavio Munar Cadena

exponer los elementos probatorios que pueden llevar o conducir a que un juez o árbitro decrete la existencia o no de un contrato de agencia comercial.

Según la recopilación jurisprudencial realizada, son tres los elementos que se deben probar para demostrar la existencia de este primer elemento. El primero de ellos es que el empresario solicitó al agente i) un encargo, el segundo, es que se debe demostrar que el agente realmente hizo una ii) promoción de los negocios del empresario y finalmente, como tercer elemento, se debe demostrar que, producto de estos esfuerzos, se iii) explotaron los negocios de quien solicitó el encargo por lo que se propone estudiar cada uno de ellos de manera separada como sigue.

### **1.2.Solicitud de realizar un encargo**

Como se estableció previamente, en el contrato de agencia mercantil, el empresario solicita al agente el encargo de promover y explotar los negocios que son suyos. Esta es una de las finalidades económicas del contrato pues al empresario no le conviene o no tiene interés en abrir sucursales o puntos de venta en distintas localidades pero, en aras de lograr una expansión de su mercado, contrata a un agente para que sea este quien haga toda la labor de intermediación, busque clientes, los mantenga, y en general, realice todas las labores tendientes a conquistar un nuevo mercado dentro de una zona prefijada.

El hecho de que entre el empresario y el agente se establezca un encargo demuestra una vez más que el contrato de agencia comercial es un mandato que puede darse con o sin representación. En el contrato de agencia comercial el encargo principal que el empresario hace al agente es de promover y explotar los negocios del primero.

Poder demostrar en un litigio que el empresario efectivamente realizó un encargo es de vital importancia cuando se busca la declaración de un contrato de agencia. Para poder demostrar este primer hecho, los jueces o árbitros que resuelven esta clase de conflictos toman como principal medio de prueba el cuerpo del contrato y analizan el objeto del mismo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Sobre el particular véase el laudo arbitral de Carlos Enrique Posada contra Industria Nacional de Gaseosas S.A.S. del 30 de enero del 2015 en donde establece: “De acuerdo con el texto contractual, “La Compañía (INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.) se compromete a otorgar al CONCESIONARIO (CARLOS ENRIQUE POSADA COLORADO) una concesión para que éste adquiera de aquélla y revenda, en forma no exclusiva, ciertas cantidades acordadas de los productos y el CONCESIONARIO se compromete a adquirir y pagar a la compañía tales cantidades de productos para venderlos, en forma exclusiva, y a velar por la competitividad de los productos y la buena imagen de las marcas. (...) Continúa el texto contractual estableciendo que “la Compañía se obliga a transferir al CONCESIONARIO conocimientos, experiencia y

Sin embargo, el objeto contractual descrito en un contrato no puede ni debe ser tomado como la única prueba que determina la finalidad contractual que perseguían las partes a la hora de suscribir un contrato sino que esta prueba deberá ser estudiada en conjunto con los interrogatorios recepcionados y con las demás pruebas que obren en el expediente para que partiendo del objeto contractual plasmado en el texto, enfrentado a los hechos acreditados en el transcurrir de la ejecución del contrato se pueda establecer si hay correspondencia o no entre lo pactado y lo ejecutado y de esta manera determinar el real objeto del mismo.

A la par con la obligación de los jueces, árbitros y partes dentro de un proceso surge la necesidad de determinar con claridad las obligaciones de cada parte involucrada en el contrato pues tal y como lo explica el doctrinante Julio Giraldo Bustamante en su artículo “La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano” *“en el suministro la principal obligación del consumidor es el pago del precio a su proveedor como contraprestación por la venta de los productos recibidos, mientras que en la agencia, la obligación principal del agente es promover o promocionar un determinado producto”<sup>11</sup>*.

De esta manera y a título de conclusión, para poder determinar la existencia de un contrato de agencia comercial y más específicamente para poder demostrar que existe un encargo se deberán determinar con claridad dos pruebas importantes. La primera, está

---

técnicas comerciales y el CONCESIONARIO se obliga a cumplir con las políticas de la Compañía en relación con la distribución, imagen de los productos y de las marcas, competitividad de los mismos, servicio a los clientes y condiciones de comercialización. La Compañía se reserva el derecho de vender o distribuir los productos directa o indirectamente, y el CONCESIONARIO no tendrá derecho a reclamar compensación o indemnización alguna por dicha causa.” En este mismo sentido el laudo de Celulares y Tecnologías SAS contra Comunicación celular S.A. del 4 de abril de 2019 se estableció “Respecto de ese mismo aspecto, el Tribunal encuentra que el Contrato suscrito por las partes el 30 de marzo de 2006 contiene el mismo objeto, descrito de manera tan general, al consignado en el Contrato No. 816 de 1998 de que trata esta Litis, según los cuales la demandada —concede a CELULARES Y TECNOLOGÍA S.A. CELUTEC S.A. como DISTRIBUIDOR CV..., la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que... señale conforme a las denominaciones que... maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Obsérvese como, en los casos anteriormente expuestos y en casi todos aquellos en donde se alega o se busca la declaración de un contrato de agencia comercial y media un contrato o varios escritos, el objeto contractual resulta altamente indicativo de la intención de las partes y los jueces y árbitros se detienen para estudiarlo a profundidad. Los objetos contractuales no deben estudiarse de manera aislada, sino que deben estudiar las pruebas en su conjunto y contrastarlas enfrentando los hechos acreditados en el proceso con el transcurrir de la relación contractual para verificar si entre lo pactado y la ejecución del contrato existe correspondencia o verificar si jurídicamente existió una simulación de los contratos.

<sup>11</sup> GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. “La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano” en Revista de Derecho Privado No. 47. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Enero –junio, 2012. Pg. 19

relacionada con definir el objeto del contrato el cual se podrá extraer del contrato mismo, si lo hay, o de las declaraciones o interrogatorios que se realicen.

Además de determinar el objeto contractual y con el objetivo de diferenciar el contrato de agencia, por ejemplo, con el de suministro, se deberán establecer cuáles eran las obligaciones de cada parte y así se podrá determinar si existía o no un encargo.

### **1.3.El deber de promoción**

Como segundo elemento indispensable se deberá acreditar que el agente realizó las labores de promoción de los productos o servicios que ofrece el empresario. Esta labor de promoción suele hacerse en casi todos los contratos comerciales pues lo que se busca es precisamente acreditar una marca, producto o servicio buscando negocios, lo que conlleva al mantenimiento o ampliación de la clientela.

El deber de promoción no se agota con un solo un acto o varios aislados. Por el contrario, el deber de promoción que realiza el agente sobre los bienes o servicios del empresario comporta una labor constante, dirigida o encaminada a la consecución de posteriores negocios. Por esta misma razón, el legislador consagró que el contrato de agencia es un contrato que perdura en el tiempo y no se agota con la ejecución instantánea de las obligaciones.

Debido a que acreditar una marca dentro de un mercado conlleva reiteradas y repetitivas labores, el contrato de agencia no es de aquellos de ejecución instantánea. Por el contrario, el contrato de agencia se ejecuta o desarrolla en el tiempo, pues las obligaciones del agente tan solo se podrán cumplir mediante el paso de tiempo. Esto diferencia el contrato de agencia con el de simple mandato, pues en este último las relaciones entre mandatario y cliente son esporádicas u ocasionales.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido respecto de la promoción que:

*“Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida- en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe- luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollado- a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según*

*el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a a la relación no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado<sup>12</sup>”.*

La labor de promoción de los productos o bienes ofrecidos por el empresario puede comprender un sin número de actividades tendientes a cautivar a los clientes y esta labor dependerá no solo del bien o servicio ofrecido sino de la población a la cual va dirigida, la periodicidad en la cual es requerido el bien o servicio entre otras variantes que se deben analizar. Sin embargo, se considera que son tres los elementos que frecuentemente se analizan en las disputas ante la jurisdicción ordinaria o arbitral y que pueden diferenciar este contrato de otros: el uso de los signos distintivos, la publicidad y las reuniones con potenciales clientes. Cada una se examinará de forma separada como sigue.

### 1.3.1. El uso de los signos distintivos- Marcas

Los signos distintivos son bienes incorporeales de gran utilidad y aprovechamiento para los empresarios, pues permiten distinguir sus productos o servicios de otros ofrecidos en el mercado. Son importantes debido a que el público podrá diferenciarlos desde una perspectiva comercial y no confundirlos con otros competidores en el mercado.

Especificando el margen de acción, las marcas son una categoría de los signos distintivos al igual que los lemas comerciales, el nombre comercial, el nombre de dominio de internet, las enseñas y las indicaciones geográficas.

Respecto a las marcas, el artículo 134 de la Decisión 486 de 2000 estableció su significado indicando que son “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrá 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”.

Así las cosas, se podría afirmar que la marca es un bien de valoración mercantil constituido por un signo conformado por palabras, figuras, símbolos, entre otros, susceptibles

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7504

de representación gráfica que distingue productos dentro del mercado y ayuda al consumidor para que los valore, los diferencie y seleccione sin dar lugar a confusiones<sup>13</sup>.

La marca, más allá de distinguir un producto o servicio, representa compañías. Para los consumidores es un garante de confianza o un medidor de expectativas que permite a la empresa comercializar, proyectar y acarrea la necesidad de tener una buena reputación.

Derivado de lo anterior, en todas las legislaciones se consagran diferentes tipos de protección a las marcas. Por ejemplo, en Colombia, para la protección de este derecho se requiere de su registro en la Superintendencia de Industria y Comercio.

Una vez registrada la marca se crea a favor de su titular un derecho exclusivo de propiedad que impide que terceros puedan usar la misma marca o marcas similares y a su vez permite la total disposición por parte de su titular. Es decir, una vez que se hace el registro de la marca el titular adquiere auténticas facultades de un pleno derecho de dominio, iguales que los derechos reconocidos tradicionalmente a los propietarios de bienes tangibles.

En el contrato de agencia comercial, a diferencia de otros contratos, la marca resulta ser un tema de análisis pero que hasta ahora ha sido poco debatido. Entre los laudos y sentencias objeto de estudio las referencias relacionadas con la marca no revisten de mayor importancia para los jueces o árbitros, sin embargo, se considera que es un tema que diferencia este de otros contratos.

En la normativa legal colombiana consagrada a partir del artículo 1317 del Código de Comercio que regula en su integridad el contrato de agencia comercial, solo se hace alusión a la marca en el inciso segundo del artículo 1324 como sigue:

*“Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”.*

Sin embargo, existen otras disposiciones y planteamientos que permiten inferir que la marca es un elemento primordial en el contrato de agencia. Así a manera de ejemplo se puede establecer:

---

<sup>13</sup> CAN. Tribunal de Justicia Andino. Proceso 019 IP 2007. Interpretación prejudicial del 7 de marzo de 2007.

- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume de forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios: la forma en la que el agente realiza esta labor de promoción es a través de la publicidad de la marca del empresario, que como se dijo anteriormente, es la que distingue los productos de este de otros en el mercado.
- Exclusividad a favor del empresario: el artículo 1319 establece que se podrá establecer la exclusividad a favor del agenciado y, en consecuencia, el agente no podrá promover o explotar, en la misma zona, el negocio de dos o más empresarios competidores. La razón por la cual se consagra esta exclusividad es porque al empresario no le conviene que en un mismo territorio compitan dos marcas o productos similares que los consumidores no puedan diferenciar con facilidad.
- Rendición de informes por parte del agente para valorar la conveniencia de cada negocio: la rendición de cuentas que debe hacer el agente a favor del empresario y la facultad para celebrar o no negocios por parte de este último se da debido a que es este quien pone en riesgo su marca y en consecuencia, es el facultado para decidir si celebra o no determinado contrato.
- La indemnización que contempla el inciso primero del artículo 1324 conocida como cesantía comercial o en otras latitudes como compensación por clientela se da por el esfuerzo que hace el agente para conseguir clientes que, una vez terminado el contrato, no reportarán ningún beneficio en el patrimonio de este sino que lo harán en el patrimonio del empresario. Debido a esto, la forma para que la clientela, una vez terminado el contrato, siga siendo del empresario se da si se le permite al consumidor distinguir los productos o servicios que antes ofrecía el agente y ahora ofrecerá el empresario pudiendo hacerlo directamente o a través de un tercero. La forma para distinguirlos, comúnmente está dado por el uso de una marca.

Ahora bien, revisando algunos contratos de agencia comercial que fueron puestos en disputa ante jurisdicción ordinaria o ante tribunales arbitrales, se puede evidenciar que el uso de las marcas del empresario por parte del agente es un tema previsto por las partes<sup>14</sup>.

En términos generales, se puede afirmar que en los contratos de agencia analizados se otorga a favor del agente la facultad de usar la marca y además se consagran distintas disposiciones de protección a la marca pues su uso generalmente es restringido y deberá hacerse de acuerdo con las instrucciones del empresario.

El derecho de uso marcario que generalmente se otorga al agente ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

*“El titular tiene el derecho de explotar la marca en relación con aquellos productos o servicios designados con ocasión del registro de la marca, a través de su uso. Por “uso” se debe entender las prerrogativas o actos de explotación, tales como la introducción al comercio, la venta, la distribución de productos o servicios marcados, la importación, la exportación, el almacenamiento o transporte de productos o servicios, y la utilización del signo en publicidad, publicaciones y documentos comerciales o comunicaciones escritas y orales. Ese uso debe ser, por lo tanto, de naturaleza comercial y se ejerce contra cualquier persona<sup>15</sup>”.*

El derecho de uso que se le otorga al agente le permite promocionar los productos y distinguirse dentro de un mercado en particular. El hecho de que se le otorgue al agente el

---

<sup>14</sup> Véase a modo de ejemplo el contrato celebrado entre UTOMOTORA NACIONAL S.A. - AUTONAL S.A. CONTRA SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES S.A. -SOFASA S.A. en donde se contempla que *“El concesionario no adquiere derecho, ni título de propiedad, respecto a los métodos de operación, ni sobre el nombre comercial, marcas de productos y marcas de servicios que se licencian mediante el presente contrato, a excepción de los derechos de concesión otorgados para hacer uso y aprovechamiento de ellos, de acuerdo con los términos del contrato”* o en el contrato celebrado entre Celutec S.A.S. y Comcel en donde se estableció que *“EL DISTRIBUIDOR reconoce que no tendrá ningún interés o propiedad en ninguna marca comercial, nombre comercial o material publicitario, promocional u otro material escrito relacionado con el Servicio o con los Productos o con OCCEL”*, el contrato entre Carlos Enrique Posada y la Industria Nacional de Gaseosas S.A. en que se estableció *“Que el CONCESIONARIO (Carlos Enrique Posada Colorado) desea adquirir LOS PRODUCTOS de LA COMPAÑÍA (Panamco Colombia S.A.) y se compromete a acatar las políticas sobre distribución que la misma desarrolle, a garantizar la competitividad de LOS PRODUCTOS en el mercado, a proteger LAS MARCAS y a asumir los costos y gastos inherentes a la reventa de LOS PRODUCTOS. En consecuencia, el CONCESIONARIO estará sujeto a y dependerá comercialmente de las políticas de distribución de LA COMPAÑÍA”* y finalmente el contrato celebrado entre Young & Rubicam Brands Ltda y BRM S.A. en el que se establece *“No celebrará ningún tipo de acuerdo de asociación o afiliación substancialmente similar al presente Acuerdo con ninguna empresa o sociedad que realice actividades iguales o similares a las realizadas por Y&R. (ii) Identificará los servicios CRM que prestará a los clientes y a terceras personas única y exclusivamente con la marca WUNDERMAN”* por citar algunos ejemplos.

<sup>15</sup> Fernández Novoa, Carlos; Otero Lastres, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Madrid: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. (2009).

derecho de uso sobre la marca del empresario es una consecuencia lógica de la finalidad perseguida por el contrato pues permite que, una vez terminado el mismo, los clientes puedan seguir distinguiendo los productos ofrecidos por el agente que podrán ser ahora comercializados por el empresario de manera directa o a través de un tercero.

Se considera que esta distinción solo es plausible si se permite a la clientela distinguir los productos del empresario a través del uso de la marca.

Así las cosas, el uso de marcas podría llegar a distinguir los contratos de agencia de aquellos de distribución o suministro. En estos últimos no es para nada común que se otorgue a favor del distribuido o suministrado la facultad del uso de la marcas más allá que para la simple distribución o suministro de los productos o servicios.

En estos contratos no es común siquiera que se consagre estipulación alguna sobre la marca pues el contenido obligación estará dirigido o encaminado a prever asuntos diferentes y primordiales tales como el precio, el pago, las cantidades y la periodicidad.

Contrario a esto, la facultad de usar las marcas por la otra parte es un elemento común en contratos como el de franquicia o el de concesión. Por ejemplo, en el contrato de franquicia el franquiciante concede el uso de una marca registrada al franquiciado y además le transmite un intangible denominado “*know how*” o “*saber hacer*” y como retribución recibe una regalía. La facultad de usar la marca en los contratos de franquicia se torna en un elemento esencial en la ejecución de este tipo de contratos.

Por las razones anteriormente expuestas se considera que la marca es un intangible de gran importancia a la hora de ejecutar el contrato de agencia comercial y que se tornará en indispensable una vez finalice el mismo pues permitirá cumplir con el fin último de estos tipos de contratos que es transmitir la clientela cosechada por el agente y pasarla al empresario para que la maneje directamente o a través de un tercero.

No es así en los contratos de suministro o distribución en donde el suministrado o distribuido no adquiere derecho alguno sobre la marca mas allá de la simple comercialización de los productos o servicios.

### **1.3.2. Publicidad**

Estrechamente relacionado con el tema descrito en el punto anterior, la publicidad de los productos o servicios es un tema de plena relevancia a la hora de promocionarlos. Se debe advertir que existen múltiples y numerosas formas de hacer publicidad, algunas de ellas

ampliamente reconocidas como el marketing a través de medios digitales, publicaciones en periódicos, vallas publicitarias, radio, entre otros, pero debe tenerse en cuenta que también existen otras formas de hacer publicidad como eventos masivos, brigadas o campañas de ventas las cuales, se reitera, se utilizarán dependiendo del público al cual se quiera conquistar, la frecuencia con la cual se adquieren los productos, el bien o servicio ofrecido, entre otros factores que estudian los comerciantes.

Lo cierto es que pese al mecanismo que se considere apropiado para realizar la publicidad, todas ellas tienen el mismo propósito o fin y es incentivar a los clientes o potenciales clientes a adquirir los productos o servicios del empresario.

Como se establecerá en el capítulo en el que estudiará el alcance y los efectos de la expresión “*por cuenta ajena*”, se debe hacer una diferenciación entre quien es el encargado de asumir los costos que se generan con ocasión de la publicidad y la marca, producto o servicio beneficiada con la mencionada publicidad.

Realizar todas las labores pertinentes para que se lleven a cabo la promoción es una labor que le corresponde primordialmente al agente quien, por ejemplo, podría reunir las personas para realizar un evento, haría cotizaciones sobre la que considere la mejor forma de hacer publicidad, utilizaría productos como libretas, esferos entre otros implementos que contengan la marca del empresario, entre otras actividades.

Ahora bien, al agente también le corresponde informar al empresario de las formas que a su consideración estima pertinentes para desarrollar una adecuada publicidad y tener un papel proactivo para proponer novedosas formas de incentivar al consumidor a comprar el bien o servicio.

Y es que esta función en cabeza del agente es apenas lógica pues será éste quien conoce el comportamiento de los consumidores, conoce en mayor medida el público al que estará dirigido, los productos, marcas o servicios competidores entre otros factores que lo convierten en la persona idónea para este fin.

Se debe advertir que no en pocas ocasiones la forma en la que se debe hacer la publicidad está previamente establecida por el empresario, y no por esto la función del agente tiene que ser pasiva o distante y, por el contrario, en estos casos, se exige al agente una actitud de apoyo o colaboración frente a las políticas de promoción establecidas por el empresario.

Lo anterior, va en consonancia con lo establecido por el tribunal de arbitramento que resolvió las controversias entre Celulares y Tecnología S.A.S.- Celutec y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. para lo cual dispuso:

*“Observa el Tribunal que si bien es cierto que era COMCEL quien fijaba e implementaba la política orientadora de la promoción y explotación de sus productos y servicios, política que tenía como destinatarios a toda la red de distribuidores, es evidente que CELUTEC colaboró de manera importante en esa función, al punto que la actividad esencial de CELUTEC consistía en lograr convencer a los clientes- mediante brigadas, campañas de venta y publicidad-, para que adquirieran los productos y servicios que ofrecía COMCEL. Y esta es razón suficiente para concluir que este elemento del contrato de agencia se encuentra cumplido en el vínculo negocial entre CELUTEC y COMCEL<sup>16</sup>”.*

Ahora bien, se pretende analizar quién asume los costos de la publicidad. Sobre este aspecto, se debe advertir que es el agente quien asume los costos de la publicidad. El agente en este caso está obligado a asumir los gastos “inherentes de la agencia” dentro de los que se encuentra la publicidad, sin embargo, el artículo 1323 del Código de Comercio que lo regula, es una norma de carácter supletivo lo que indica que las partes, en uso de su libertad contractual, podrán establecer que el empresario asumirá estos costos de manera total o siquiera parcial, lo que no desconfigura el contrato de agencia.

Y el hecho de que el empresario sea quien asuma los costos de publicidad total o parcialmente no es del todo extraño en la práctica en el contrato de agencia. Con frecuencia, el empresario suele establecer unos fondos para poder ejecutar todas las labores de promoción en debida forma o para tan siquiera coadyuvar a la carga del agente, y esto se da principalmente por el alcance que se quiere tener para cierto tipo de publicidad o simplemente porque el empresario resguarda de tal manera su imagen o su marca que desea emplear métodos propios para así poder realizarla, además de que cuenta con la experiencia necesaria para determinar cual es la mejor forma de hacerla, dependiendo de los clientes o potenciales clientes a los cuales va dirigido.

---

<sup>16</sup> Tribunal de Arbitramento de Celulares y Tecnología S.A.S.- Celutec contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 4 de abril de 2019.

Así las cosas, le corresponde al demandante allegar los planes o estrategias de publicidad y la publicidad misma por él adelantada, y además deberá incorporar al expediente todas las facturas o comprobantes de pago en donde se certifique que fue él y no el empresario quien pagó con su propio patrimonio la ejecución de todas las actividades para así llevar al juez del convencimiento de que fue quien ejecutó labores de promoción. Sin perjuicio de lo anterior, se reitera, existe la posibilidad que por pacto en contrario sea el empresario quien asuma estos gastos total o parcialmente sin que se desconfigure el contrato pero también se reitera, no por este hecho, la actitud del agente debe ser pasiva.

### **1.3.3. Reuniones con potenciales clientes**

Una de las obligaciones que debe desarrollar el agente para conseguir clientes o simplemente para mantenerlos dentro de su labor general de promoción y explotación de los productos o servicios del empresario es realizar reuniones con los clientes o potenciales clientes que se tengan.

Las reuniones con clientes o potenciales clientes resultan de vital importancia a la hora de la consecución de un negocio y representan una importante prueba a la hora de determinar el contrato realidad.

En principio, si en el contrato no se ha estipulado nada diferente, los gastos que puedan ser generados por esta actividad serán asumidos en su integridad por el agente. Estos gastos, son de aquellos que el legislador ha denominado como “gastos inherentes al contrato de agencia comercial” anteriormente mencionado en virtud del artículo 1323 del Código de Comercio.

Lo importante a la hora de enfrentar un litigio es poder demostrar que el agente era el encargado de buscar a nuevos clientes o mantenerlos y asumía de su propio patrimonio todos los gastos inherentes que estas reuniones causaran, verbi gracia, gastos de desplazamiento, alojamiento entre otros.

Las demás actividades tendientes a finiquitar la relación comercial tales como la elaboración de contratos, la suscripción y su ejecución dependerán de dos factores. El primero de ellos es si se ha o no facultado al agente para que ostente la representación del empresario. Es importante recordar que la agencia comercial se puede dar con o sin representación. Y el segundo, está dado por las facultades que se le hayan dado al agente a la hora de celebrar los contratos.

Así, por ejemplo, se puede crear una hipótesis en donde contractualmente se haya establecido entre el agente y el empresario que aquel se comprometía a realizar las reuniones con potenciales clientes, elaborar los contratos, pero no tenía la facultad para suscribirlos en nombre del empresario. Para poder suscribir los contratos, el agente debía contar con la aprobación escrita por parte del empresario y sería este último el encargado de suscribirlos o firmarlos.

En el caso que se propone como ejemplo, para demostrar la promoción de los productos o servicios del empresario el agente deberá demostrar que efectivamente el agente tuvo reuniones con el cliente, elaboró los contratos y para poder suscribirlos tuvo contacto con el empresario y le remitió el contrato para que lo analizara y firmara.

Lo que se quiere advertir en este caso es que si bien las labores de promoción son obligaciones del agente, las facultades son acordadas entre las partes por lo que estas labores podrán ser limitadas por parte del empresario.

Ahora bien, dentro de un proceso, lo que deberá probar el agente para demostrar la existencia de un contrato de agencia comercial es que realizó las funciones de promoción y acercamiento con los clientes de acuerdo a los parámetros establecidos y acordados con el empresario.

#### **1.4.El deber de explotación**

Una vez analizado el deber de promoción se pretende abordar ahora el deber de explotación que radica en cabeza del agente y alguno de sus elementos probatorios más importantes. Para tal fin, de manera preliminar se debe establecer que el deber de explotación surge como consecuencia de la labor de promoción que hace el agente de los productos o servicios ofrecidos por el empresario.

La explotación, en la mayoría de la veces, se verá reflejada económicamente pues esta labor implica efectivamente obtener los frutos o ejecutar las negocios. Es fundamental que el agente no se limite a realizar las labores de promoción sino que además deberá generar negocios y ejecutarlos, cuando tenga la representación o ponerlos a disposición del empresario cuando no la tenga.

Finalmente, debe advertirse que en el contrato de agencia comercial no siempre media la representación del empresario. Así las cosas, no es necesario que el agente celebre actos jurídicos directamente, pues su labor quedará finiquitada con ponerlos a disposición del

empresario y que sea su decisión celebrar o no los negocios jurídicos puestos a su disposición. Independiente de esto y de conformidad con el artículo 1322 del Código de Comercio, el agente recibirá su remuneración.

Para poder demostrar que el agente efectivamente realizó labores de explotación es necesario analizar la clientela, la remuneración y la posibilidad de fijar precios que radica en cabeza del empresario como se expondrá a continuación.

#### **1.4.1. La Clientela**

La clientela tiene varias definiciones, sin embargo, se considera apropiado traer a colación dos encontradas en la legislación colombiana con el objetivo de establecer un concepto final.

La primera proveniente de la Ley 1328 de 2009 o conocida también como el Estatuto del Consumidor Financiero en la cual define en su artículo primero al cliente como la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.

La segunda definición está dada por la Ley 1480 de 2011 conocida también como el Estatuto del Consumidor que si bien es cierto, no trae una definición de cliente<sup>17</sup> establece que por consumidor o usuario se debe entender a 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.

De las anteriores definiciones transcritas se puede concluir que los clientes pueden ser definidos como personas naturales o jurídicas que acceden a un producto o adquieren un servicio y como contraprestación se establece un pago. Existen clientes constantes que acceden a los bienes o servicios de manera habitual o, por lo menos ocasional, y existen clientes que lo hacen en un determinado momento con el ánimo de satisfacer una necesidad puntual.

---

<sup>17</sup> Pese a que en la mencionada legislación no se trae una definición de cliente, consideramos que al igual que en la española, el legislador ha tratado al comprador, consumidor o cliente como sinónimos.

Los clientes suelen ser uno de los activos más importantes dentro de una empresa, pues la finalidad última de cualquiera de ellas es lograr un intercambio de valor entre los bienes o servicios que se prestan y una contraprestación o remuneración a cambio.

Sin duda alguna, el cliente es el principal foco de atención de cualquier empresa y lo que estas deben buscar es una satisfacción plena de las necesidades, con el objetivo de que los clientes se vuelvan concurrentes y soliciten de manera reiterada los bienes y servicios ofrecidos.

Los clientes dentro del contrato de agencia comercial resultan ser un elemento indispensable y debido a lo anterior, sobre el particular se harán dos consideraciones. i) Una relacionada con el deber del agente de mantener, crear o buscar nuevos clientes y hacer todas las actuaciones para finiquitar los negocios y ii) la otra relacionada con lo que debería suceder con los clientes una vez finalizado el contrato de agencia comercial.

Como se dijo anteriormente, una de las principales obligaciones que surgen en cabeza del agente es crear, mantener o buscar nuevos clientes y hacer todas las actuaciones necesarias para finiquitar los negocios.

La causa que subyace en todos los contratos de agencia es que, ante la imposibilidad del empresario de contactar, de mantener o de crear una clientela para sus propios productos dentro de un territorio específico, el empresario difiera en el agente esta carga, quien a través de su propia organización hace toda esta labor para el empresario.

Así las cosas, la labor del agente es mantener, crear y buscar nuevos negocios. Sobre la labor de mantener, se debe establecer que los clientes actuales que tiene el empresario no ayudan a que las empresas crezcan más, pero sí permite que estas sigan teniendo utilidades. Para conservar los clientes, las empresas deben lograr no solo una plena satisfacción de sus necesidades prestadas por los bienes que comercializan o los servicios que prestan, sino que además los deben atender de manera adecuada brindando asesoría en el proceso de pre-venta y pos-venta para lograr una satisfacción plena.

Lo que se debe demostrar en este escenario es que el empresario remitió unos clientes iniciales o que estaban conquistados por este al agente quien, a partir de la fecha de remisión, los atendió, prestó los servicios y, en general, intentó mantenerlos como clientes activos para que estos siguieran solicitando los bienes o la prestación del servicio.

Con respecto a la obligación de buscar nuevos clientes se establece que es el agente quien debe hacer todas las labores relacionadas con el estudio de mercados, establecer estrategias de marketing, realizar contactos, visitas a potenciales clientes y, en general, hacer todas las gestiones necesarias para poder desarrollar el negocio.

La labor de atraer clientes o buscarlos, en la mayoría de los casos, resulta mucho más compleja que mantenerlos y requiere un esfuerzo adicional por parte del agente. En general, las empresas buscan tener siempre un número mayor de clientes lo que genera un crecimiento en el mercado. Los nuevos clientes se convierten en una oportunidad para poder obtener mayores rendimientos.

Sobre este aspecto, resulta indispensable que el agente demuestre en el proceso que realizó todas las labores de acercamiento con nuevos clientes, que realizó visitas a los interesados y más aún, que las mismas fueron puestas a disposición del empresario para que este decidiera si se ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad para representarlo.

Esto diferencia el contrato de agencia con el de distribución pues, mientras en el primero el empresario tiene la facultad para celebrar o no contratos, en el de distribución, una vez efectuada la venta, este puede venderlo a quien considere pertinente con total autonomía y libertad.

Lo anterior tiene total concordancia con el artículo 1321 del Código de Comercio en donde se establece que el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

Resulta imperioso resaltar que el análisis de la conveniencia de un negocio o no radica en cabeza del empresario por dos motivos. El primero porque los riesgos son asumidos por parte de este y, en segundo lugar, porque la clientela al final, si bien es desarrollada por el agente, la misma le corresponde al empresario.

Para finalizar este primer segmento relacionado con la clientela, se recomienda allegar al proceso como prueba, tal y como lo hicieron en el laudo arbitral de BRM S.A. contra Young & Rubicam Brands Ltda, una tabla de contenido en donde se especifique y diferencie con claridad los clientes que manejaba el empresario y que fueron remitidos por

el Convocado y aquellos clientes que consiguió el primero gracias a la intermediación y a los esfuerzos que realizó a la hora de promover los negocios del empresario<sup>18</sup>.

De igual manera, resulta relevante adjuntar al expediente las comunicaciones sobre el manejo de clientes que se tienen con el empresario y los informes relativos a las condiciones del mercado, este servirá para demostrar en cabeza de quién estaba la facultad para celebrar o no negocios.

Independientemente de si el agente tiene o no la potestad para representar al empresario, será este quien decidirá en cada caso si se realiza o no cada uno de los negocios que busque el agente por las razones anteriormente expuestas. Esto podría ayudar a diferenciar los contratos de agencia de aquellos que son de distribución pues en estos últimos el distribuido podrá a su vez distribuir los productos que ahora le pertenecen a cualquier persona y no necesitará la aprobación del distribuidor.

De igual manera, los informes relativos a las condiciones del mercado servirán para demostrar que el empresario tenía conocimiento del negocio que estaba desarrollando el agente y, que en consecuencia, asumía estrategias de comercio diferentes como subir los precios del producto, bajarlos, aumentar la publicidad, disminuirla, entre otras actividades.

En el segundo segmento se debe analizar a los clientes con posterioridad a la finalización del contrato. Resulta imperioso establecer que la controvertida cesantía comercial, denominada más exactamente por otros ordenamientos como “compensación por clientela” o “indemnización por clientela” gravita en la tesis retributiva sustentada bajo dos premisas. La primera porque, al extinguirse el contrato, el beneficio recibido por el empresario con la actividad del agente es la conquista de una clientela presente y futura, la cual, seguramente, redundará exclusivamente en su activo patrimonial y no en el de su contraparte, y la segunda, porque ese aprovechamiento ulterior de la clientela a cargo del empresario no se remunera durante la vigencia del convenio, debiendo reconocerse de todos modos esta gestión.

La clientela mantenida, buscada y conquistada por el agente es entonces la fuente de esta retribución o indemnización, pues la misma seguirá generando utilidades para el empresario y dejará de hacerlo para el agente una vez finalizado el contrato. Por este mismo

---

<sup>18</sup> Tribunal de Arbitramento de BRM S.A. contra Young & Rubicam Brands Ltda, Laudo del 3 de octubre de 2011

motivo es que la cesantía comercial se causa independiente de los móviles o motivos que dieron fin al contrato.

Ahora bien, todo debe analizarse en su conjunto pues el objeto principal del contrato de agencia comercial es la promoción y explotación los negocios del empresario y para esta finalidad el agente debe mantener, conquistar y conseguir negocios que repercutirán directamente en el patrimonio del empresario.

En concordancia con lo anterior y debido a que es este quien asume los riesgos del negocio, el agente debe ponerle de presente y de manera constante los movimientos o cambios que se presentan en el mercado y, finalmente, el empresario tendrá siempre la facultad de decidir si un negocio propuesto por el agente es o no conveniente y si decide o no realizarlo.

Esta facultad se otorga no solamente porque es el empresario el encargado de asumir los riesgos de los negocios sino también porque al final la clientela conquistada por el agente no es propiamente de este, sino del empresario.

Derivado de todo lo anterior, se considera que el comportamiento de la clientela con posterioridad a la finalización del contrato es indicativa o por lo menos ilustrativa del negocio jurídico celebrado y ejecutado.

Lo que se quiere poner de presente es que desde la terminación del contrato, la presentación de la demanda, la admisión de la misma y la ejecución del proceso suele pasar un tiempo considerable, término que en todo caso no puede ser mayor a cinco años<sup>19</sup>, y durante este lapso de tiempo el comportamiento de la clientela varía o no en mayor o en menor medida dependiendo del contrato ejecutado por las partes.

Si se ejecutó un contrato de agencia comercial, al finalizar el mismo, el empresario deberá recibir por parte del agente un listado con los clientes que a la fecha estén activos o se encuentren interesados en adquirir los productos o servicios ofrecidos (potenciales clientes). En el lapso de tiempo desde la terminación del contrato hasta la presentación de pruebas, los clientes que se encuentren en la zona en la cual operaba anteriormente el agente no deben cambiar sustancialmente.

---

<sup>19</sup> El artículo 1329 del Código de Comercio establece que “las acciones que emanan del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años”.

Si se ejecuta un contrato de distribución o suministro, no existe la obligación del suministrado de realizar un listado con sus clientes o potenciales clientes y de remitirlo al suministrador por lo que en mismo lapso de tiempo, las ventas deberían disminuir dentro de la zona explotada o ser nulas o los clientes ser diferentes de los anteriormente conquistados a menos, por supuesto, de que exista un nuevo distribuidor dentro de la misma zona.

Se debe concluir entonces en este aparte indicando que la mencionada prueba que muestra el comportamiento de la clientela dentro de una zona delimitada es altamente indicativa del tipo contractual ejecutado pero se debe advertir que la misma debe ser analizada por las partes y valorada por los jueces o árbitros con cautela, pues podrán existir hechos externos y particulares en cada caso que hagan ver resultados distintos.

Por ejemplo, si se ejecutó un contrato de distribución pero a la terminación del mismo otra persona fue la encargada de distribuir los servicios o productos dentro de una misma zona, existirá la posibilidad de que los clientes sean los mismos y las ventas no se redujeran sustancialmente.

Caso contrario sucedería si se está ejecutando un contrato de agencia comercial y a la terminación del mismo el empresario decide no seguir explotando esta zona. Bajo este panorama, la muestra podría indicar que pese a la terminación, las ventas se disminuyeron y se perdió contacto con cada uno de los clientes. Por esto, la advertencia es revisar con cuidado cada caso en particular pues podrían existir hechos externos que varíen la valoración de la mencionada prueba.

#### **1.4.2. La remuneración**

La remuneración, al igual que la actuación por cuenta del empresario, es un elemento que si bien no se encuentra consagrado en el artículo 1317 del Código de Comercio que describe y establece los elementos esenciales del contrato de agencia, el carácter oneroso del mismo se desprende del inciso primero del artículo 1324 y del artículo 1322 del mismo cuerpo normativo que a su tenor literal expresan:

**“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”.*

**“Artículo 1322:** *El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”.*

Sobre el artículo 1322 se debe advertir que el mismo es sustancialmente diferente al artículo 1748 del Código Civil italiano que consagra que el agente tiene derecho a la remuneración solo si el negocio se lleva a cabo. Advierte además que, si el negocio ha tenido una ejecución parcial, la comisión corresponde al agente en proporción a la parte ejecutada<sup>20</sup>.

Se considera que el ordenamiento colombiano es congruente con su propia legislación pues el empresario tiene la posibilidad de celebrar o no un negocio propuesto, es decir, es el agenciado quien tiene la última palabra y la capacidad de discernir si celebra o no un contrato. Este hecho y esta capacidad de escoger que escapa a la órbita, manejo y control del agente hace que el mismo sea acreedor de la remuneración así no se ejecute el contrato.

Si se aceptara la legislación italiana y se implementara en nuestro ordenamiento, el empresario podría negarse a todos los negocios buscados y ofrecidos por el agente, no reconocer la comisión y celebrar el negocio directamente, con lo cual se estaría afectando de manera directa el objeto o finalidad del contrato mismo.

Hechas las consideraciones pertinentes respecto de las diferencias conceptuales que existen entre comisión, regalía o utilidad, en el capítulo que desarrolla las problemáticas de la cesantía comercial, lo cierto es que se celebren o no los contratos por parte del empresario, este debe reconocer una remuneración por las labores ejecutadas que será pactada por las partes.

Lo que resulta importante resaltar y que tiene un carácter probatorio relevante para diferenciar la agencia comercial de otros tipos comerciales es la proveniencia de la remuneración del agente.

En primer lugar, se debe advertir que la primera diferencia evidenciada es que en el contrato de agencia, el agente recibe su remuneración así el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario. Cosa distinta sucede en otros tipos contractuales como el

---

<sup>20</sup> León Tovar. Soylá “*Contratos Mercantiles*”. Editorial Oxford. México. 2004

de distribución, en donde el distribuido que hace ventas a un tercero, si no lleva a cabo o no se ejecuta el contrato, el distribuido no tendrá derecho a su remuneración.

Con respecto a la proveniencia de los dineros que comportan la remuneración, se debe advertir que existen importantes diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución. En los contratos de agencia comercial se remunera al agente con un porcentaje de la venta del precio del producto, equivalente por lo general a porcentajes variables cuantificados sobre volúmenes de ventas y proviene del patrimonio del empresario.

La retribución generada por los distribuidores tiene una fuente distinta. Los beneficios o remuneración de los distribuidores proviene de la diferencia entre el precio de compra y el de reventa<sup>21</sup>.

Así las cosas, un elemento común entre el contrato de agencia y distribución es que existan pagos del agente al empresario o del distribuido al distribuidor. En los dos casos, los pagos se dan por el pago de las mercancías que se comercialicen o de la prestación de servicios que se hagan. También es común que se hagan pagos del empresario al agente pues el mismo se hace como remuneración por su labor de promoción y explotación; lo que no es común es que se hagan pagos del distribuidor al distribuido.

Aportar dentro de un proceso una prueba pericial o alguna otra certificación de contadores públicos o revisores fiscales sobre la contabilidad que certifiquen que no se hicieron pagos de convocado a convocante es altamente indicativo de que el contrato celebrado no es de agencia comercial.

Un último punto que se pretende abordar es la facultad unilateral por parte del empresario de modificar las comisiones que otorga al agente. Se puede observar cómo los litigantes se esfuerzan en demostrar que la variación de la comisión por parte del empresario comporta un ejercicio abusivo del derecho.

Lo cierto es que en sede arbitral se ha admitido que, solamente cuando hay estipulación expresa en el contrato que revista al empresario de la facultad unilateral para modificar el precio de la remuneración que le concede al agente, se permite ejercer esta facultad pero se establece una carga adicional cuando se presentan estos casos. La

---

<sup>21</sup> Tribunal de Arbitramento de Carlos Enrique Posada Colorado contra Industria Nacional de Gaseosas S.A., Laudo del 30 de enero de 2015.

mencionada carga consiste en que el empresario puede hacer uso de esta facultad sin que se torne abusiva solamente si la misma se ejerce de manera razonable.

Para que se pueda ejercer esta facultad, también se exige que en el contrato se establezca una estipulación de manera expresa que lo habilite y si no la hay, no se podrá ejercer así las consideraciones prácticas derivadas del desarrollo del mercado lo merezcan.

Sobre el particular expresa:

*En Colombia es evidente que la solución de presumir la existencia de la facultad no es procedente, pues no hay una costumbre que la respalde y que pueda ser demostrada en los términos del artículo 6 del Código de Comercio. Tampoco podría decirse que la facultad de modificación unilateral subyace implícitamente en los contratos, para concluir que si no se pacta expresamente, surgiría como un elemento de la naturaleza de los actos jurídicos, es decir, como uno de aquellos efectos que 'aún a falta de estipulación, se producen espontáneamente opera legis'. Tales elementos naturales, según las voces del artículo 1.501 del Código Civil, son los que se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de una cláusula especial.*

(...)

*Para ilustrar esta afirmación, téngase en mente que la ley -si las partes no determinan el precio o la remuneración, ni fijan la manera de hacerlo-, suple esa carencia de pacto con distintos medios, como son acudir a la costumbre; establecer ciertas presunciones o dejar la fijación del precio o remuneración al juicio de peritos, pero en ninguna hipótesis contempla la posibilidad de que una de las partes fije el precio unilateralmente.*

(...)

*Esto significa que en nuestro derecho el principio general sigue siendo el del respeto al Pacta Sunt Servanda, de manera que las estipulaciones sólo pueden ser modificadas o extinguidas por el acuerdo de las partes o por causas legales. Con todo, ese principio se ve limitado cuando, en virtud de pacto expreso, se le otorga a una parte la facultad de cambiar discrecionalmente los precios o remuneraciones del*

*negocio, estipulación que es válida y vinculante en el estado actual del derecho privado colombiano<sup>22</sup>"*

Debe advertirse que tanto las partes como los jueces y árbitros deben ser cuidadosos al analizar y valorar esta prueba, pues puede ocurrir que se aporte una certificación o un dictamen pericial que efectivamente indique que no se hicieron pagos de convocado a convocante e igualmente se esté en presencia de un contrato de agencia comercial. Este ejemplo se presentaría, por ejemplo, si para efectos fiscales o tributarios el agente contara con la facultad de descontar la remuneración que le corresponde del pago total de la mercancía o de la prestación del servicio, por lo cual, solo debería consignar al empresario las ganancias obtenidas menos los costos de agencia.

La indicación en este caso es a observar este tipo de pruebas allegadas a los procesos con la cautela suficiente, atendiendo a las particularidades que se pueden presentar en cada caso para poder valorarlas de forma adecuada.

#### 1.4.3. Posibilidad de fijar precios

Otro elemento diferenciador del contrato de agencia comercial respecto de otros contratos, es la posibilidad de fijar precios. Este procedimiento comporta ciertas dificultades que en muchas ocasiones suelen subestimarse por los empresarios, pero que comporta especial importancia para los consumidores.

La fijación de precios de los productos o servicios se torna en un elemento fundamental, pues determina la rentabilidad que se puede obtener con la comercialización y además permite establecer si los productos o servicios ofrecidos son competitivos o no dentro de un mercado específico.

Quien ofrece los productos debe valorar no solamente los costos que se generan con la producción del bien o servicio que ofrece, sino que además debe analizar distintas variables como el costo de desplazamiento, volumen de ventas, marcas, costos de bodegaje, consumidores a los cuales se encuentra dirigido, ley de la demanda, precio promedio en el mercado y elasticidad, entre otras variables para así, finalmente, poder determinar o cuantificar el precio de los bienes o servicios que ofrece.

---

<sup>22</sup> Tribunal de Arbitramento de Mega Enlace Newt S.A., contra Telefónica Móviles de Colombia S.A. Laudo del 25 de marzo de 2009.

Si bien es cierto que existen diferentes formas para determinar el precio, lo relevante aquí es determinar si es el empresario quien fija los precios o, si por el contrario, es el agente quien tiene la libertad para fijarlos y cual es la relación que existe entre estos y aquellos para así poder diferenciarlos de otros tipos contractuales.

Sobre el particular, se debe advertir que es el empresario quien tiene la posibilidad de fijar los precios de venta de los productos o servicios que se ofrecen a los consumidores. La posibilidad de establecer los precios es también una manera de correr con los riesgos de la operación y en tal sentido, el agente estaría actuando “por cuenta ajena”.

El hecho de que el empresario sea el encargado de fijar los precios de venta es una figura que también es común en los contratos de concesión. Así, el doctor Juan Pablo Cárdenas indica que “*en estos contratos se le reconoce al concedente una gran injerencia en las ventas y operaciones del concesionario. En tal sentido se puede señalar, por ejemplo:*

*Que el precio de reventa al público será fijada por el concedente (...)*<sup>23</sup>”

La facultad de fijar precios por parte del empresario resulta una facultad propia de este tipo de contratos en tanto es el empresario quien asume los riesgos de la operación y esto está en concordancia con la obligación del agente de remitir informes relativos a las condiciones del mercado en la zona asignada.

Contrario a esto, existen contratos en donde la fijación de precios corresponde, por ejemplo, al distribuidor. El contrato de distribución es “aquel contrato por medio del cual una persona que se denomina distribuidor adquiere productos a su propia cuenta y riesgo para comercializarlos, obteniendo como remuneración la diferencia entre la adquisición y la venta<sup>24</sup>.”

El mencionado contrato se suele confundir con el de agencia comercial por sus similitudes prácticas pese a que en la teoría parecieran tener pronunciadas diferencias. En los contratos de distribución, contrario a lo que sucede en el contrato de agencia comercial, el precio de los bienes o servicios adquiridos por el distribuidor y que a su vez pretende ser comercializado a terceros, es impuesto por este último.

En este tipo de contratos, la determinación del precio es un tema cardinal pues el distribuidor propenderá por conseguir los mayores descuentos posibles en la adquisición de

---

<sup>23</sup> Cárdenas Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Monografías Jurídicas No1. Bogotá, 1984. Página 25.

<sup>24</sup> Cano, José. *Manual práctico de contratación mercantil*. Madrid. Editorial Tecnos, 2010.

los productos que pretende redistribuir pues así, una vez revenda los mismos, obtendrá una remuneración mayor debido a que la misma, se reitera, proviene de la diferencia de precios que exista entre la compra y la reventa de los productos o servicios que se comercializan.

Lo cierto es que sobre el particular se deben observar dos condiciones particulares. En primer lugar, se debe demostrar quién es el facultado para imponer los precios de comercialización. Sobre este punto debe advertirse que en distintos laudos y sentencias las partes suelen confundir una sugerencia sobre los precios y una imposición de los mismos. Es común que en los contratos de distribución, el distribuidor sugiera unos mínimos y unos máximos en los precios en aras de mantener el producto en el mercado con unos precios competitivos, sin embargo, salirse de este margen no tiene ninguna consecuencia práctica, pues como se dijo anteriormente, es una recomendación.

Cosa distinta pasa con los contratos de agencia comercial en donde el empresario establece los precios de venta o comercialización de sus bienes o servicios. En caso de que el agente no cumpla con estos lineamientos, el empresario podría dar por terminado el contrato con justa causa por inobservancia de las instrucciones y lineamientos dados por el empresario. Por esto, resulta relevante aportar al proceso todas las comunicaciones referidas a la determinación del precio y preguntarse qué sucedería si se actuara en contra vía de las órdenes impartidas por el determinador.

En segundo lugar, como se dijo anteriormente, en el contrato de distribución, para el distribuidor, el precio resulta ser un elemento que determina la remuneración a la cual podrá acceder una vez revenda sus productos. Así las cosas, la negociación en el precio entre las partes extremas en el litigio resulta ser un elemento altamente indicativo del contrato celebrado.

Mientras el agente aceptará el precio de los bienes o servicios comercializados, propugnará porque su remuneración sea la mayor posible. Por su parte, en el contrato de distribución, el distribuidor buscará que el precio de venta del producto que adquiere sea el menor para así poder obtener una mayor rentabilidad. Así las cosas, una cosa es propender porque el valor de la remuneración sea el mayor posible y otra diferente porque el precio de los productos o servicios comercializados sea el menor posible para que las ganancias sean mayores.

### **1.5. Conclusiones del capítulo**

La labor de promoción y explotación debe necesariamente ser probada dentro de un proceso judicial o arbitral en donde se discuta la existencia o no de un contrato de agencia comercial. Se considera que si bien la normativa establece que el agente debe adelantar el encargo de promoción “o” explotación, la disyunción a la cual se refiere el legislador es contraria a lo exigido por los jueces y tribunales, por lo que se considera que la conjunción disyuntiva “o” consagrada en el artículo 1317 debe ser modificada o, a lo sumo interpretada, como una conjunción copulativa “y”, pues lo cierto es que tanto en los tribunales de arbitramento como en la jurisdicción ordinaria se exige que se demuestre que el agente efectivamente hizo las labores de promoción y que en consecuencia de tal actividad pudo explotar los negocios del empresario.

Como se estableció durante el desarrollo del capítulo estas dos actividades están concatenadas de manera que no se consagra la posibilidad de que alguien realice la promoción de un producto o servicio y no lo explote, ni tampoco se ve viable que alguien explote un producto sin antes realizar las labores de promoción.

Por esto se considera que ambas labores deben probarse y que la explotación es una consecuencia directa de la promoción. Como se expuso anteriormente, la labor de promoción establece que el agente debe hacer todas las labores necesarias y conducentes para llegar a los clientes y ofrecerle los productos o servicios. El material probatorio para establecer que el agente realizó la promoción es realmente muy variado, sin embargo, el manejo de la marca, la publicidad y las reuniones con los clientes son elementos que comúnmente se dan y una vez probados se podría afirmar que el agente cumplió con su obligación de promoción.

Por su parte, la obligación de explotar es una consecuencia lógica de la promoción de los productos o servicios ofrecidos. Sobre el particular se examinó la posibilidad de fijar precios como una capacidad exclusiva del empresario, la remuneración que, en Colombia a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos jurídicos como el francés, está dada por los negocios que el agente promueva así los mismos no se llevan a cabo por causas imputables al empresario o cuando este los realice directamente.

La diferencia está dada pues en el mencionado ordenamiento el agente solamente recibirá la remuneración de los negocios que efectivamente se realicen, sin embargo, se

considera que la redacción del Código de Comercio colombiano está en consonancia con las demás disposiciones y se ajusta en debida forma al desarrollo del contrato.

Finalmente se analizó la clientela como uno de los elementos probatorios más importantes pues la misma, una vez finalizado el contrato, deberá pertenecer al empresario y se torna en la causa de la cesantía comercial contemplada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Como última conclusión del presente capítulo, se debe advertir que si bien el encargo de promover y explotar negocios es un elemento cardinal, importante y que se requiere probar necesariamente dentro de un litigio, este elemento por sí solo no asegura la declaratoria de un contrato de agencia. Existen numerosos contratos, diferentes a la agencia, en donde la promoción de negocios ajenos es parte de su naturaleza, lo que lo diferencia es que la mencionada explotación y promoción se hace por cuenta del empresario.

En esto concuerda el tratadista Felipe Vallejo quien afirma que “la sola expresión explotar negocios no califica un contrato como de agencia comercial. Prácticamente todos los comerciantes explotan negocios, cualquiera sea su actividad. En sentido natural y obvio del vocablo explotar es el de sacar utilidad de un negocio o industria. En el contrato de licencia de uso de marca también se habla de explotación (art. 556-2), y en los comercios marítimos y aéreos se define armador como la persona que explota naves<sup>25</sup>.”

Entonces se puede afirmar que el encargo de promover y explotar es un hecho que debe ser probado y que resulta necesario, pero no suficiente para la configuración del contrato de agencia. Para poder hacerlo, se requiere la concurrencia de los elementos que más adelante se expondrán.

---

<sup>25</sup> Vallejo García, Felipe. *El contrato de agencia comercial*. Edición Legis. Bogotá. 1999.

## CAPÍTULO II

### CONCEPTO DE “ACTUACIÓN POR CUENTA AJENA”

#### 2.1. Introducción

En el presente capítulo se estudiará el concepto de “actuación por cuenta ajena”. Este elemento si bien no es mencionado de manera expresa por el artículo 1317 del Código de Comercio, que define el contrato de agencia comercial, ha sido catalogado por la doctrina y por la jurisprudencia como un elemento esencial en la configuración del mismo de manera que probarlo dentro de un litigio resultará necesario si se busca la declaración del contrato.

Este elemento diferencia el contrato de agencia comercial de algunos otros, como el de distribución y, en consideración del autor, es el elemento que justifica plenamente la consagración de la cesantía comercial como se analizará mas adelante.

Así las cosas, para el desarrollo del presente capítulo se procederá a analizar qué se entiende por “actuar por cuenta ajena”, para lo cual se pondrán de presente algunos de los pronunciamientos de los doctrinantes mas destacados en la materia, y se abordarán temas probatorios que resultan esenciales para configurar o descartar la existencia del contrato de agencia comercial tales como la propiedad, las garantías y la publicidad.

#### 2.2. Definición

Resulta imperioso, en una primera parte del capítulo, establecer las razones por las cuales se considera que la actuación por cuenta ajena es un elemento esencial en el contrato de agencia comercial debido a que de lo anterior se desprende la necesidad de probar este elemento dentro de un eventual litigio.

Son dos los argumentos centrales para afirmar que la actuación por cuenta ajena es un elemento esencial del contrato de agencia comercial.

El primero de ellos está relacionado con la ubicación que el legislador le dio al contrato de agencia mercantil dentro del Código de Comercio y, en segundo lugar, porque este elemento es la causa por la cual el legislador consideró pertinente establecer la cesantía comercial a favor del agente cuando se daba por terminado el contrato, independientemente de la causa que diera lugar a ello. Veamos.

Un primer argumento para sostener que la actuación por cuenta ajena es un elemento esencial del contrato de agencia comercial está determinado por la ubicación en el Código de

Comercio de este tipo contractual y por los comentarios realizados por la Comisión Revisora del Código.

La ubicación es, a lo menos, indicativa de que, para el legislador, el contrato de agencia comercial es una especie de mandato. En efecto, la positivización del contrato de agencia se encuentra en el Código de Comercio a partir de los artículos 1317 hasta el 1331, texto que hace parte del capítulo V del título XIII del libro IV, el cual regula el mandato mercantil.

Como se anticipó anteriormente, al consultar las memorias de la Comisión Revisora se hace evidente que la ubicación del contrato estudiado no obedeció a un simple descuido del legislador, sino que, muy por el contrario, éste lo consideraba como una forma o especie de mandato.

*“lo más importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos por cuenta del principal... toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el principal de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito por cuenta, en referencia. Por consiguiente, cuando el distribuidor obre en alguna forma por cuenta del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente agente de su principal<sup>26</sup>”.*

Lo importante, mas allá de su ubicación legislativa, es que realmente el contrato de agencia reúna los requisitos esenciales necesarios para ser considerado como una especie de mandato.

Sobre el particular se debe advertir que el contrato de mandato tiene una regulación tanto civil como mercantil, en el primero de los casos, en su artículo 2142 dispone de manera expresa que *“el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios de otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”*.

Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 1262 establece que *“el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra”*.

---

<sup>26</sup> Tribunal de Arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A. “Prevel S.A.” contra L’Oreal del 23 Laudo de mayo de 1997

De la transcripción de los mencionados artículos se puede establecer que los elementos esenciales para la configuración de un contrato de mandato son; i) el encargo por parte de una persona a otra para que esta última gestione negocios jurídicos y ii) que dicho encargo lo lleve a cabo el mandatario por cuenta y riesgo del mandante.

Frente al primer elemento, no hay discusión alguna pues basta con leer los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio para darse cuenta que la agencia conlleva el encargo para la celebración y ejecución de negocios jurídicos.

Lo que resulta complejo es determinar si “la actuación por cuenta de otro” es un elemento esencial del contrato estudiado. Para poder determinarlo basta analizar otros elementos como la “cesantía comercial” que son altamente indicativos a la hora de determinar si hay actuación por cuenta de otro o no.

La cesantía comercial, como se estudiará posteriormente, es un pago que debe hacer el empresario a favor del agente una vez se termina el contrato independientemente de la causa por la cual se finalizó.

Este pago está justificado en la medida en que el agente conquistó, amplió y mantuvo una clientela que, una vez finalizado el contrato, no reportará beneficios para el patrimonio de este sino en el del empresario.

La cesantía comercial tiene sentido si se entiende que la actuación del agente es por cuenta del agenciado, es decir, la mencionada indemnización tiene como fundamento la retribución que se le hace al agente por haber desarrollado una gestión estable que ha beneficiado al empresario.

Como se estableció anteriormente, la cesantía comercial es una forma de retribuir los esfuerzos del agente por conquistar, ampliar o conservar una clientela y como una forma de indemnizar esta gestión que, una vez terminado el contrato, no generará provecho alguno para el agente y, por el contrario, el empresario será el único que los podrá seguir explotando.

Resulta importante resaltar que todos los clientes, que en muchos casos, es el intangible mas importante de las empresas, no son del agente, pues al desarrollar el encargo lo hace para un tercero denominado empresario. De esta manera, se puede concluir que la agencia comercial es una especie de mandato y la configuración de la cesantía comercial está plenamente justificada si el agente actúa por cuenta ajena.

Además de los argumentos anteriormente expuestos, debe examinarse el artículo 1317 del Código de Comercio en cuya parte final afirma que “ (...) como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios *productos del mismo*”. (resaltado fuera de texto). Con lo cual se evidencia que quien asume el encargo de promover y explotar obra “por cuenta de otro”<sup>27</sup>.

Reunidos los argumentos anteriormente expuestos y dado que los dos elementos esenciales del contrato de mandato se encuentran consagrados en el contrato de agencia, se puede afirmar que el contrato de agencia comercial ostenta la naturaleza de mandato por lo que se afirmará que todo contrato de agencia es también un contrato de mandato pero no todo contrato de mandato puede ser considerado un contrato de agencia.

Ahora bien, en una segunda parte y con el ánimo de entender qué significa actuar por cuenta ajena, resulta necesario diferenciar este concepto de otros con los cuales suele confundirse, pero se advierte, pueden coincidir o no en el desarrollo o ejecución de un contrato.

La expresión “por cuenta ajena” no puede confundirse con la expresión i) “en nombre ajeno” ni con la actuación ii) “en interés de”, pues como se anunció en líneas precedentes, pueden coincidir o no, pero es necesario diferenciarlas.

La expresión i) “en nombre ajeno” (o propio), es utilizada para hacer referencia a la intervención contractual representativa. El legislador consagró esta figura en el Capítulo II del Código de Comercio relativo a la Representación en los artículos 832 y 833 en donde afirma que “habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos”.

El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos” y “los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”, respectivamente.

Podrá acudirse a la representación para llevar a cabo actos distintos actos jurídicos o para ejercer derechos que no tengan el carácter de personalísimos. De igual manera, el Código Civil contempla en su artículo 1505 que “lo que una persona ejecuta en nombre de

---

<sup>27</sup> Velandia M. "El contrato de agencia comercial bajo la óptica del marketing, la contabilidad y el derecho". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019.

otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

En conclusión, la expresión “en nombre de” hace referencia a la representación que un tercero hace del titular de un derecho o de quien originalmente se pretende obligar y genera los mismos efectos que si el titular hubiese ejercido por si mismo.

Por su parte, actuar ii) “en interés de otro” alude a que el negocio jurídico que se celebre convenga a los propósitos u objeto jurídico de un tercero, independientemente de la atribución patrimonial de un determinado negocio, de sus utilidades o pérdidas y de la eventual representación.

El artículo 2146 del Código Civil en la sección que regula el mandato establece que “si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos o a ambos y un tercero, o a un tercero exclusivamente, habrá verdadero mandato; si el mandante obra sin autorización del tercero, se producirá entre estos dos el cuasicontrato de la agencia oficiosa”.

Diferenciados los anteriores conceptos queda entrar a examinar que significa “actuar por cuenta ajena”, como elemento esencial del contrato de agencia comercial. “En esencia actuar por cuenta y riesgo ajeno significa que las consecuencias patrimoniales de una determinada gestión se trasladan o deben trasladarse, sobre el patrimonio de una persona diferente de quien la ha llevado a cabo”<sup>28</sup>.

Según diferentes laudos arbitrales, son dos los criterios que configuran el concepto de la actuación por cuenta ajena. En una primera instancia, la atribución patrimonial de una determinada actuación, y de otro, que es consecuencia de lo anterior, la identificación de quien ha de soportar los riesgos o reporta las ventajas de una específica actuación jurídica<sup>29</sup>.

Si bien son muchos los autores que han definido de manera asertiva el concepto de actuar por cuenta ajena, se considera indispensable traer a colación algunas de las definiciones más contundentes y precisas. Sobre el particular, José Armando Bonivento sostiene que:

*“la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia, como aspecto patrimonial, a una consideración*

---

<sup>28</sup> Tribunal de Arbitramento de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. Laudo del 25 de abril de 2017.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

*según la cual los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones efectuadas por aquél.<sup>30</sup>”*

Por su parte, Juan Pablo Cárdenas la define como:

*“Que se actúe por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso el agenciado, las utilidades del negocio<sup>31</sup>”.*

Este mismo autor agrega que:

*“Este elemento (se refiere a la actuación por cuenta del agenciado) aparece en forma expresa en casi todas las definiciones legislativas y doctrinarias. La legislación colombiana no lo exige explícitamente (aunque el proyecto de 1958 lo hacía), pero es necesario concluir que la actuación por cuenta del agenciado es un requisito indispensable, porque si, de acuerdo con la legislación colombiana, el contrato de agencia es una forma de mandato, este implica la actuación por cuenta de otro<sup>32</sup>.”*

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de diciembre de 1980 estableció

*“La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos. O como ha dicho Joaquín Garrigues, ‘el agente comercial, en sentido estricto, es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo’. Esta función específica del agente comercial tiende como*

---

<sup>30</sup> Tribunal de Arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A. “Prevel S.A.” contra L’Oreal Laudo del 23 de mayo de 1997

<sup>31</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Librería Temis Editorial, Bogotá Colombia, 1984.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

*lo ha dicho Pérez Vives a conquistar, conservar o recuperar al cliente para el agenciado o empresario. Según la feliz expresión de Ferrara el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes<sup>33</sup>.*”

Finalmente, en sentencia del 22 de julio del 2011 se expresó:

*“De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario<sup>34</sup>”.*

Contrario a lo anterior, sería actuar en nombre y en riesgo propio, lo que significaría que todos los efectos patrimoniales de una determinada operación jurídica (bien sean beneficiosos o no) repercutirían única y exclusivamente en cabeza de quien se ha obligado.

Una vez se tiene claridad de cual es su importancia para establecerlo como elemento esencial del contrato de agencia y de diferenciarlo de otros conceptos que se le asimilan se entrarán a estudiar algunas implicaciones probatorias que resultarán importantes a la hora de enfrentar un litigio.

### **2.3. La Propiedad**

La propiedad de los bienes que se pongan a disposición de los clientes es un elemento cardinal para diferenciar la agencia comercial de otros tipos contractuales como la distribución.

El distribuidor compra los bienes para revenderlos, es decir, los bienes que comercializa entran a su patrimonio, mientras que el agente nunca es propietario de los bienes que ofrece al público, pero la discusión o alcance de la propiedad tiene algunos elementos que entrarán a ser analizados a continuación.

En primera instancia se entrará brevemente a estudiar el concepto de propiedad y se definirá como *“el derecho real de dominio que confiere al titular un poder pleno sobre la*

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de diciembre de 1980

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, M. P. Edgardo Villamil, Exp. No. 11001-3103-010-2000-00155-01

*cosa que tiene por objeto, del cual deriva la potestad para obtener de ella toda cuanta ventaja esté en posibilidad de proporcionar, desde luego, dentro de las fronteras que puedan resultar del respeto debido a la ley, como a los derechos de los demás<sup>35</sup>.*”

Sin embargo, tal y como lo establece el doctrinante Francisco Ternera, el concepto de propiedad tiene un alcance mucho mayor a la clasificación clásica. Veamos:

*“La propiedad decimonónica versa sobre tres poderes dominicales: uso, goce y disposición, todos ellos ejercidos sobre bienes materiales. Sin embargo, vemos como ese espectro de beneficios ha sido objeto de dilataciones: el dominus puede obtener todo tipo de servicios del bien, tales como los poderes de persecución garantía, etc. En una palabra, la trilogía clásica resulta insuficiente para explicar el contenido dominical. El dominio se concibe, antes que todo, como un conjunto de permisiones o libertades heterogéneas ofrecidas exclusivamente a su titular<sup>36</sup>”*

Una vez estudiado el concepto de propiedad, se debe hacer una diferenciación pues en el ordenamiento jurídico colombiano existen bienes, que por su importancia y para su control, el legislador consideró necesario su registro como los bienes inmuebles y algunos bienes muebles y, por otro lado, existen aquellos bienes que no requieren de ninguna solemnidad para que la propiedad transite libremente, por lo que la prueba de la transferencia de la propiedad, para cada uno, será diferente.

Como se mencionó anteriormente, la tradición es un modo de adquirir el dominio en virtud del cual el tradente cumple con su obligación de dar, originado en un título traslativo, transfiriendo un derecho real de su patrimonio del adquirente. Según el artículo 741 del Código Civil *“se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él, y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”*.

*“Con la tradición se producen dos consecuencias jurídicas muy importantes. La primera es que mediante la tradición se transfiere, de un patrimonio a otro, un*

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de abril de 2008. M.P. Jaime Arrubla Paucar.

<sup>36</sup> Ternera Barrios, Francisco. *Bienes*. Editorial de la Universidad del Rosario. 3 edición. Bogotá Colombia. 2014.

*derecho real y por otro, la tradición es un pago con el cual se extingue la obligación de dar a la que se ha comprometido el tradente”<sup>37</sup>.*

Con la tradición se realiza la entrega jurídica del bien y, por regla general, la tradición de los derechos reales sobre bienes materiales (que son aquellos con los que se suele comercializar en los contratos de agencia), se realiza con su entrega física.

Y es aquí en donde vale la pena hacer una diferenciación, pues, en términos generales la tradición de los bienes muebles es consensual y no cuenta con solemnidades mientras que, para ciertos bienes, no basta con la entrega material. Veamos.

Como se estableció en líneas precedentes, la tradición de bienes muebles es consensual y no requiere de ningún registro. La entrega jurídica se entiende realizada con la entrega física del bien mueble que hace el tradente al adquirente. El Código Civil, en su artículo 754 establece que:

*“La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:*

*Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente.*

*Mostrándosela.*

*Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.*

*Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.*

*Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”.*

---

<sup>37</sup> Artículo 1626 del Código Civil

Por su parte, el Código de Comercio, en su artículo 923<sup>38</sup> consagra distintas hipótesis en donde la entrega de la cosa se entenderá verificada y el artículo 1216 consagra disposiciones acerca de la entrega de bienes dados en prenda<sup>39</sup>.

Como se puede observar, para la mayoría de bienes, basta la entrega material del bien para que se entienda satisfecha la tradición y como consecuencia de lo anterior, haya un traslado de propiedad del tradente al adquirente.

Sin embargo, existen bienes que el legislador ha decidido darle un tratamiento especial como los automotores, las naves y aeronaves y los bienes inmuebles. En cuanto a la tradición de la propiedad de los automotores, la misma se realiza con el registro del título ante la autoridad respectiva y la entrega material del vehículo de conformidad con el párrafo único del artículo 922 del Código de Comercio y en concordancia con el artículo 47 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

*“La tradición del dominio de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará en el Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince (15) días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición del vehículo”.*

Por su parte, la tradición de naves y aeronaves está regulada por el artículo 1427 del Código de Comercio que establece que la tradición se efectuará mediante la inscripción del título ante la autoridad respectiva, acompañada de la entrega material del bien.

---

<sup>38</sup> La entrega de la cosa se entenderá verificada:

1. Por la transmisión del conocimiento de embarque, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías por tierra, mar y aire;
2. Por la fijación que haga el comprador de su marca en las mercaderías compradas, con conocimiento y aquiescencia del vendedor;
3. Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 915. La expedición no implicará entrega cuando sea efectuada sin ánimo de transferir la propiedad, como cuando el vendedor ha remitido las mercaderías a un consignatario, con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes, y
4. Por cualquier otro medio autorizado por la ley o la costumbre mercantil.

<sup>39</sup> Los bienes dados en prenda podrán ser enajenados por el deudor, pero sólo se verificará la tradición de ellos al comprador, cuando el acreedor lo autorice o esté cubierto en su totalidad el crédito, debiendo hacerse constar este hecho en el respectivo documento, en nota suscrita por el acreedor.

*“Los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores o sobre aeronaves se perfeccionan por escritura pública. La respectiva escritura sólo se inscribirá en la capitanía del puerto de matrícula o en el registro aeronáutico nacional, según el caso. La tradición se efectuará mediante dicha inscripción acompañada de la entrega material”.*

Finalmente, en materia de bienes inmuebles, el título traslativo de dominio debe ser solemne por lo que el mismo debe darse mediante escritura pública o sentencia judicial debidamente ejecutoriada e inscrita en la correspondiente oficina de registro.

La enajenación de inmuebles demanda la participación de dos servidores públicos. En cuanto al título, el notario o juez, y respecto de la tradición (registro), el registrador<sup>40</sup>.

Una vez otorgada la escritura pública, la tradición se realiza mediante su inscripción en la oficina de registros de instrumentos públicos del lugar de ubicación del inmueble de conformidad con el artículo 756 del Código Civil.

*“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos”.*

En materia civil, la jurisprudencia ha considerado que *“no es necesaria la entrega material del inmueble vendido para que se transfiera el dominio al comprador, basta el registro del título en la respectiva oficina”*<sup>41</sup>. Así las cosas y a diferencia de lo que sucede en materia comercial no se considera indispensable que el tradente debe realizar la entrega material del bien.

Por su parte, en el régimen mercantil la tradición se entiende realizada con el registro del título y la entrega material del bien de conformidad con el artículo 922 del Código de Comercio por lo que deben concurrir los dos actos.

En resumen, la tradición opera de distintas maneras dependiendo del bien objeto del contrato. Así por ejemplo (i) la de bienes corporales muebles no sujetos a registro, puede hacerse bajo cualquiera de las modalidades que establece el artículo 754 del Código Civil, sin perjuicio de las especiales formas de entrega reguladas en el artículo 923 del Código de Comercio, para el caso de compraventas regidas por ese estatuto; (ii) la de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de

---

<sup>40</sup> Ternera Barrios, Francisco. *Bienes*. Editorial de la Universidad del Rosario. 3 edición. Bogotá Colombia. 2014. Pg. 384

<sup>41</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. G.J., XLIX, p.55.

tránsito correspondiente (iii) la de naves o aeronaves se efectuará mediante la inscripción de la escritura pública en el registro aeronáutico nacional acompañada de la entrega material (iv) la de bienes raíces, en materia civil, con la inscripción del título (escritura pública) en el registro de instrumentos públicos (artículo 756 del Código Civil) (v) la de bienes raíces con ocasión de la celebración de una compraventa mercantil, con la inscripción del título en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, además de la entrega material de la cosa (artículo 922 del Código de Comercio).

Una vez analizada la transferencia de la propiedad, se debe indicar que la prueba acerca de quien es el titular de este derecho varía según la clasificación anterior. Si los productos que se comercializan a través del contrato de agencia comercial son bienes inmuebles, vehículos automotores o naves o aeronaves la propiedad quedará demostrada con el registro que se surte ante la autoridad respectiva.

Los vehículos, con la tarjeta de propiedad, los bienes inmuebles con el certificado de libertad y tradición y las naves y aeronaves con el documento emitido por el registro aeronáutico nacional.

### 2.3.1. Caso Práctico

Para explicar la importancia de lograr demostrar la propiedad de los bienes que se comercializan, se trae a colación el Laudo Arbitral de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. del 25 de abril de 2017 en donde el convocante (quien era la persona que quería demostrar la configuración de un contrato de agencia) con el fin de demostrar que la convocada asumía los riesgos inherentes del negocio, alega que nunca fue propietaria de los vehículos que se comercializaban y que estos siempre pertenecieron al empresario.

Su principal alegato se basa en que entre la Convocante y el convocado no existieron contratos de compraventa, pues si bien hubo un precio y una cosa, no se hizo la transferencia de propiedad a nombre de la convocante ya que, para el caso en concreto, para el traspaso de vehículos se requiere una solemnidad, basada en un registro ante la autoridad respectiva.

Es decir, quien alega la configuración del contrato de agencia comercial niega la existencia de compraventas entre las partes por ausencia de tradición (modo derivativo de adquisición de derechos reales). En los alegatos de conclusión, el convocante aseveró:

*“En el caso sub iudice, resultó probado que los vehículos nuevos Renault que Sofasa le suministró a Autonal, no fueron inscritos a nombre de Autonal ante las autoridades de tránsito. (...) El incumplimiento de esta solemnidad significa que entre las partes no se perfeccionó una compraventa (...)”<sup>42</sup>”*

Sobre el particular, el Tribunal establece que en los alegatos de conclusión de la Convocante sugieren un error técnico en cuanto al perfeccionamiento del contrato de compraventa pues el mismo logra con el acuerdo entre las partes sobre la cosa vendida y el precio de conformidad con el artículo 1857 del Código Civil.

Pero el error está en considerar que además de los mencionados requisitos también se requería la transferencia de la propiedad para su perfeccionamiento. El Tribunal es enfático en aseverar que la tradición es uno de los efectos que se producen como consecuencia de la celebración de un contrato de compraventa y trae a colación el artículo 905 del Código de Comercio en donde se afirma que la compraventa “es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero” (subrayado fuera de texto original).

Y la obligación de transmitir la propiedad, surgida por supuesto de un contrato de compraventa ya perfeccionado (título), se cumple con la tradición, que es el modo de adquirir la propiedad. Así las cosas, se considera que no es viable afirmar que la compraventa se perfecciona con la tradición, pues hacerlo implica confundir la fuente de las obligaciones con el cumplimiento de las mismas.

Insiste el Tribunal en que una cosa es el contrato de compraventa- uno de los diversos títulos traslativos de dominio- y otra el modo de adquisición, que para el caso bajo estudio es la tradición. Este es el efecto o consecuencia de aquel.

Por lo tanto, concluye el Tribunal, que bien puede sostenerse la existencia del contrato de compraventa sin que se haya producido la tradición.

Ahora bien, el Tribunal considera indispensable que para analizar el tema de la propiedad de los vehículos debe analizarse no solo los diferentes contratos de compraventa, sino también los vínculos de los mencionados contratos con el debatido contrato de distribución cuya naturaleza se pretendía desentrañar.

---

<sup>42</sup> Tribunal de Arbitramento de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A.- contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. del 25 de abril de 2017

El tema acerca de la propiedad, anteriormente discutido y explicado, debe ser analizado y entendido a la luz del propósito y objeto del contrato marco que se celebra entre comprador y vendedor.

En el estudiado caso, si bien se demostró que se realizaron las compras de los vehículos por parte del distribuidor, hecho que se demostró principalmente a través de las facturas que se emitían a favor del convocante, este último no requirió adquirir la propiedad de los vehículos, en la medida en que esta habría de ser radicada directamente en cabeza del denominado cliente final.

En otras palabras, la propiedad no se concibió para radicarse en cabeza del distribuidor de los vehículos, sino directamente este hacía el trámite administrativo de “matrícula” a quien iba a ser el cliente final para de esta manera poder transferir la propiedad.

Según el Tribunal, uno de los testigos explicó en su relato la razón fundamental por la cual el mencionado traspaso no se hacía, y dada su importancia se transcribirá:

*“DR. LÓPEZ: ¿Por qué razón no se matricula a nombre de Autostop que fue quien los compró?*

*“SR. ALARCÓN: Sería un doble trámite y nosotros según normas comerciales debemos expedir la factura a nombre del cliente y matricularlo a nombre del cliente, si lo matriculáramos a nombre de Autostop tocaría hacerle un traspaso, ya no se manejaría como un vehículo nuevo sino como un vehículo usado, ya generaría un traspaso.*

Pero la pregunta lógica que desencadena todo lo anteriormente descrito es ¿cómo alguien que no es propietario, puede transferir la propiedad si se requiere de una solmenidad para hacerlo? ¿es necesario que un concesionario acredite la propiedad del vehículo en el momento de realizar la matrícula del mismo a nombre del consumidor final?

Es importante recordar que la tradición de la propiedad de vehículos automotores (examinada en este caso), pero también la de naves y aeronaves y de bienes inmuebles vendidos en compraventas regidas por el Código de Comercio, además de la entrega material, requiere la inscripción del título en el organismo correspondiente.

Si ante la autoridad que se realiza el respectivo registro no se logra demostrar que el propietario es quien cede su derecho de propiedad a un tercero, esta autoridad no podrá llevar a cabo el traspaso en debida forma.

A la pregunta planteada anteriormente de cómo alguien que legalmente no es propietario puede transferir la propiedad a un tercero, un ascesor externo de Asociación Colombiana de Concesionarios Renault (ASOCOR), respondió:

*“SR. ANGARITA: La entidad de tránsito entiende que con el cumplimiento de la entrega del certificado de empadronamiento y la factura donde consta la compra del vehículo por parte del consumidor se reúnen los requisitos para hacer la matrícula”.*

Y más adelante, otro testigo asegura que la mencionada situación no solo se hace con respecto a las partes involucradas en el litigio, sino que es una práctica generalizada en el país:

*“DR. LÓPEZ: Teniendo en cuenta ese conocimiento que nos ha mencionado tiene no sólo con relación del caso de Sofasa sino de otras empresas fabricantes, sabe si eso que nos ha dicho en materia de matrícula de los vehículos nuevos es una práctica comercial general en el país?”*

*“SR. ALARCÓN: Es igual para todas las marcas y todos los concesionarios aplican las mismas políticas”.*

De las declaraciones antes transcritas el Tribunal concluyó que los vehículos comercializados no eran matriculados a nombre del distribuidor, sino que el mencionado trámite era adelantado por el distribuidor directamente a favor del consumidor final.

Se consideró que, producto de la finalidad del contrato y atendiendo las particularidades comerciales resultaba innecesario e inconveniente una doble transferencia del derecho de dominio pues además de lo anteriormente transcrito, si se hacía una transferencia, los clientes finales no adquirirían un vehículo que jurídicamente pudiera ser tenido como nuevo.

Según el Tribunal, el régimen colombiano permite que se hagan ventas de cosas ajenas y, por este motivo, el distribuidor podía hacer la venta con transmisión de propiedad a favor del cliente final por medio del procedimiento administrativo de matrícula, sin que se hubiera hecho la transmisión de la propiedad a favor del distribuidor.

Concluye el Tribunal que si bien es posible realizar el esquema anteriormente planteado, no significa que el distribuidor no haya comprado los vehículos. Realmente el distribuidor compraba por su cuenta y riesgo los vehículos para posteriormente venderlos a

tercero, por lo que concluye que la actuación se adelantaba por cuenta propia y no ajena, como pretendía demostrarlo el convocante.

Una vez analizada la prueba de la propiedad en bienes sujetos a registro, se pasará ahora a estudiar la prueba de propiedad de aquellos bienes no sujetos a registro.

Demostrar la propiedad de los bienes no sujetos a ningún registro o formalidad conlleva mayores dificultades precisamente por su falta de registro. En este caso, el propietario demostrará la titularidad del bien aportando las facturas de compra acompañado por el inventario de bienes.

Si se está ejecutando un contrato de distribución, se podrán observar que entre distribuidor y distribuido existen facturas de compra de los bienes comercializados y además existe un inventario de bienes.

Si se está ejecutando un contrato de agencia, en la mayoría de las veces no existirán facturas de compras entre empresario y agente y además las ventas que realice, pese a que deberá facturarlas a su nombre, en la declaración de renta deberá indicar que esos ingresos obtenidos hacen parte de un “ingreso para terceros”.

Pese a que demostrar la propiedad de los bienes resulta altamente indicativo del tipo contractual celebrado por las partes, lo cierto es que el mismo no resulta suficiente ni se puede afirmar que tan solo por el hecho de determinar la propiedad de los bienes que se comercializan se excluya o se concluya que se está actuando por cuenta ajena. Veamos

*“Por 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 campañas publicitarias y de demostración, a cumplir garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar 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<sup>43</sup>”*

Por su parte, Bonivento Jiménez opina:

*“en la actuación por su propia cuenta, y no el hecho de ser el propietario de los bienes que coloca, lo que distingue radicalmente, desde el punto de vista jurídico, al*

---

<sup>43</sup> Rengifo García, Ernesto. *Derecho de la distribución comercial*. Editorial el Navegante, Bogotá, 1995.

*simple distribuidor de bienes adquiridos en virtud de un suministro- o de meras compras sucesivas para la reventa-, del verdadero agente comercial; éste, que incluso tiene aptitud para adquirir propiedad de los bienes que distribuye- máxime, por ejemplo, si es agente sin representación-, puede estar colocando productos propios, sin que deje, por ello, de ser agente, siempre que su gestión sea realizada por cuenta del empresario interesado en la distribución, con concurrencia, claro, de los demás requisitos estructurales de esta modalidad particular.<sup>44</sup>”*

Finalmente, Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de octubre de 1995, el entonces magistrado Javier Tamayo Jaramillo, aclaró su voto específicamente en la materia que se comenta, así:

*“Para el Tribunal, el solo hecho de que se venda un bien sobre el cual se tenga dominio o propiedad, no significa, de suyo, que se esté actuando por cuenta propia. Vender productos propios, si bien aleja o dificulta la configuración de actuación por cuenta ajena, no la imposibilita, como sostienen algunos. Piénsese, para no ir más lejos, en un mandato que se celebra para ser ejecutado sin representación del mandante, en el que para facilitar la labor del mandatario frente a terceros, el mandante transfiere formalmente la propiedad de bienes que quiere vender. En tal caso es indudable que el mandatario ostentará la propiedad para cumplir la finalidad señalada por el mandante (transferir a terceros), y ello no es óbice para decir, como siempre hay que sostenerlo, que el mandatario obra por cuenta de su mandante. Por eso, es riesgoso creer que basta que un distribuidor adquiera, vía compraventas o suministros, los productos que revende, para que no exista la posibilidad de estructuración del contrato de agencia. En el mismo sentido hay que anotar que, así como no es posible descartar la configuración de una agencia comercial por el mero hecho de que el distribuidor adquiera la propiedad de los bienes que serán objeto de comercialización, tampoco es dable circunscribir la concesión a los eventos en los que el distribuidor adquiera la titularidad de los bienes que pretenden ser colocados en el mercado.*

---

<sup>44</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*. Decimotercera Edición. Legis. Bogotá D.C., Colombia. 2012.

*Aunque usualmente el concesionario adquiere la propiedad de los bienes que serán objeto de comercialización, tal como ya tuvo oportunidad de anunciarlo el Tribunal es posible que en ocasiones, ya sea por la naturaleza de los bienes, o por condiciones particulares del negocio, no resulte conveniente o necesario que ello ocurra así. Así las cosas, no basta con que no le sea transferida la propiedad de los bienes al distribuidor para, con base en esa única consideración, estimar que no puede haber lugar a la configuración de una concesión mercantil.*

*El análisis que se requiere para determinar la naturaleza jurídica de tal tipo de negocios no puede contraerse a simples tarifas, según las cuales la adquisición del producto por parte del distribuidor descarte la configuración de una agencia, o el mero hecho de no hacerse el distribuidor titular de las mismas sirva, por sí solo, para descartar la configuración de una concesión mercantil. Para determinar si la actuación de un distribuidor se ha adelantado por su propia cuenta y riesgo que, como ha quedado expuesto, es el elemento que permite diferenciar la agencia comercial de la concesión mercantil, hacen falta esfuerzos mucho más profundos<sup>45</sup>”.*  
*(resultado fuera de texto original)*

Opiniones como las anteriores y otras rescatadas de distintas sentencias y laudos arbitrales hacen que necesariamente se llegue a la conclusión de que la propiedad de los bienes que se ofrecen a terceros resulte un elemento cardinal e importante pero, se resalta, no suficiente para descartar o no la ejecución de un contrato. Como consecuencia de lo anterior, se entrarán estudiar otros elementos complementarios que ayudarán a orientar de mejor manera al juzgador.

A manera de conclusión se debe indicar que para determinar la naturaleza jurídica de un tipo contractual no se puede simplificar y tener simples tarifas, según las cuales la adquisición (o no) de un producto descarte la configuración del contrato de agencia. Para determinar si la actuación de un empresario se ha adelantado por su propia cuenta y riesgo o no hacen falta esfuerzos mucho más profundos por lo que a continuación se estudiarán otros aspectos importantes que se deberán tener en cuenta.

---

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995, M.P. Javier Tamayo Jaramillo

## 2.4. Seguros

Una adecuada gestión de los riesgos, implica ejecutar distintas acciones destinadas a la mitigación o eliminación de los mismos en aras de buscar la protección de personas o patrimonios. Los seguros, son una forma para gestionar los riesgos (no la única), que se basa principalmente en el reparto de riesgos o asunción de riesgos por parte de un tercero que los asume y se encargará de su reparación total o parcial en caso de daño.

Es por esto que un tema probatorio estrechamente ligado a la propiedad está relacionado con los seguros. Generalmente, cuando se transportan bienes desde un sector a otro, los comerciantes suelen asegurar sus mercancías por temor a daños, robos, incendios, entre otros imprevistos.

El asegurado, en los seguros de daños, “es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directo o indirectamente, por la realización de un riesgo (artículo 1083 del Código de Comercio); es el titular del interés asegurable<sup>46</sup>.

Si en una relación comercial alguna de las partes solicitó la adquisición de un seguro, resulta altamente demostrativo de quien asume los riesgos en una determinada operación. Si ejecuta un contrato de agencia comercial, el seguro debe cubrir los siniestros que ocurran desde que el bien sale materialmente de el dominio del empresario, incluye los riesgos de los bienes cuando se encuentran en dominio del agente, pero deberían cesar cuando se hace una transferencia del patrimonio y el bien se encuentra en dominio del consumidor final.

Si se ejecuta otra relación, diferente a la de agencia, como por ejemplo, el de distribución, el seguro solamente cubrirá hasta tanto el bien llegue al dominio del distribuido porque una vez lo entregue, los riesgos quedarán en cabeza de este último pues se entenderá que el bien ha llegado a su destino final.

Determinar cómo cada una de las partes de las diferentes relaciones comercial asume los riesgos de la operación es altamente indicativo de cuál de los extremos contractuales es la encargada de asumir los riesgos.

Por esto, será de gran utilidad, determinar con claridad qué pólizas se adquirieron, quién era el encargado de pagar la prima y, por supuesto quien era el beneficiario en caso de que se presentara el siniestro.

---

<sup>46</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 1999040521-2. Agosto 20 de 1999. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

En conclusión, ningún sentido tendría contrar amparos como los seguros si no es porque es el tomador de la póliza el encargado de asumir los riesgos derivados de cualquier siniestro que pudieran ser objeto los bienes que se comercializan.

## 2.5. Garantías

Uno de los temas más debatidos en diferentes laudos arbitrales y sentencias son las garantías, y las partes se esfuerzan en demostrar quien o quienes tienen la obligación de responder por el mal funcionamiento de los productos que se comercializan. Quienes quieren que sea declarado el contrato de agencia comercial, establecen que es el empresario quien soporta los riesgos y, en consecuencia, será el encargado de responder por las garantías.

Por su parte, quienes se oponen a que sea declarado el contrato de agencia, establecen que es el agente quien debe asumir los costos de las garantías y que, por esta razón, no hay actuación por cuenta ajena. Sin embargo, como se entrará a explicar brevemente, este no es un tema relevante para decretar o no el contrato de agencia comercial.

La mal interpretación de quienes enfrentan un proceso se da porque la definición del elemento esencial del contrato de agencia referido a que el agente “actúa por cuenta ajena” indica que es el empresario quien está llamado a asumir los riesgos de las operaciones que se realicen o ejecuten.

Sin embargo, la asociación de riesgo con garantía no es del todo correcta pues, es necesario indicar que, tratándose de los riesgos derivados del mal funcionamiento o mal estado de los productos se tiene una regulación especial consagrada en la Ley 1480 de 2011.

La mencionada Ley, conocida también como el Estatuto del Consumidor, impone a cargo del productor y/o del importador el deber de atender las garantías. Con base en esta norma puede concluirse que no le es dable a este excusarse de tal obligación por el hecho de que el consumidor final haya adquirido el bien de alguien que no actuaba por cuenta de aquel. El artículo 10 de la mencionada Ley establece de manera expresa:

*“Artículo 10: Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recaer solidariamente en los productores y proveedores respectivos”.*

Con lo anterior, se puede concluir que tanto el agente como el empresario están obligados a asumir, por solo el hecho de serlo, los efectos patrimoniales adversos que se deriven de los defectos o del mal funcionamiento de los bienes comercializados.

La Ley es clara en establecer que la responsabilidad por garantía debe ser asumida de manera solidaria entre los productores y proveedores. Mal haría el legislador en consagrar que, en caso de defectos por mal funcionamiento, sería únicamente el proveedor quien deba asumir la garantía pues esto equivaldría a someter al consumidor a una carga extra pues debería perseguir empresas, que en la mayoría de los casos, producen o elaboran sus productos en plantas situadas en el exterior.

Lo anterior, sin perjuicio de que existe la posibilidad que entre quienes son solidariamente responsables se estipule que el responsable de los costos derivados de la garantía sea el productor de conformidad con el artículo 6 de la mencionada Ley pues es este quien “debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida”.

En conclusión, probar en un proceso la cadena de atención de garantías por defecto o mal funcionamiento es del todo irrelevante para probar que hay actuación por cuenta ajena. Esta responsabilidad de cualquier manera surge por mandato legal y, se reitera, recae de manera solidaria tanto en el proveedor como en el productor.

## **2.6. Análisis del pago de la mercancía**

Otro elemento que debe entrar a estudiarse cuando se debata en un proceso judicial la existencia de un contrato de agencia debe ser el pago de la mercancía, es decir, se debe estudiar no solamente cómo se pagan los bienes que se comercializan sino también de dónde proviene este dinero.

En un contrato de agencia el pago de las mercancías al empresario dependería de las ventas que realice o no el agente, mientras que en un contrato de distribución el distribuidor recibirá su remuneración con independencia de las ventas que realice posteriormente.

En uno u otro caso, las ventas que haga bien sea el agente o el distribuido condicionan la remuneración que recibe el empresario o distribuidor pues mientras mas realice ventas, mas productos solicitará.

En lo que difieren estos dos tipos contractuales es que en el de agencia, el pago del producto depende de la venta que haga el agente, pero en el de distribución, el distribuidor recibe su pago con independencia de lo que con posterioridad haga el distribuido y en el mayor de los casos, los bienes o servicios se pagan con anterioridad a su posterior venta,

excepto en algunos casos en donde contractualmente se establecen pagos a cuotas o dentro de un plazo perentorio.

Si se transfiere la propiedad y realmente existe una venta, ya no se estaría en el escenario de un contrato de agencia comercial sino de otro distinto (como el de concesión o distribución) y el empresario no dependería de las ventas que realice el ahora comercializador del producto para la cancelación del valor de las mercancías.

Es decir, si no se tratara de un contrato de agencia comercial, ningún efecto tiene en el patrimonio del empresario el hecho de las posteriores reventas que pudiera efectuar el comercializador, el pago de sus productos está asegurado con el solo hecho de transferir la propiedad de los bienes y con independencia de las negociaciones que se logren con posterioridad, pero si se trata de un contrato de agencia, las ventas que realice el agente repercutirán directamente en el patrimonio del empresario.

En los contratos de agencia el pago de los productos o servicios que se comercializan son pagados con medios de los consumidores finales, mientras que en otro tipo de contratos como el de concesión o distribución, el pago de la mercancía se realiza con recursos propios del distribuidor.

Debe existir una conexión patrimonial que vincule la venta del bien o servicio que se comercializa con los efectos patrimoniales del empresario. Si este último recibe los beneficios de las ventas con independencia de las negociaciones que realice el agente, no se estaría configurando un contrato de agencia sino otro diferente.

Si, por el contrario, se logra demostrar que las ventas que realizara el agente repercutirán directamente en el patrimonio del empresario, se estará configurando el contrato de agencia comercial.

Por otra parte, un elemento que puede ser cardinal a la hora de diferenciar cuando un bien se compra para distribuirlo y cuando se compra en calidad de cliente final está dado por algunas cargas tributarias.

Así por ejemplo, cuando se compran ciertos bienes en calidad de clientes finales se causará el impuesto al consumo. Este impuesto, según el artículo 512-1 del Estatuto Tributario, tiene como hecho generador la prestación o venta al consumidor final o la importación por parte del consumidor final de una serie taxativa de bienes y servicios. Si no

se compra en calidad de cliente final sino para ser distribuido posteriormente, el mencionado impuesto no se causará.

## 2.7. Publicidad

La publicidad, por su parte, es un elemento que se considera importante a la hora de establecer quien asumía los riesgos en una operación comercial. La publicidad es considerada como una de las más poderosas herramientas de la mercadotecnia, específicamente de la promoción, que es utilizada por todo tipo de personas para dar a conocer un determinado mensaje relacionado con los productos, servicios, ideas que ofrece.

Para Stanton, Walter y Etzal la publicidad es “una comunicación no personal, pagada por un patrocinador claramente identificado, que promueve ideas, organizaciones o productos. Los puntos de venta más habituales para los anuncios son los medios de transmisión por televisión y radio y los impresos (diarios y revistas)<sup>47</sup>”.

Dadas las definiciones anteriores, se puede concluir que la publicidad es un tipo de comunicación comercial, dirigida no a una persona en particular, sino a un público en general que tiene como objetivo la presentación, promoción y divulgación de productos o servicios.

La publicidad es difundida a través de medios tradicionales como la televisión, periódicos, pancartas u otras no tradicionales como las plataformas electrónicas y tiene como objetivo atraer a un grupo de personas para que realicen cierta actividad o convencerlos de un hecho.

Diferentes laudos arbitrales han establecido que probar quien asume la publicidad de los bienes o servicios que se comercializan determina, en gran medida, si el agente promovió o no los negocios del empresario,

En laudo arbitral de Roberto Cavalier & Cía Ltda., VS Flota Mercante Grancolombiana<sup>48</sup> al definir la agencia comercial estableció que la misma era:

*“un encargo estable, continuo, duradero, que se ejecuta a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta*

---

<sup>47</sup> Stanton, William J., Michael J Etzel, and Bruce J Walker. *Fundamentos De Marketing: William J. Stanton, Michael J. Etzel Y Bruce J. Walker*. 13a. ed. --. México: McGraw-Hill, 2004.

<sup>48</sup> Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavalier & Cia Ltda. Contra Flota Mercante Grancolombiana. Laudo del 1 de Julio de 1992.

*naturaleza encaminados a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa. El agente, mediante su organización propia, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visita a clientes potenciales, todo mediante las instrucciones del agenciado y en coordinación con este a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado<sup>49</sup>”.*

Como se puede observar de los segmentos anteriormente descritos, los árbitros y jueces revisan con especial cautela el tema de la publicidad para determinar si existe o agencia. En el contrato de agencia comercial, la publicidad es asumida por el agente pues dentro de la definición misma de la agencia comercial, este recibe el encargo de “promover” y explotar negocios de un tercero.

Quienes demanden dentro de un proceso en donde se discuta la existencia de la agencia comercial, deberán esforzarse en demostrar que los gastos de publicidad fueron asumidos, establecidos y pagados directamente por el agente y de esta manera, se demostraría que existió en encargo de promover negocios del empresario con lo cual se ayudaría a probar la existencia de uno de los elementos esenciales.

Así las cosas deberán aportar al expediente la publicidad que realizaron y además, deberán demostrar que estas fueron pagadas directamente por ellos.

Pese a esto, es importante hacer la salvedad que la publicidad no es la única manera de promover los negocios del empresario y, por lo tanto, existen diferentes maneras de hacerlo, pero lo cierto es que la publicidad es la más frecuente y la más eficaz en el comercio.

Ahora bien, se establecerán dos importantes consideraciones que suelen ser un poco problemáticas a la hora de demostrar la publicidad. La primera advertencia que se realizará será que, en términos generales, todas las actividades comerciales requieren hacer de una u otra manera, determinados actos de publicidad.

Así por ejemplo, para diferenciar el contrato de agencia del de suministro o distribución, la publicidad, en términos generales, no resulta ser un elemento diferenciador.

Lo que distingue ciertos tipos contractuales de la agencia es quién asume los gastos o costos que la publicidad genera. Como se mencionó anteriormente, en el contrato de agencia, por ejemplo, será el agente quien asuma estos costos de manera individual.

---

Pero si se está analizando un contrato de distribución, por ejemplo, se podrá verificar que en ambos podría existir la publicidad y que en ambos la misma estaría siendo pagada o patrocinada por el agente o distribuidor.

Con especial cautela, se debe analizar no solamente quién es el encargado de pagar los costos de publicidad sino también el contenido mismo de la publicidad. Para que se configure un contrato de agencia comercial, los costos deben ser asumidos por el agente pero además la publicidad debe estar encaminada a promocionar los productos o la marca del empresario y no la propia porque, si este fuera el caso, se desnaturalizaría la figura de la agencia comercial.

De lo anterior se sigue entonces que las campañas publicitarias adelantadas por el agente deben beneficiar al empresario y no deben estar tendientes a la promoción de un negocio propio<sup>50</sup>. Si se comprobara este último hecho se descartaría que la actuación de este se hubiera efectuado por cuenta ajena.

En la segunda hipótesis se analizará si existe la posibilidad de que los gastos sean asumidos por el agente y, con posterioridad, sean reembolsados por el empresario. Sobre el particular se establecerá que el artículo 1323 del Código de Comercio contempla esta posibilidad y establece:

***ARTÍCULO 1323.** Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; pero éstos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.*

Lo anterior indica que los gastos en los que incurra el agente, como la publicidad, si no existe una estipulación en contrario, serán asumidos por este y no tendrá derecho a que le sean reembolsados. Solamente lo serán cuando la remuneración del agente sea determinada como un porcentaje de las utilidades percibidas, caso en el cual, los gastos en los que incurra el agente serán deducibles como expensas generales del negocio.

---

<sup>50</sup> Véase como en el laudo de Laudo Arbitral de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. 25 de abril de 2017, sobre el particular se advirtió que la publicidad debe estar encaminada a favorecer el negocio del empresario y no el propio en los siguientes términos. “De lo anterior se sigue, entonces, que Autonal no adelantó campañas publicitarias a favor de Sofasa, sino que impulsó actuaciones publicitarias tendientes a la promoción de su propio negocio, lo que descarta que su actuación en este frente se hubiera efectuado por cuenta ajena”.

## 2.8. Riesgos de cartera

Establecer quién asume los riesgos de cartera para diferenciar entre un contrato de agencia y otro que no lo sea, resulta de vital importancia pues esto permite establecer aquellos negocios en los que existe actuación por cuenta ajena y en los que no. En los contratos de agencia, es el empresario quien asume los riesgos de cartera y no el agente, distinto de lo que sucede con el contrato de distribución. Veamos.

Muchas empresas depende de un buen flujo de caja para poder funcionar correctamente. En contabilidad, recaudar cartera significa ejercer una actividad activa para recoger los recursos bien sea monetarios, de bienes, entre otros.

Sin embargo, para efectos del correcto entendimiento del texto, haremos referencia al recudo de cartera única y exclusivamente cuando se hace la recolección de dinero de una empresa.

Con el concepto de cartera se define las deudas que tiene cada uno de los clientes con una empresa. Deudas que, en la mayoría de los casos, provienen de las ventas que se hacen a crédito.

La recaudación de cartera morosa es todo un proceso de contacto, negociación e insistencia con el deudor para que este pague sus obligaciones. Dentro de las empresas, la cartera morosa, generalmente, está clasificada según los días de mora que se tengan.

Ahora bien, existe la posibilidad de que los deudores, por más insistencia y plazos que se otorguen, no se pongan al día con sus obligaciones, por lo que, para recaudar el dinero se requieren iniciar procesos ante la jurisdicción ordinaria.

Los riesgos de cartera entonces se dan cuando se determina con claridad quien es la parte que los sufre ante un eventual no pago de un deudor. En el contrato de agencia, por ejemplo, el riesgo de cartera lo asume el empresario pues los beneficios económicos que obtenga o que pueda obtener están determinados por el pago que hagan los clientes finales.

En otros contratos, como el de distribución, el distribuidor no asume riesgo de cartera más allá de la que pueda generar el propio distribuido. Si, por ejemplo, en esta clase de contratos los clientes finales no pagan los bienes o servicios prestados, el distribuidor inicial no se verá afectado por esta contingencia pues los riesgos de cartera, en este caso, reposan en cabeza del comercializados o distribuido quien posteriormente puso los bienes a disposición de los clientes finales.

## 2.9. Conclusiones del Capítulo

Si bien en la definición del contrato de agencia comercial no se establece como un elemento esencial “la actuación por cuenta ajena”, el mismo surge como consecuencia misma de la ejecución del contrato.

El hecho de que se establezca como obligación del agente informar de manera frecuente sobre las condiciones del mercado para que el empresario valore la conveniencia de cada negocio, hace reiterar esta posición.

Mas allá de lo anteriormente explicado, algunos laudos y sentencias en los que se debate la existencia de un contrato de agencia, destacan el elemento anteriormente expuesto y además exigen que sea demostrado en el proceso.

Durante el desarrollo del capítulo se enunciaron algunas de las pruebas que pueden llegar a demostrar o descartar que alguna de las partes está actuando por cuenta ajena. Así, los temas relacionados con la propiedad, seguros, garantías, el pago de la mercancía, la publicidad y los riesgos de cartera por si mismas, no demuestran la actuación por cuenta ajena, pero demostradas y reunidas en su conjunto podrán llevar al árbitro o juez necesariamente a declarar la existencia del mencionado elemento que, como se demostró anteriormente, resulta de vital importancia a la hora de la calificación del contrato de agencia mercantil.

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO III CESANTÍA COMERCIAL

#### 3.1. Introducción

A diferencia del estudio metodológico que tuvieron los anteriores capítulos en donde se hacían referencias a aspectos probatorios que resultaban esenciales para que en un litigio se declarara la existencia o configuración de la agencia comercial, el presente capítulo además de describir el concepto y causación de la cesantía comercial, expondrá algunas hipótesis en donde se ha tratado de omitir el pago del mismo y se explicará cómo los tribunales y juzgados han enfrentado esta situación y cuales han sido las conclusiones de estos análisis.

Ahora bien, el contrato de agencia comercial, por elementos de su esencia, perdura en el tiempo y se distancia de aquellos contratos que pueden ser ejecutados de manera instantánea. Como particularidad, a la terminación del contrato se prevé una indemnización que resulta particularmente onerosa para el empresario.

Esta situación se explica en la medida en que el legislador ha brindado al agente una especial protección mediante la consagración de una norma de orden público consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio que establece de manera expresa:

*“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*

*Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”.*

Esta prestación, conocida como cesantía comercial, ha sido objeto de múltiples debates doctrinales y jurisprudenciales pues en muchos casos, la misma ha sido considerada como excesivamente gravosa debido a que el agente tendrá una remuneración adicional a la pactada que recibirá a la terminación del contrato independientemente de la causa que dio fin al mismo.

Como consecuencia de todo lo anterior, los empresarios han sido renuentes a utilizar la figura del contrato de agencia comercial con la finalidad de evadir el pago de la antes citada cesantía comercial. Sin embargo, los comerciantes hacen uso de cualquier denominación contractual diferente, dentro de la tipología de los contratos de distribución, para cumplir con los fines de expansión propuestos, los cuales por definición legal consagran elementos muy similares a los de la agencia comercial, o lo que es peor, se tratan de contratos atípicos por lo que, en la mayoría de los casos, sus elementos no están definidos en su totalidad.

Esto ha hecho que se presenten una gran cantidad de litigios en donde se debate la naturaleza jurídica del contrato y los jueces y árbitros deben entrar en la tarea de delimitar ampliamente las características y los elementos integradores del contrato de agencia mercantil, bien sea para decretarla y condenar a las indemnizaciones a las que haya lugar o para rechazarla y definir el tipo contractual ejecutado.

En este aparte resulta imperioso establecer que la calificación que los contratantes den a un contrato motivo de litigio no fija definitivamente su carácter jurídico. En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que el fallador considere, sino la que dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas.

En este punto conviene recordar que una cosa es la interpretación de un contrato y otra diferente es su calificación. En efecto, la interpretación tiene por objeto determinar cuál es el sentido de las declaraciones de las partes, esto es, desentrañar lo que ellas quisieron establecer en un momento primigenio de la concentración de las voluntades.

Por el contrario, la calificación implica establecer, una vez se ha determinado a qué se obligaron las partes, a qué tipo legal corresponde lo acordado para efectos de establecer su régimen jurídico aplicable. Como lo ha señalado la doctrina, la labor de calificación de un

contrato se funda en las obligaciones esenciales que surgen del mismo y en la forma en como las mismas se deben desarrollar<sup>51</sup>.

Una vez hechas las consideraciones que anteceden se realizará un breve recuento histórico de la figura de la cesantía comercial para que con posterioridad se puedan analizar algunas problemáticas y retos probatorios que son propias de esta indemnización.

### **3.2.¿Qué es la cesantía comercial y cuál es su origen histórico?**

La cesantía comercial, denominada en legislaciones internacionales como “compensación por clientela<sup>52</sup>” o “indemnización por clientela<sup>53</sup>”, gravita hoy en la tesis de la función retributiva<sup>54</sup> sustentada bajo dos premisas, la primera, porque al extinguirse el contrato, el beneficio recibido por el empresario con la actividad del agente, es la conquista de una clientela presente y futura, la cual, seguramente, redundará exclusivamente en su activo patrimonial y no en el de su contraparte, y la segunda, porque ese aprovechamiento ulterior de la clientela a cargo del empresario, no se remunera durante la vigencia del convenio, debiendo reconocerse de todos modos esa gestión al agente.

Ocurría a menudo que una vez que el comerciante había logrado establecer o conquistar una clientela, obtener un *good will*, acreditar un producto y realizar determinadas actividades encaminadas a beneficiar al empresario, este ejercía la facultad de terminación del contrato y otorgaba el negocio a un nuevo representante con el cual obtenía contratos más favorables o, lo asumía él mismo, ocasionando graves perjuicios para el comerciante nacional. Esta no fue una circunstancia que obedeció únicamente en territorio colombiano,

<sup>51</sup>Tribunal de Arbitramento de Protex S.A. contra Ladecol S.A., Laudo del 3 de septiembre de 2009.

<sup>52</sup> Argentina en la Ley 26.994 de 2014, por la cual se expide el “Código Civil y Comercial de la Nación”, en el canon 1497 adopta la denominación “*compensación por clientela*”, generándose cuando al “*extinguirse el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha[ya] incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste*”.

<sup>53</sup> En España, la Ley 12 de 27 de mayo de 1992, en concordancia con la Directiva 86/653/ de 18 de diciembre de 1986, emanada del Consejo Económico Europeo, relativa a la “*coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*”, acoge en su artículo 28 el término de “*indemnización por clientela*”, disponiendo que la misma se causa en dos hipótesis: “*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 concurren; 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*”.

<sup>54</sup> Ripert, Georges. *Traite élémentaire de droit commercial*. Ed. Francesa, Paris, 2001.

sino que estas mismas circunstancias se venían presentando en otros países y fue un derrotero fundamental para que el legislador consagrara la figura de la cesantía comercial.

El antecedente mas remoto de la cesantía comercial, según algunos doctrinantes, se encuentra en la ley francesa de junio 18 de 1937 en donde, por primera vez, se estableció a favor del agente la denominada “prestación por clientela” que se justificó en el hecho de que los representantes de comerciantes desarrollaban, buscaban o mantenían una clientela que tiempo después era aprovechada por el empresario, sin que el primero obtuviera contraprestación alguna, por lo cual, la mencionada ley buscaba que se obtuviera una retribución al finalizar el contrato a favor del agente<sup>55</sup>.

Sin embargo, existen doctrinantes que afirman que fue el Código Civil italiano de 1942, el que tuvo una mayor influencia en el establecimiento de la prestación. Lo importante es que tanto en la legislación francesa como en la italiana se buscó crear unas leyes de protección al agente que lo situaran en una posición de equilibrio económico con el empresario mediante una indemnización que retribuyera sus esfuerzos por la conquista de clientes.

La fuente de las prestaciones patrimoniales a cargo del empresario contempladas en el artículo 1324 del Código de Comercio fue traída a Colombia mediante el proyecto de Ley número 27 presentado por Aníbal Fernández de Soto, quien puso a consideración de la Cámara de Representantes en el año 1969, por medio del cual se buscaba proteger a los agentes representantes de firmas nacionales o extranjeras.

En la exposición de motivos, el ponente del proyecto de ley justificó el establecimiento de una remuneración a favor del agente por la simple terminación del contrato, basado en que la misma era una remuneración al trabajo y el esfuerzo del agente y que, una vez terminado el contrato, en el empresario seguirán repercutiendo las consecuencias patrimoniales del mantenimiento y conservación de la clientela a costa de los esfuerzos del agente, mientras que el fenecimiento del contrato, implica que los resultados positivos de la gestión no repercutirán más en el patrimonio de este último.

Según Cárdenas Mejía, una de las razones fundamentales por las cuales se creyó conveniente reglamentar en el Código de Comercio el contrato de agencia, fue la intención

---

<sup>55</sup> RIPERT, Georges. *Traite `elementaire de droit comercial*. Ed. Francesa. París, 1947, p 832 citada por Juan Sehlesinger Vélez (1982). *El contrato de agencia mercantil*. Tesis doctoral. P. 155. Bogotá D.E.

de proteger a los comerciantes nacionales contra los abusos de otros empresarios, generalmente extranjeros, con quienes habían celebrado contratos de representación para promover y vender productos en el territorio colombiano<sup>56</sup>.

Una vez enunciado el origen histórico de la cesantía comercial y concluido que el mismo fue consecuencia de los abusos o aprovechamiento indebido que hacían unos empresarios, por lo que el legislador creó un marco especial de protección para ellos, se establecerán en el presente capítulo, algunos de los interrogantes alrededor de la cesantía comercial que han sido ampliamente debatidos jurisprudencialmente y, de lo cuales, es necesario realizar unas advertencias probatorias basadas en hipótesis que se han presentado en diferentes laudos y sentencias nacionales.

En un primer momento, se hablará de la posibilidad y el momento que tiene tanto el empresario como el agente, para poder renunciar a la cesantía comercial y los diferentes cambios jurisprudenciales que esta posición ha tenido al respecto .

En un segundo momento se establecerá el mecanismo para poder calcularla y se determinará cual es el mecanismo probatorio para poder realizarlo, analizando qué conceptos se deben incluir y cuales no.

Finalmente, en este capítulo se abordará la posibilidad de realizar el pago anticipado de la cesantía comercial y se analizarán las hipótesis de cuándo la misma resulta ser válida dentro del ordenamiento jurídico y cuando no. En esta parte final, se realizará una breve reseña sobre la relación entre el pago anticipado de la cesantía comercial y las cláusulas abusivas o el abuso de la posición dominante a partir de casos prácticos.

### **3.3.Momento a partir del cual se puede renunciar a la cesantía comercial-**

Una de las razones fundamentales por las cuales el contrato de agencia comercial resulta ser ampliamente debatido por la jurisprudencia y por la doctrina está dada por la indemnización a la cual tiene derecho el agente a la luz del artículo 1324 del Código de Comercio, cuando acontece la terminación del vínculo contractual.

La jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que los derechos económicos emanados del contrato de agencia son renunciables, puesto que su disposición en nada afecta el ordenamiento jurídico.

---

<sup>56</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo (1991). *El contrato de agencia mercantil*. Editorial Temis

Sobre la anterior premisa no existe mayor controversia, sin embargo, la misma suscita cuando se pregunta a partir de qué momento la cesantía comercial es renunciable.

Para poder entender las diferentes posturas que sobre este mismo punto radican, resulta indispensable hacer una diferenciación de cuatro momentos disímiles: i) la celebración del contrato (momento primigenio de acuerdo de voluntades), ii) momento en el cual se causa la cesantía comercial, iii) el momento a partir del cual la cesantía comercial se hace exigible y iv) el momento a partir del cual la misma es disponible o renunciable.

Parece haber un consenso sobre las tres primeras y una constante disparidad frente a la cuarta, es decir, acerca del momento a partir del cual la cesantía comercial es disponible.

La celebración del contrato de agencia, como se mencionó anteriormente, es el momento primigenio del contrato en donde hay un acuerdo de voluntades entre el empresario y el agente sobre los elementos esenciales del contrato, sobre el particular, no existen mayores confrontaciones.

Por su parte, también existe consenso en la jurisprudencia y en la doctrina acerca del momento a partir del cual se causa la cesantía comercial. En el presente texto, cuando se hace referencia a la “causa” se hace referencia al motivo o razón por la cual la misma se genera.

Sobre el particular, en el año 2010, la Corte sostuvo:

*“Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma es de naturaleza contractual y patrimonial, **se causa por la celebración del contrato**” (subrayado y negrillas fuera de texto)*

En ese mismo sentido, la Corte estableció:

*“Para la Corte, el derecho a la prestación instituido en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es la de un derecho subjetivo de crédito, estricto sensu patrimonial, de contenido singular, particular y concreto, originado en la celebración y terminación del contrato de agencia comercial, independientemente de la causa de su extinción, sea de consumo, ya por vencimiento del término pactado para su duración, ora por revocación justificada o injustificada, bien por incumplimiento de una o ambas partes o por cualquier otro motivo legal.”*

De igual manera la Corte ha explicado:

*“La causa de terminación del pacto, por consiguiente, carece de relevancia y el ordenamiento no sujeta, ata, condiciona o subordina el derecho a esta prestación, mas que a la presencia y extinción de la relación jurídica contractual, naturalmente que brotan por su simple existencia y conclusión<sup>57</sup>.”*

Del pronunciamiento anteriormente descrito se concluye que la causa, el motivo o la justificación de la cesantía comercial es la celebración del contrato mismo y no su terminación.

Ahora bien, en un tercer momento, resulta indispensable establecer el momento a partir del cual los rubros provenientes de la cesantía comercial se hacen exigibles. Sobre el particular la Corte ha establecido:

*“La prestación, por tanto tiene por objeto el pago de una suma dineraria, ab initio indeterminada al tiempo de celebración del contrato y determinable durante su ejecución o por tarde a su terminación, sobre bases por completo objetivas, equivale a la doceava parte del promedio de la comisión, utilidad o regalía recibida en los tres últimos años de duración o al promedio de todo lo recogido, cuando su vigencia es menor, y **es exigible en la fecha de extinción de la agencia comercial por cualquier causa**, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor<sup>58</sup>.”* (subrayado y negrillas fuera de texto).

En igual sentido hubo un pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento promovido por Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comcel en donde se expresó:

*“la obligación de pagar la cesantía comercial al agente no se causa **sino hasta la terminación** del contrato de agencia y por ende antes de ella no procede el pago de la misma, sino meramente un anticipo o avance<sup>59</sup>”.* (subrayado y negrillas fuera de texto).

En conclusión, i) la celebración del contrato se establece en el momento en que existe consenso en las voluntades de las partes, ii) la causa de la cesantía comercial no es otra que

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia.. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 2010. M.P. William Namén Vargas. Ref: 1100131030322001-00847-01.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp: 7504

<sup>59</sup> Tribunal de Arbitramento de Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 15 de mayo de 2013.

la celebración misma del contrato, independientemente de los motivos de su terminación y iii) la cesantía comercial se hace exigible a partir de la terminación del contrato.

Como se mencionó anteriormente, sobre estos tres primeros puntos parece haber un consenso en la jurisprudencia y en la doctrina, sin embargo, falta establecer el momento a partir del cual el agente puede disponer de los rubros provenientes de la cesantía comercial y es sobre este punto en donde existen mayores controversias.

Para poder entender las diferentes posturas que sobre el particular se han debatido, se deberá realizar un breve recuento histórico sobre las diferentes posturas que ha tenido la Corte Suprema de Justicia.

En un primer momento, en 1980 se estableció que la prestación solo era renunciable a la terminación del contrato de agencia mercantil. Así lo expresó la Corte:

*“(…) la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial, ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que, en tales circunstancias, no pueda renunciarse y tenga que hacerlo efectivo necesariamente<sup>60</sup>”.*

Más adelante, en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia estableció que era factible pagar y, por lo tanto, renunciar a la cesantía comercial de manera anticipada indicando que:

*“(…) al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio- tópico que ha sido abordado desde diversos ángulos como el de la seguridad social; los bienes mercantiles y, específicamente, la clientela; el derecho societario; los contratos de colaboración, entre otros-, parece claro que, en línea de principio, ella deber ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de “la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años”, que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquel.*

---

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

*Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia- lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes. (...) Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, pueda restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina, o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló- en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere<sup>61</sup>.”*

Sin embargo, en el 2011, la Corte parece dar un giro a su postura respecto de lo que se venía diciendo desde 1980 y afirmó que la prestación es de carácter contractual y de contenido patrimonial y, por lo tanto, puede ser negociada desde la celebración del contrato, durante su ejecución o en su terminación. Así lo precisó:

*“Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma, es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, hace exigible a su terminación por cualquier motivo y es susceptible de disposición por las partes, legítimas aún desde el pacto cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo, ya aumentándolos, bien disminuyéndolos, Y también para celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñidas*

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. No. 7504

*a la ley, actos que en principio, se presumen ajustados al ordenamiento y podrán ser ineficaces hoc eiam valet por transgresión del ius cogens, buenas costumbres, o deficiencias de los presupuestos de validez, ejercicio abusivo del poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc.*

*No obstante, la facultad dispositiva de las partes no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, además de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. (...).*

*Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna de configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad indefensión o debilidad de una parte.*

*En suma, no obstante el derecho de las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, en ejercicio legítimo de su libertad contractual y autonomía privada dispositiva para disponer de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del código de comercio a través de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, el acto dispositivo está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su génesis, contenido, validez, eficacia y ejercicio<sup>62</sup>”.*

Por otra parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha del 9 de noviembre de 2017, cuyo magistrado fue Luis Armando Tolosa Villabona afirma que:

*“No obstante, la coherencia con el sistema jurídico en la materia y el carácter objetivo de esa remuneración, pues nace, con independencia de la imputabilidad que le incumba al agente en la terminación del contrato; al hallarse en el marco de la autonomía privada y de la libertad contractual de las personas para disciplinar sus relaciones obligatorias, bien puede estimarse plausible la facultad dispositiva de las*

---

<sup>62</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de octubre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Referencia: 11001-3103-032-1001-00874-01

*partes a fin de consentir una cuantificación o determinación diferente, o para que se pague anticipadamente.”*

*“Incluso, pueden los contratantes acordar la renuncia al respectivo instituto, precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público, en razón a la misma volubilidad de este concepto; siempre y cuando revista voluntad expresa, y observe como límites infranqueables: las prohibiciones del uso abusivo del derecho, de la simulación, del fraude de regímenes legales protegidos, como el derecho laboral; o, de la imposición de cláusulas abusivas. Sin embargo, en el caso de la dimisión, ésta podrá abrirse paso, una vez consolidada, porque nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado en su patrimonio, mucho menos, cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente<sup>63</sup>.(subrayado fuera de texto)”*

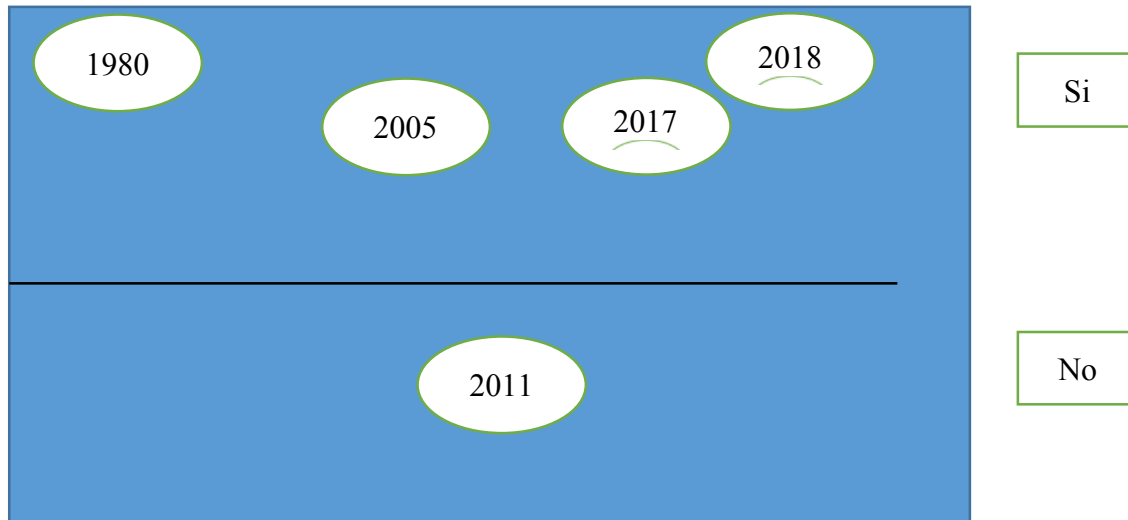
Finalmente, en el año 2018 la Corte vuelve a la tesis de 1980 y establece que la renuncia a la cesantía comercial solamente es válida a la terminación del contrato estableciendo que:

*“CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial N° 240, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, diciembre 2 de 1980. Por esta tesis aboga la Sala, a pesar de la obiter dicta que pueda derivarse de la sentencia del 19 de octubre de 2011, al admitir la renuncia anticipada, y por tanto, pudiéndose inferir, al momento de la celebración, ya en la ejecución. Esto no significa, desconocer el carácter eminentemente dispositivo de la regla 1324 en su inciso 1° del código de comercio y de la estirpe patrimonial de la prestación allí prevista; simplemente, se trata de la persistencia en aquella doctrina, por el raigambre de probable (art. 4 de la Ley 169 de 1896), bastión para la seguridad jurídica y confianza legítima; así como de observancia del principio de que nadie renuncia de un derecho o de un bien que no se ha incorporado en su haber; amén, de que el razonamiento de la sentencia del 19 de octubre no constituye una ratio decidendi, en el asunto juzgado para entonces, sino una argumentación persuasiva incidental sin carácter vinculante con la decisum<sup>64</sup>.”*

---

<sup>63</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Referencia: 73001-31-03-004-2011-0081-01

<sup>64</sup> Ídem.



*Gráfica uno*<sup>65</sup>

Como pudo observarse de los apartes jurisprudenciales extraídos, el cuestionamiento principal viene a darse a partir del interrogante del momento a partir del cual el agente puede disponer sobre los rubros causados producto de la cesantía comercial.

El poder de disposición hace referencia a una potestad reconocida al sujeto con relación al objeto de una concreta relación jurídica, para actuar dicho objeto con eficacia jurídica. No es la disposición una potestad autónoma, sino que viene determinada por una especial situación en que se encuentra el sujeto con relación al objeto de la disposición, que la doctrina italiana llama, de manera asertiva, legitimación sustantiva.

En aras de establecer una postura respecto a la mencionada controversia, se considera que es viable renunciar a la cesantía comercial únicamente cuando la misma se haya causado y no desde la celebración misma del contrato o durante su ejecución.

La mencionada postura se toma teniendo en cuenta que, en primer lugar, renunciar a la cesantía comercial a partir de la celebración del contrato de agencia, sin importar su incorporación como derecho al patrimonio del acreedor, llevaría, en muchos casos a que la protección que quiere precaver el legislador en el artículo 1324 se convirtiera en letra muerta, pues los empresarios no celebrarían contratos a menos que se estipulen cláusulas de renuncia expresa a la cesantía comercial.

<sup>65</sup> La gráfica uno es una representación de las posiciones jurisprudenciales desde 1980 hasta el 2018 en donde se evidencia los distintos cambios respecto del interrogante de si el agente puede renunciar a la cesantía comercial desde un momento primigenio y anterior a la consolidación de la misma.

En este momento, vale la pena recordar cuál era la intención del legislador al establecer la cesantía comercial y si bien se considera que el concepto de “indefensión absoluta” del agente, que fue la razón o justificación de establecer la protección legal ha cambiado, generalmente, el empresario tiene ventajas económicas, administrativas, logísticas y de organización empresarial que lo colocan en una posición ventajosa en la relación contractual, así no abuse de ella.

Esto último resulta indispensable para entender la posición del autor, pues el cambio jurisprudencial que se analizó anteriormente se ha dado principalmente por el contexto socioeconómico, particularmente el colombiano, en donde, si bien ya no es evidente la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas, siguen existiendo relaciones en donde el empresario ostenta una posición ventajosa frente al agente.

En segundo lugar, se debe afirmar que un principio general del derecho que puede brindar orientación respecto de la postura anteriormente descrita se basa en que nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado en su patrimonio, mucho menos, cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente.

Y, finalmente, se considera que no es viable renunciar a la cesantía comercial desde un momento primigenio del acuerdo de voluntades entre el agente y el empresario porque debe recordarse que una de las finalidades de la cesantía comercial es remunerar al agente por los resultados positivos de su gestión y porque, al dar por terminado el contrato, las consecuencias patrimoniales de sus esfuerzos no repercutirán más en su patrimonio.

Permitir que el agente pudiera renunciar a esta remuneración sería tan descabellado como pedirle a un pequeño empresario que avaluara su compañía en crecimiento y estableciera su valor en veinte años. Así como su valor puede ser muy pequeño, existe la posibilidad que producto de su esfuerzo y dedicación, el pequeño empresario se haya convertido en una gran superficie y su compañía valiera cientos de millones de pesos.

Esto mismo le costaría al agente si tuviera que renunciar a la cesantía comercial desde el momento mismo de la celebración del contrato, pues no tendría idea de los alcances que pueda tener su gestión.

Por otra parte, quienes defienden una postura que resulta contraria con la del autor pueden sostener argumentos como el señalado por la Corte Suprema de Justicia en el caso de Velotax contra Velotrans en donde afirma que:

*“Esta Corte sostuvo con acierto que la cesantía comercial se originaba en la teoría del carácter tuitivo, apoyada en la relación asimétrica de las partes de la agencia comercial, asimilando al “agente” como un extremo más débil, mereciendo su protección para por esa vía asignarle una estampa irrenunciable e imperativa a esa prestación; empero, dicho criterio fue rectificado paulatinamente desde el 2006 y en la sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 2001-00847-01, reconoció al “agente” como una persona de negocios que ejerce una actividad lucrativa con una mínima inversión, al aprovecharse de la notoriedad de la marca, la fabricación de un producto y la infraestructura del empresario, comparada con el riesgo asumido por éste, fruto de la contingencia de ganar o perder ingresos en ese convenio, aspecto equilibrante de la posición contractual de ambos, por tal razón, dicha prerrogativa económica desde el 2006 adquiere un matiz dispositivo en esta Sala<sup>66</sup>”.*

Lo que se quiere dejar en claro en este punto es que no hay una jurisprudencia uniforme con respecto a este interrogante y se deberá entrar a estudiar las particularidades del caso para establecer la posición que mas convenga.

### 3.3.1. Caso Práctico

Ahora bien, lo estudiado hasta este momento tiene ciertas repercusiones probatorias que se entrarán a estudiar y que representan la finalidad del texto. Si bien en la jurisprudencia existen varios casos como el que se presentará a continuación, los más destacados son los laudos arbitrales en donde se discutía la existencia del contrato de agencia comercial en donde el empresario era COMCEL. Si bien cada uno de estos casos era diferente y presentaba particularidades, existía un modelo de contrato con el cual se celebraron distintos acuerdos a lo largo del país.

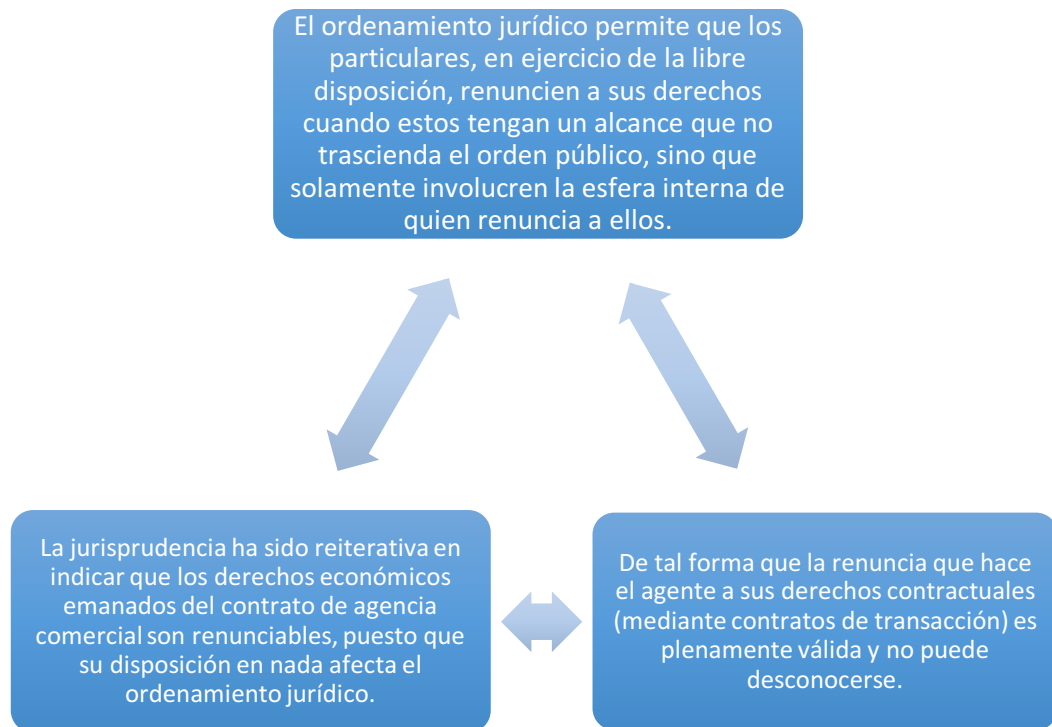
Estos acuerdos que fueron catalogados por las partes como contratos de distribución, realmente fueron descritos y sentenciados por los tribunales de arbitramento como contratos de agencia comercial y se entrarán a estudiar diferentes aspectos que se consideran de especial relevancia y que están atados a la anterior explicación.

---

<sup>66</sup> Corte Suprema De Justicia. Sentencia del 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

La hipótesis que se dio en estos procesos y que fue utilizada por el empresario para evitar el pago de la cesantía comercial, estaba dado porque, como condición necesaria para renovar el contrato con los diferentes agentes, exigía que estos suscribieran acuerdos de transacción en donde aclaraban que si bien no ejecutaban un contrato de agencia sino de distribución, renunciaban desde ese momento al pago de la cesantía comercial si en algún momento posterior se declara la existencia de un contrato de agencia.

A manera de silogismo se presentará el pensamiento del empresario que fue formulado en los siguientes términos:



Los Tribunales de Arbitramento en los cuales fue puesto a disposición el tema rechazaron estos contratos de transacción por las siguientes causas; en primer lugar, establecieron que las actas fueron predispuestas por el agente y que se hicieron mediante el ejercicio abusivo de la posición dominante y, en segundo lugar, todas las actas de transacción puestas a disposición de los tribunales no cumplían con los requisitos exigidos por la Ley y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia<sup>67</sup>, particularmente en lo referente a la precisión

<sup>67</sup> 1. Es un contrato cuyo elemento esencial son las concesiones recíprocas que cada parte realiza al renunciar parcialmente a sus pretensiones, con el propósito de solucionar en forma directa una controversia actual o inminente.

2. Es un contrato intuitu personae, ya que se realiza en función de las calidades especiales de cada parte.

que debe existir respecto del requisito de la *res dubio* y tampoco se alude a las concesiones recíprocas, es decir, no se estableció con claridad en qué sacrificaron cada una de las partes sus pretensiones.

El laudo de Celutec contra Comcel, trae a colación uno de los argumentos más interesantes para no darle validez a los contratos de transacción suscritos y que van de la mano con todo lo anteriormente estudiado.

El mencionado laudo indica que el artículo 2475 del Código Civil en su tenor literal dispone que “No vale la transacción sobre derecho ajenos o sobre derechos que no existen.”<sup>68</sup> (subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, el laudo anteriormente mencionado aprueba la tesis antes descrita y lleva a la primera conclusión probatoria en cuanto afirma que la cesantía comercial tan solo es disponible únicamente en el momento en que la misma se ha causado y se hace jurídicamente exigible, es decir, cuando se da por terminado el contrato, independientemente de su causa.

Esto, en la práctica, conlleva a que las partes no puedan disponer de la cesantía comercial durante la celebración del contrato ni tampoco durante su ejecución, es decir, no podrán establecerse cláusulas de renuncia anticipada a la cesantía comercial ni tampoco podrán celebrarse acuerdos sino hasta tanto se haya terminado el contrato, se haya calculado la cesantía comercial y el agente de manera libre y autónoma renuncie expresamente a ella.

Si, por ejemplo, se hacen pagos anticipados y se deja constancia en un documento privado, el mismo valdrá y tendrá plenos efectos jurídicos siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la ley, sin embargo, deberá hacerse una liquidación final y solo hasta ese momento se calculará si el empresario es deudor del agente o, si, por el contrario, el agente debe restituir algún dinero al empresario.

La segunda consecuencia probatoria que se deriva a partir de la determinación del momento del cual los rubros provenientes de la cesantía comercial son exigibles, es que es a

---

3. Sólo se puede transigir derechos patrimoniales que sean susceptibles de renuncia. No así los derechos personalísimos o aquellos que versen sobre el estado civil de las personas.

4. Tiene los efectos de cosa juzgada en última instancia.

5. Como contrato, debe reunir los requisitos de existencia y validez.

<sup>68</sup> Tribunal de Arbitramento de Celulares Y Tecnología SAS contra Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. 4 de abril de 2019.

partir de ese momento en donde, en caso de no realizarse el pago por parte del deudor, empiezan a correr los intereses moratorios. De ahí que resulta de extrema relevancia que el juzgador determine con exactitud el momento a partir del cual inicia el contrato y la fecha a partir del cual el mismo feneció.

Se debe advertir que es viable realizar liquidaciones parciales del contrato y establecer contratos de transacción sobre los valores arrojados en la mencionada liquidación. Lo que no es permitido por el ordenamiento jurídico colombiano es hacer estos acuerdos de transacción como requisito previo para poder prorrogar el contrato ni hacer que el agente renuncie a ellos de manera anticipada sin saber el valor real de dicha indemnización.

Si por acuerdo de las partes se decide de manera libre y voluntaria liquidar el contrato, se deberá precisar el valor de la cesantía comercial y a partir de su cuantificación cierta y definitiva, resultará válido que el agente renuncia a dicha remuneración.

### **3.4.¿Cómo se calcula la cesantía comercial?**

Otro gran interrogante que se plantea acerca de la cesantía comercial es la forma en que se realiza su cálculo o tasación, pues no hay un criterio definido por la norma que pueda identificar cómo debe hacerse. Lo cierto es que la misma norma presenta diferentes modos de interpretación válidos que pueden generar ciertos conflictos. Veamos.

El tantas veces mencionado artículo 1324 consagra de manera expresa:

*“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”.*

Así las cosas, para tasar la prestación es menester determinar, prima facie, con exactitud el promedio del valor de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente durante los últimos tres años o el total recibido, si la duración fuere menor.

Sin embargo, los conceptos de “comisión”, “regalía” y “utilidad” tienen la particularidad de no estar definidos en el Código de Comercio, por lo cual, se acudirá a los métodos de interpretación consagrados en los artículos 27 y 28 del Código Civil.

Al buscar el significado gramatical de las palabras, se podrá observar que existe una ambigüedad aparente respecto de los conceptos que edifican el cálculo de la mencionada

prestación, debido a que cada uno de ellos difiere de forma sustancial en su contenido, provocando con ello, las variadas interpretaciones que se acusaron en esta parte del texto.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la comisión es el “porcentaje que percibe un agente sobre el producto de venta o negocio<sup>69</sup>”, mientras que, consultado el mismo texto regalía es la “participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo<sup>70</sup>” y, finalmente, la utilidad la define como el “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo<sup>71</sup>”.

Bajo esa perspectiva, se entiende que la comisión comprende todas las sumas canceladas al agente por el empresario en razón de sus gestiones de promoción o explotación de los negocios encomendados, mientras que la utilidad se ajustaría solo al “interés o fruto” percibido por el agente, suponiendo entonces la deducción de aquellos pagos imputados a los costos de operación derivados del desenvolvimiento contractual.

En contraste, la regalía, por tratarse de la retribución por el aprovechamiento de un “derecho” que le pertenece a quien lo percibe, está en contra vía con la esencia del contrato de agencia comercial, pues el agente explota un negocio ajeno, el del empresario, y es éste el responsable de remunerar a su contraparte y no al revés.

Puestas a consideración los anteriores planteamientos, se podrá concluir que será ventajoso para el agente computar la cesantía comercial sobre la base de la comisión, esto es, sobre todo lo recibido a modo de remuneración y, por otra parte, es favorable al agenciado liquidar la prestación con fundamento en la utilidad o margen de ganancia.

Ante esta aparente anfibología, para la Corte no cabe duda de que la pauta orientadora para establecer la base con la cual se debe calcular la cesantía comercial debe ser la comisión, a menos que los contratantes pacten cosa distinta por dos razones.

En primer lugar porque esa interpretación, en línea de principio, corresponde con la finalidad práctica de la norma, que no es otra que promediar lo recibido por el agente con ocasión de su labor de agenciamiento y, en segundo lugar, porque el texto no debe interpretarse de manera aislada sino en consonancia con los demás artículos que lo regulan, en este caso se trae a colación el artículo 1323 que indica que “el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia” por lo que se puede concluir que la

---

<sup>69</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en <http://222.rae.es/rae.html>.

<sup>70</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en <http://222.rae.es/rae.html>

<sup>71</sup> Diccionario de la Real Academia Española. (2017). Consultado en <http://222.rae.es/rae.html>

remuneración del agente lleva implícito los gastos incurridos por éste en el desenvolvimiento contractual.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia también ha acogido implícitamente el criterio de comisión con ocasión de la liquidación de la cesantía comercial, computando dentro de esta la asignación bruta y no neta, es decir, el importe total de lo percibido por el agente como contraprestación.

#### 3.4.1. Casos Prácticos

Así, a modo de ejemplo, la sentencia del 22 de octubre de 2001 declaró que entre Antonio María Vélez Garcés y la Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A. y la Nacional Compañía de Capitalización y Ahorro S.A., existieron relaciones contractuales de agencia y las condenó a pagar al agente “la doceava parte del promedio de las comisiones<sup>72</sup>”.

De igual manera en fallo del 6 de julio de 2007, la Corte reconoció que entre Industrias Limitada y la Sociedad Curtiembres Búfalo S.A. existió un contrato de agencia comercial y por lo tanto la condenó a cancelar la cesantía comercial que le fue cancelada al tiempo con las comisiones que a lo largo de la vigencia del contrato recibió, esto es, de todo lo recibido<sup>73</sup>.

Finalmente, en decisión de casación de 13 de diciembre de 2007 se condenó a pagar a la sociedad demandada, Inversiones Cromos S.A., como cesantía comercial, la suma de \$15'000.000, valor establecido de la comisión liquidada sobre todos los valores pagados, por la labor realizada durante todo el tiempo del contrato<sup>74</sup>.

#### 3.4.2. Procedimientos para el cálculo de la Cesantía Comercial

Una vez aclarado los puntos anteriores, para el cálculo de la cesantía comercial se tienen dos procedimientos que dependerán de la duración del contrato. Si el contrato tuvo una duración menor a tres años deberá promediar<sup>75</sup> las comisiones de todo lo percibido por el agente y ese valor arrojará el total de la cesantía comercial.

<sup>72</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Referencia: 5817.

<sup>73</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Referencia: 7504

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil SC18392-2017/2011-00081 de noviembre 9 de 2017. Radicación: 73001-31-03-004- 2011-00081-01. Magistrado Ponente. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. (Aprobado en sesión de tres de mayo de dos mil diecisiete). Bogotá, D. C., nueve de noviembre de dos mil diecisiete.

<sup>75</sup> El promedio mide la tendencia central, que es la ubicación del centro de un grupo de números en una distribución estadística. Si por ejemplo, la comisión del agente se realizó mensualmente y en el mes de enero tuvo una retribución de 2, en el mes de febrero de 4, en el mes de marzo de 8 y en el mes de abril de 10, se

Si, por el contrario, el contrato duró más de tres años, deberá promediar el valor de las comisiones recibidas durante los últimos tres años y ese valor deberá ser dividido en doce, lo que arrojará el valor total de la cesantía comercial que deberá ser pagado por el empresario.

### 3.5. Interrogantes acerca de el promedio de la comisión, regalía o utilidad “recibida” en los últimos tres años

El otro gran interrogante que se plantea a la hora del cálculo de la cesantía comercial viene dado por la misma redacción del artículo anteriormente transcrita, en especial por la parte en donde afirma que la misma se liquidará con una doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años.

El cuestionamiento viene dado porque el artículo transcrito exige que, para el cálculo de la cesantía tan solo se tendrá en cuenta lo que efectivamente haya sido recibido por el agente, es decir, aquello que entre efectivamente a su patrimonio por lo que se abre el interrogante de si se debe incluir aquellos saldos pendientes que deba el empresario o incluso, como suele suceder en la mayoría de eventos, aquellos que se debatan en el proceso. El interrogante anteriormente planteado estará resuelto por el caso que se estudiará a continuación.

### 3.6. Caso Práctico- Interrogantes acerca de el promedio de la comisión, regalía o utilidad “recibida” en los últimos tres años

Esta discusión se tuvo, particularmente en el caso de Celutec contra Comcel en donde el Tribunal afirmó con contundencia que aun cuando el precepto utiliza la expresión “recibida”, la prestación se calcula sobre el valor al cual tiene derecho el agente, esto es, causado, así el mismo no se haya pagado o recibido efectivamente, pues lo contrario, comportaría omitirlo y patrocinar el incumplimiento del empresario al no pagar<sup>76</sup>.

En conclusión sobre este aparte, se debe afirmar que el cálculo de la cesantía comercial dependerá de si la duración del contrato fue de tres años o menos. En el último de los casos, se debe promediar todo lo percibido por el agente, pero si la duración fue mayor, deberá promediarse lo recibido durante los últimos tres últimos años del contrato y dividir ese valor entre doce, lo que arrojará el valor de la cesantía comercial.

---

deberán sumar los valores, lo que arroja 24 y este valor se divide por el número de meses, en este caso 4, lo que arroja que el promedio es 6.

<sup>76</sup> Tribunal de Arbitramento de Celulares Y Tecnología SAS contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 4 de abril de 2019.

Finalmente, para el cálculo de esta se deberá tener en cuenta todos los valores efectivamente causados que podrían ser diferentes a los recibidos por el agente. Así las cosas y en la hipótesis en la cual se discutan valores adeudados por concepto de la remuneración que eventualmente deba el empresario al agente, el Juez o árbitro deberá resolver primero este interrogante para que, una vez declarado el contrato de agencia, se pueda calcular el valor de la cesantía comercial a la que tiene derecho.

### **3.7.El pago anticipado de la cesantía comercial**

Una de las prácticas que también ha generado grandes polémicas y que se pretende estudiar en este aparte del capítulo, es el pago anticipado de la cesantía comercial. En primer lugar, vale la pena aclarar que no resulta ilícito el pago anticipado de la mencionada cesantía comercial, cuando quiera que las partes, libre y espontáneamente, lo hayan acordado de manera legítima, libre de abuso del derecho y siempre obrando de buena fe.

Sobre el particular, vale la pena resaltar algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el primero de ellos, en sentencia del 28 de febrero de 2005 en donde expuso:

*“Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación-, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes<sup>77</sup>.”*

En el mismo sentido, tal postura fue recientemente reiterada por la Corte, en sentencia del 9 de noviembre de 2017 que determinó:

---

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

*“No obstante, la coherencia con el sistema jurídico en la materia y el carácter objetivo de esa remuneración, pues, nace con independencia de la imputabilidad que le incumba al agente en la terminación del contrato; al hallarse en el marco de la autonomía privada y de la libertad contractual de las personas para disciplinar sus relaciones obligatorias, bien puede estimarse plausible la facultad dispositiva de las partes a fin de consentir una cuantificación o determinación diferente, o para que se pague anticipadamente<sup>78</sup>.”*

Sin perjuicio a todo lo anterior y atado a lo establecido en párrafos anteriores, también es cierto que la legitimidad de tal acuerdo se perderá cuando el mismo resulte contrario a la buena fe o sea producto del ejercicio abusivo del empresario pues, como también lo ha destacado la jurisprudencia, el pacto se encuentra sujeto a los mismos presupuestos de validez y eficacia de cualquier acto dispositivo.

Las cláusulas que contengan estipulaciones que contraríen estos presupuestos deberán ser objeto inquebrantable de rechazo por parte del juzgador.

Sobre el particular, la Corte aclaró que:

*“Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, verbi gratia, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus anteriores. consecuencias legales.<sup>79</sup>”*

Una vez explicado que es válido el pacto o acuerdo entre las partes de hacer abonos anticipadamente de la cesantía comercial, siempre que se haga conforme a los principios de la buena fe y el no abuso de la posición dominante se pasará a exponer algunas particularidades y cuidados que se deben tener a la hora de la realizar el mencionado anticipo.

Lo primero en este segmento es advertir que para brindar seguridad a las partes y en aras de mantener una correcta contabilidad, dentro de las facturas que se expidan se deberá discriminar detalladamente aquello que haga parte de la retribución del agente por su gestión y aquello que sea considerado como anticipo de la cesantía comercial.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de noviembre de 2017. M.P.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 2010. M.P. William Namén Vargas

### 3.7.1. Caso Práctico- pago anticipado de la cesantía comercial

En adelante, se realizarán unas consideraciones basadas en los múltiples casos que se llevaron a consideración de tribunales de arbitramento de Comcel. Antes de entrar a detallar las particularidades del caso, se hará un recuento de los hechos que se registraron y se establecerá cuáles fueron los errores conceptuales, sustanciales y procedimentales que llevaron a la condena de esta empresa, en especial en lo relativo al pago anticipado de la cesantía comercial.

Lo cierto es que Comcel realizó el mismo movimiento en cada uno de los contratos de “distribución” en donde era parte. Como ya había sido condenado por algunos tribunales de arbitramento, consideró indispensable hacer ajustes en su red de distribuidores para evitar mayores sanciones, por lo que alrededor del año 2007 ordenó a cada uno de ellos la facturación “80/20”.

La facturación 80/20 no era otra cosa que la orden a sus distribuidores de dividir la facturación en dos, en donde se debía reflejar un 80% del monto liquidado por Comcel como retribución por las labores encomendadas y, en otra factura, un 20% como pago anticipado de prestaciones o indemnizaciones.

Sin embargo, pese a los esfuerzos del empresario, los distintos tribunales de arbitramento establecieron que en estos casos no se realizó el pago anticipado y efectivo de la cesantía comercial ¿por qué?

Lo primero que es importante establecer es que en cada uno de los casos en donde se debatió si el empresario había realizado el pago de la cesantía comercial o no, la prueba fundamental que tuvieron en cuenta los distintos tribunales fue un dictamen pericial rendido, generalmente, por un contador que analizaba los estados financieros, aspectos tributarios y las facturas emitidas.

Fueron tres los argumentos centrales de los tribunales de arbitramento para establecer que no se había realizado el pago de la cesantía comercial en debida forma.

En primer lugar, se demostró que no se había realizado un pago individualizado, real y anticipado de la cesantía pues, como lo mencionaron los peritos, el cambio de facturación que fue ordenado, conocido como el 80/20 no significó un incremento del 20% en el valor de las comisiones que los agentes venían recibiendo a título de comisiones.

Contrario a su finalidad, lo que hizo el empresario fue dividir la comisión en dos segmentos, argumentando que uno de ellos representaba las comisiones y el otro, un anticipo de las indemnizaciones.

Para llegar a esta conclusión los peritos compararon los valores percibidos antes de que el agente diera la orden de dividir la facturación con aquellos valores que percibió con posterioridad.

En el dictamen pericial se incluyeron distintos cuadros comparativos y después de analizar los libros de contabilidad se concluyó que el cambio en el sistema de facturación no significó un incremento del 20% en el valor de las comisiones que los agentes estaban percibiendo, sino un fraccionamiento que no representaba un pago real y material de la cesantía.

	Remuneración	Pago de cesantía Comercial
Remuneración percibida antes de la división en la facturación	100	0
Remuneración percibida después de la división en la facturación	80	20

Como puede observarse en el anterior cuadro, la cesantía comercial no puede provenir de la remuneración sino que debe ser un lucro independiente que incremente el patrimonio del agente y disminuya correlativamente el del empresario.

Es decir, el pago anticipado implica hacer una erogación adicional a la comisión o a la remuneración convencional por parte del deudor, porque de lo contrario, o el pago no existe o hay una disminución unilateral y abusiva de las comisiones<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Tribunal de Arbitramento de Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 15 de mayo de 2013.

Un segundo argumento para que se considerara que no se realizó el pago de la cesantía comercial está dada por la dinámica contable que se hizo y por un tema tributario que se detallará a continuación.

En cuanto a la dinámica contable, el anticipo implica registrarlo en el activo para quien lo paga y en el pasivo para quien lo recibe. Si, por ejemplo, en los registros contables del empresario no se reflejan un pasivo por cuenta de anticipos, sino un ingreso por comisiones, esta es una prueba contundente de que no se está pagando la cesantía comercial de manera anticipada.

De manera que, una cláusula que disminuya en un determinado porcentaje la comisión o retribución que debe recibir el agente como contraprestación a su labor, para aplicar tal reducción a un artificioso y unilateralmente impuesto pago anticipado de la cesantía comercial, se traduce en una conducta abusiva que genera un claro e injusto desequilibrio contractual.

Así las cosas, se deberán allegar al proceso los libros de contabilidad que reflejen esta dinámica contable y se pueda apreciar que efectivamente el pago de la cesantía comercial se hace como una erogación adicional y diferente de la remuneración.

Finalmente, el tercer argumento que tuvieron en cuenta distintos tribunales de arbitramento para negar las alegaciones de la parte demandada en donde afirma haber pagado anticipadamente la cesantía comercial está dada por un factor tributario.

De conformidad con el concepto 031500 del 5 de mayo de 1998, la DIAN estableció que tanto para el inciso primero donde se paga al agente comercial una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de lo percibido si el tiempo fuere menor, así como para el inciso segundo, donde se da una indemnización equitativa cuando el empresario revoque el contrato, en realidad lo pagado no corresponde en estricto sentido a la prestación de un servicio para efectos del impuesto sobre las ventas, en los términos del artículo 10 del decreto 1372 de 1992, pues la erogación corresponde a la terminación del contrato por las causas señaladas en el artículo 1324 del Código de Comercio.

A renglón seguido explica:

*“Es necesario tener en cuenta, que para la causación de IVA en los servicios necesariamente se debe dar el hecho generador, esto es, que la erogación*

*corresponda al hecho material que genera el tributo, situación que no se en las indemnizaciones del artículo 1324 citado, pues éstas no se dan con ocasión del cumplimiento de una obligación de hacer, sino que surgen por fenecimiento del contrato<sup>81</sup>”.*

Así las cosas, si se genera una factura para el pago de la cesantía comercial, la misma no deberá generar IVA pues la misma no se encuentra contemplada dentro del hecho generador del impuesto.

En conclusión, se puede establecer que el pago de la cesantía comercial se puede hacer de manera anticipada, pero siempre teniendo en cuenta que deberá haber un pago real y material de la misma que incremente el patrimonio del acreedor y disminuya paralelamente el del deudor, pago que además deberá ser contrastado con la realidad física y contable tanto del empresario como del agente por lo que una prueba pericial en este sentido será altamente indicativa del negocio jurídico ejecutado.

### **3.8. Cláusulas Abusivas: una relación perpendicular al concepto de cesantía comercial**

Finalmente, el tema de las cláusulas abusivas resulta de una altísima relevancia probatoria a la hora de estudiar litigios relacionados con la agencia comercial y que tendrán especial preeminencia en lo relacionado con el pago de la cesantía comercial.

En esta parte final del capítulo se pretende relacionar todo lo visto hasta este momento con las cláusulas abusivas y sus consecuencias dentro de un proceso con lo cual se pretende advertir y demostrar que el concepto de cláusulas abusivas tiene una relación perpendicular con el concepto de la cesantía comercial y que es ampliamente debatido dentro de los procesos.

En aras de mantener una correcta coherencia del texto se deben hacer unos apartes introductorios que indican al lector la importancia del mencionado tema.

Haciendo un recuento de los temas analizados hasta el momento, se ha dicho que los debates jurisprudenciales y el cambio de postura de las altas Cortes se da principalmente por una sola razón: el contexto socioeconómico, particularmente el colombiano que presenta grandes cambios en cortos periodos de tiempo.

En un principio, la supremacía del empresario frente al agenciado era evidente y palpable por lo que fue necesario establecer una protección legal suficientemente amplia que

---

<sup>81</sup> DIAN. concepto 031500 del 5 de mayo de 1998

propendiera por el respeto de los derechos del agente debido a que la relación era totalmente inequitativa con relaciones de mercado asimétricas y en donde este último no contaba con protección alguna<sup>82</sup>.

Sin embargo, las condiciones económicas han ido cambiando y ya el agente no se encuentra en total desprotección y el empresario tampoco puede, en todos los casos, ser considerado como la parte fuerte de la relación comercial.

De hecho, sentencias como la del 19 de octubre de 2011 “reconoció al “agente” como una persona de negocios que ejerce una actividad lucrativa con una mínima inversión, al aprovecharse de la notoriedad de la marca, la fabricación de un producto y la infraestructura del empresario, comparada con el riesgo asumido por éste, fruto de la contingencia de ganar o perder ingresos en ese convenio, aspecto equilibrante de la posición contractual de ambos<sup>83</sup>”.

El autor no se encuentra de acuerdo con ninguna de las dos posiciones asumidas y considera que cada caso debe ser estudiado a profundidad teniendo en cuenta las particularidades de cada uno. La anterior posición es fundamental para entender las consideraciones que a lo largo del texto se han discutido.

Si, por ejemplo, se está de acuerdo con la posición que mantuvo la Corte Suprema de Justicia hasta más o menos el año 2006, las cláusulas abusivas se discutirán siempre dentro de un litigio pues el empresario tiene un poder absoluto de negociación e imposición de cláusulas de todo el contrato.

Si por el contrario, se está de acuerdo con la posición reconocida por la Corte Suprema de Justicia desde el 2006 hasta mediados del 2017, las cláusulas abusivas no serán un tema trascendental dentro de la discusión debido a que los comerciantes se encuentran en igualdad de condiciones para fijar el contenido de sus contratos.

Por este motivo en particular se considera pertinente tomar una posición neutral en donde deberá entrarse a estudiar cada caso en concreto para poder determinar si existen cláusulas abusivas dentro de los contratos o no y así poder determinar la validez o no de ciertas cláusulas.

---

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo, la exposición de motivos en donde una de las razones fundamentales para establecer el pago de la cesantía comercial a favor del agente, precisamente es la desprotección que tenía.

<sup>83</sup> Corte Suprema De Justicia. Sentencia del 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Hacer consideraciones generales sobre la posición de dominio que ejercen los empresarios o las desventajas económicas que tienen los agentes resulta ser una afirmación sesgada que dificultaría la correcta interpretación y análisis de los contratos.

Una vez hecha la anterior introducción se entrará a estudiar la posición de dominio en el mercado y la diferencia que existe con respecto a la posición dominante en una relación contractual, las cláusulas abusivas propiamente dichas y sus consecuencias jurídicas en el ordenamiento nacional.

La posición dominante en el mercado, tal como lo establece la jurisprudencia, la ley y la doctrina nacional, ha de entenderse como el posicionamiento que tiene un determinado agente dentro del mercado, el cual le permite establecer, de manera directa o indirecta, condiciones y ventajas dentro de un sector de la economía en particular.

Así lo ha conceptualizado la Corte Constitucional:

*“La posición dominante es un concepto económico que se deriva de la especial situación que un determinado agente económico tiene en el mercado. Dicha posición, ciertamente, puede configurarse a partir de condiciones de ventaja o privilegio que de la actividad del Estado se deriven para ciertas personas, pero es claro que, aún en este evento, la posición dominante que adquiera una persona no proviene de la actividad del Estado sino del efecto que dicha actividad tiene en un mercado de competencia. Esto permite distinguir la figura de la situación que se presenta en los sectores intervenidos, en los cuales el control sobre el mercado proviene, no de una condición fáctica, sino de los elementos de regulación propios del sector<sup>84</sup>.”*

El concepto de posición dominante en el mercado difiere sustancialmente del concepto de posición dominante en el contrato. Sobre el particular, el laudo del 23 de febrero de 2007 entre PUNTO CELULAR LTDA y COMCEL S.A., expresó:

*“En efecto, es necesario distinguir entre posición dominante en el mercado, de posición dominante en la contratación. Se trata de dos conceptos que, si bien podrían coincidir en un caso concreto, son diferentes.*

*La primera consiste, según el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, en la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. “La posición dominante en el mercado se distingue esencialmente por la capacidad que*

---

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil

*tiene una empresa o persona, para determinar en forma directa o indirecta el precio, calidad, cantidades y demás condiciones dentro de un mercado*<sup>85</sup>”

*La figura general de la posición dominante como referencia introductoria para considerar y desarrollar el tema central que ocupa la decisión del Tribunal, lo lleva a abordar el concepto de posición dominante contractual, diferente de aquella y ciertamente más relevante de cara al asunto debatido en este proceso, el cual, más que un posicionamiento ante el mercado en general, alude a la marcada superioridad de una de las partes en una específica relación negocial que le permite dictar el contenido y las cláusulas del contrato de manera unilateral o primordialmente unilateral, dando cabida, en algunos casos, a marginales modificaciones de las condiciones inicialmente predisuestas por la parte dominante.*<sup>86</sup>”

Posteriormente, en ese mismo laudo, el Tribunal citó al doctor Ernesto Rengifo en los siguientes términos:

*“Se ha señalado que el abuso de posición dominante tiene una naturaleza bifronte en la medida en que se puede expresar en relaciones jurídicas provenientes o derivadas de un negocio jurídico o se puede expresar en el mercado. En líneas generales, se puede decir que el abuso de posición dominante contractual se presenta por lo regular entre no competidores, en tanto que el de mercado tiene o puede tener incidencia entre competidores (...).*

*Así mismo, el primero puede ser calificado y censurado por cualquier juez permanente o transitorio, tratándose de árbitros; en cambio respecto del abuso de posición dominante en el mercado hay si se quiere un control no difuso sino especializado en la medida en que sólo puede ser declarado por entes u órganos especializados del sector público o por los jueces mediante el ejercicio de una acción especial de estirpe constitucional*<sup>87</sup>”.

---

<sup>85</sup> Miranda Londoño, Alfonso. Abuso de Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado!, publicado en la Revista del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia –CEDEC-, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1997, pág. 52

<sup>86</sup> Tribunal de Arbitramento de PUNTO CELULAR LTDA contra COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo del 23 de febrero de 2007.

<sup>87</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 353 y 354

En resumen, la posición dominante en el mercado permite establecer las condiciones en las que se desarrolla un mercado en particular, aumentando costos, disminuyéndolos, aumentando su producción o disminuyéndola o ejerciendo cualquier otra actividad que condicione a los demás competidores del mercado.

Por su parte, la posición dominante contractual se identifica a partir de una relación contractual específica y parte de diferentes factores, no solo el económico, también se tiene posición dominante producto del conocimiento específico en un producto o en un sector comercial, por organización administrativa entre muchos otros factores que pueden influir en el desarrollo de una relación comercial.

Esto, trae como consecuencia que el posicionamiento le permita dictar el contenido de un contrato en su totalidad parcialmente e incluso modificarlo unilateralmente.

Dentro de un proceso litigioso en donde resulte indispensable probar que alguna de las partes tiene una posición de dominio en el mercado, el mismo debe probarse a través de estudios, peritajes o, incluso, puede considerarse como un hecho notorio en algunos casos particulares.

Ahora bien, si lo que se necesita es demostrar que uno de los extremos del litigio tuvo una posición dominante contractual deberá probarse que hubo, por algunas de las partes del litigio, la posibilidad de establecer unilateralmente, todas o algunas, cláusulas del contrato sin que la otra parte pudiera modificar o ajustar el contenido de las mismas.

También se puede probar que existió una posición dominante contractual si alguna de las partes durante la ejecución del contrato tuvo la posibilidad de modificarlo unilateralmente sin que la otra tuviera alguna otra forma de oponerse a tal modificación. Estos, entre otros indicios podría hacer pensar al juzgador que algunas de las partes en conflicto ostentaba una posición dominante en la relación contractual.

Sin embargo, demostrar lo anterior no tendría ningún sentido si no se busca una consecuencia jurídica que beneficie a cualquiera de los extremos procesales. Tanto la posición dominante en el mercado como la posición dominante contractual son toleradas y permitidas por el ordenamiento.

Lo que está restringido o prohibido es que quien ostente una posición dominante en el mercado o en una relación contractual abuse de ella. El artículo 333 de la Carta política establece:

*“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 Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos ha establecido que:

*“Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente<sup>88</sup>”.*

Como se estableció anteriormente, la posición dominante en el mercado en general y la posición de dominio contractual, en particular, son situaciones que son permitidas por el ordenamiento jurídico. Es decir, demostrar en un determinado litigio que alguna de las partes ostentó una posición dominante contractual no conduce en si mismo a nada.

Para que se puedan determinar las consecuencias adversas de este hecho se deberá demostrar además que la posición de dominio fue ejercida en forma abusiva para que el juzgador pueda entrar a determinar las consecuencias jurídicas. Así, se deberá entrar a estudiar la figura del abuso del derecho y su proyección en el ámbito contractual, examinando las consecuencias jurídicas que de este hecho se derivan.

Se configurará un abuso de posición dominante cuando se presente un ejercicio desmedido o extralimitado de las potestades de alguna de las partes, lo que desconfigura el equilibrio contractual que se debe predicar de cada una de las relaciones comerciales y, además, contraviene la finalidad socioeconómica del contrato.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en el año 1994 puntualizó:

*“En efecto, hoy en día se tiene por sabido que el dominio de aplicación del postulado en cuya virtud las leyes no le brindan protección de ninguna índole a quien abusa en el ejercicio de poderes emergentes de situaciones particulares que le favorecen, (...) el abuso de dichas prerrogativas, entonces, es un ilícito específico o sui generis que sin duda alguna cuenta con suficiente autonomía conceptual y sus alcances superan*

---

<sup>88</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*en mucho los que la censura en este caso sugiere, habida cuenta que como en la actualidad lo dicen valiosos estudios sobre el tema, el deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su empleo de manera antisocial o inmoral o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa o de poder y de carácter patrimonial, su sustancia es por lo tanto la de un deber genérico que toma pie en el principio general de derecho prohibitivo del abuso en cualquiera de sus modalidades y al cual, para decirlo con palabras de un ilustre tratadista, jamás puede serle extraña la materia contractual pues esta noción moral que como tantas otras viene a fecundar la activa juridicidad, '...hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados...' (Arturo Alessandri Rodríguez. El Contrato Dirigido. Santiago de Chile, 1942)<sup>89</sup>*

Un ejemplo persuasivo de esta clase de comportamiento lo establecen aquellas relaciones en donde se encuentra totalmente restringido o seriamente disminuido el poder de negociación por quien, por cuestiones de hecho o de derecho, tiene u ostenta una posición de dominio en la relación contractual.

Ahora bien, el abuso del derecho no solamente se puede evidenciar durante la fase inicial del contrato, la misma puede darse también durante la ejecución o cumplimiento del contrato cuando por acción u omisión de la parte dominante se genera un desequilibrio económico.

Como se ha establecido en reiteradas oportunidades en el desarrollo del texto, por regla general, en nuestro ordenamiento jurídico existe libertad probatoria, sin embargo, se darán algunos parámetros repetitivos que se evidenciaron en algunos laudos y sentencias en donde se discutía si alguna de las partes había obtenido una posición dominante contractual.

---

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

### 3.8.1. Caso práctico:

Un primer indicio que puede ayudar a que un juez o árbitro decreta una posición de dominio contractual es que alguna de las partes ostente una posición de dominio en el mercado. Como se dijo anteriormente, estos son algunos indicios que pueden ayudar, pero esto no significa que todo aquel que tenga una posición de dominio en el mercado ejerza siempre una posición de dominio contractual.

Un segundo elemento que se debe demostrar dentro del litigio es la predisposición del contrato. Como se dijo anteriormente, la falta de poder de negociación, en todo o en parte, resulta altamente perjudicial para alguna de las partes y es ahí en donde suelen cometerse grandes abusos.

El hecho de que se tenga un contrato predispuesto o, por el contrario, que no se tenga, no conlleva inmediatamente a que se predique la abusividad de alguna cláusula. Así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2001:

*“Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo<sup>90</sup>”.*

Finalmente, un elemento importante que debe entrar a demostrarse en un litigio son los cambios que se disponen en los contratos de manera unilateral. Con lo anteriormente mencionado no se quiere afirmar que las circunstancias del mercado permanecen estáticas durante el tiempo y que, en consecuencia, no se deben introducir modificaciones al contrato.

Lo que se quiere manifestar es que los cambios deben estar suficientemente explicados, justificados o deben tener un sustento válido relacionado con la competencia en el mercado, altos o bajos rendimientos en ventas de los productos o servicios, entre otras circunstancias de hecho que pueden generar variaciones en los contratos.

Si por el contrario, no se logra determinar que los cambios introducidos en el contrato obedecen a condiciones externas y no simplemente a la voluntad de quien ostenta la posición dominante contractual, se estará frente a un indicio de una cláusula abusiva.

Si se logra demostrar en un proceso que las condiciones generales de contratación están predispuestas unilateralmente por alguna de las partes, el juzgador necesariamente entrará a estudiar el contenido de las mismas el cual, puede contener cláusulas abusivas y es

---

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2011. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

ahí en donde la teoría del abuso del derecho operaría como instrumento de corrección o de balance ante los contenidos abusivos en contra de cualquiera de las partes.

No es válido argumentar en un proceso que ante las cláusulas abusivas existía la posibilidad de optar por una terminación del negocio pues esto rompe con el natural y razonable equilibrio que debe estar inmerso en toda relación contractual.

Lo que deviene imperativo estudiar ahora, son las consecuencias jurídicas del abuso del derecho. Si bien es cierto que en nuestra legislación no existe un régimen destinado a regular la figura del abuso contractual, la Constitución Nacional de 1991 establece en el artículo 95 que toda persona debe “*Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”.

Sobre las consecuencias del abuso del derecho no hay coincidencia en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre los efectos jurídicos que se predicán de ella. Algunos, acogen la tesis de la nulidad relativa, mientras que otros, adoptan la posición de nulidad absoluta.

El autor considera que la consecuencia jurídica que se debería predicar de este tipo de cláusulas es la nulidad absoluta debido a que, como se mencionó anteriormente, existe una prohibición constitucional.

La nulidad absoluta se decretaría por objeto ilícito de conformidad con el artículo 1519 del Código Civil y se predicarían las consecuencias jurídicas del artículo 1741 del mismo cuerpo normativo.

Debe tenerse en cuenta que la nulidad solamente afectará las cláusulas consideradas abusivas y no el contrato en su integridad, dado el principio de conservación del negocio de conformidad con el artículo 902 del Código de Comercio.

Todo lo descrito anteriormente tiene plena relevancia en un litigio porque bajo una misma manera de entendimiento de la figura de la agencia comercial se pueden establecer varias conclusiones. En primer lugar, la cesantía comercial fue una figura jurídica inventada por los legisladores que buscaba proteger al agente del poder que ejercía el empresario de manera casi ilimitada.

Si bien a lo largo del texto se explicó que el poder del empresario “ilimitado” o “casi ilimitado” había cambiado, aún existen ventajas económicas, administrativas, logísticas y de organización empresarial que lo colocan en una posición ventajosa en la relación contractual, así no abuse de ella, con lo cual se considera que protección legal que se quiso establecer

mediante la cesantía comercial sigue teniendo su justificación producto de las condiciones de desigualdad que imperan en el mercado.

Esas condiciones de desigualdad que, si bien son palpables casi que, en cualquier relación comercial, son evidenciables en mayor medida cuando se celebran contratos de agencia comercial. Debido a que los empresarios pretenden desconocer, camuflar o de cualquier manera no pagar la cesantía comercial, fue abordado el tema de las cláusulas abusivas como una forma de evitar que los empresarios disminuyan o no acepten el pago de los gastos que legalmente le corresponden al agente.

### **3.9. Conclusiones del capítulo**

A manera de conclusión se debe advertir que la cesantía comercial es quizás la consecuencia económica más perseguida por los demandantes y, producto de ella, es que se originan la mayoría de los litigios en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como consecuencia de lo anterior, las empresas y comerciantes en general, han sido renuentes a utilizar este tipo contractual y, en su lugar, propenden por utilizar otros con la misma finalidad económica sin necesidad de generar gastos excesivos.

Durante el desarrollo del capítulo se estableció que la causa de la cesantía comercial no era otra que la ejecución del contrato mismo y no era consecuencia de su terminación. Así mismo se advirtió que la cesantía comercial solamente se causaba con la terminación del contrato pero que esto no negaba la posibilidad de que el empresario hiciera pagos parciales durante la ejecución del contrato.

Estos pagos, sean parciales o totales, deben ser reales y ser contrastados con las dinámicas contables, por lo que se pusieron de presente algunos casos prácticos en donde se evidenciaba la relación que existía entre el abuso del derecho o el abuso de la posición dominante con las cláusulas abusivas que dejaban sin efectos estas ingeniosas maniobras utilizadas por los empresarios para evitar el pago de la cesantía comercial.

Finalmente, respecto de la posibilidad de renunciar a la cesantía comercial, mas allá de la posición del autor, se puso de presente las distintas posturas que ha tenido la Corte Suprema de Justicia durante los últimos años. Se argumentó además que los cambios jurisprudenciales se han generado como consecuencia de la protección, en ocasiones excesiva, que ha tenido el agente en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin perjuicio de

lo anterior, poder evidenciar estos cambios ofrece herramientas al abogado litigante para que pueda argumentar la postura que mas convenga al caso concreto.

## CAPÍTULO IV

### OTRAS DISPOSICIONES

Finalmente, en el presente capítulo se pretende abordar otras cuestiones probatorias que necesariamente se deberán probar en un proceso y que ayudarán a la declaración de un contrato de agencia comercial o para que el mismo no se configure.

Así las cosas, se estudiará la estabilidad como elemento esencial del contrato, la independencia, el tratamiento tributario en los contratos de agencia, la explotación en un determinado ramo y en una zona prefijada en el territorio nacional y finalmente se analizarán algunas decisiones judiciales y arbitrales recientes en donde se afirma que existe la posibilidad de que el contrato de agencia concorra con otros tipos contractuales.

#### 4.1. La estabilidad y su relación con la terminación del contrato

La estabilidad es un elemento esencial del contrato de agencia comercial que se desprende del artículo 1317 del Código de Comercio, pues se establece que un comerciante asume de forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios del empresario.

El mencionado elemento ha sido resaltado en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y es evaluado con detenimiento en algunos laudos arbitrales. Sobre el particular, la Corte ha indicado que:

*“La estabilidad significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. Razones de orden público económico, pero también de linaje privado, justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto a compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios*

*del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos*<sup>91</sup>”.

La estabilidad como elemento esencial del contrato de agencia obedece a la dinámica misma en la que se ejecuta el contrato y a la función económica del mismo pues el agente no solo se encarga de poner en contacto a comprador y vendedor sino que su función es mucho más amplia ya que debe buscar, conquistar y mantener una clientela, tal y como se estudió anteriormente.

Esta función solamente se puede hacer si se mantiene una labor constante de promoción y explotación de los productos del empresario por lo que el contrato de agencia comercial requiere de estabilidad para la consecución de sus fines.

Y es que este elemento diferencia este contrato con el de mandato o corretaje. En este último, la labor del corredor se finaliza con hacer una intermediación entre los compradores y los vendedores. Este, a diferencia del contrato de agencia comercial, es de ejecución instantánea o meramente ocasional mientras que la del agente es constante, estable y comprende una serie de actos sucesivos y encaminados a promocionar y explotar los negocios del empresario. La estabilidad protege al agente pues, para cumplir con las finalidades del contrato, debe organizar su propia empresa para poder conquistar un mercado.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, tan clara es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, que no obstante ser una especie de mandato, no es posible finiquitarlo por causa de la revocación que haga el agenciado (arts. 1279 y 1330 C. de Co.), toda vez que se trata de un negocio jurídico que interesa a ambos contratantes<sup>92</sup>.

En la doctrina nacional, el doctor Juan Pablo Cárdenas destaca, por una parte, que en este contrato el agente se obliga a promover un negocio y no a facilitar la celebración de uno o varios contratos individualizados, y por otra, que la labor del agente se debe desarrollar con continuidad, pues solo de esta manera podrá llevarse a cabo la actividad de promoción<sup>93</sup>.

En la doctrina internacional el doctor Osvaldo Manzorati afirma que la estabilidad “significa que la vinculación entre agente y principal no es esporádica y resultante de

---

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de octubre de 2000. M.P. José Fernando Ramírez.

<sup>93</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *El contrato de agencia mercantil*. Temis, Bogotá. 1984. Págs. 21 y 22.

negocios aislados, como lo sería el caso del corredor, sino que ambas partes están unidas por un contrato de duración, por el cual se rigen todas las operaciones que surjan como consecuencia de la actividad del agente<sup>94</sup>”.

La estabilidad permite catalogar al contrato de agencia comercial según su duración. Desde el punto de vista temporal, los contratos pueden ser de ejecución instantánea, de ejecución diferida o periódica, continua o sucesiva.

Acerca de la temporalidad, el doctor Alejandro Freytes señala que “el tiempo no es una mera modalidad de ejecución, sino que entraña una condición esencial para que se produzcan los efectos queridos por las partes y se satisfagan sus intereses. Es más, tan decisivo es el elemento que en ocasiones se les fija un término determinado de ejecución, y en otras, se soslaya, lo que habilita a pensar que los otorgantes presumen vincularse por periodos muy prolongados. Es que el transcurso del tiempo es un factor primordial que permite satisfacer los intereses durables o continuados de los contratantes, determina la cantidad de las prestaciones, la prolongación o reiteración de la ejecución y también el momento exacto en que el negocio tendrá finiquito, porque así fue previsto convencionalmente o porque alguna de ellas decide provocarlo<sup>95</sup>.”

Así las cosas, el contrato de agencia comercial es un típico contrato de duración, pues como se estableció anteriormente, la estabilidad, las funciones económicas perseguidas con el contrato y las obligaciones recíprocas que adquieren tanto el agente como el empresario tan solo se podrán ejecutar si el mismo se prolonga en el tiempo.

Sin embargo, el hecho de que el contrato de agencia comercial se prolongue en el tiempo no significa que el mismo deba ser perpetuo, por lo que es posible pactar plazos extintivos como forma de terminación del contrato<sup>96</sup>.

Pese a esto, aunque sea pacíficamente admitido que es posible pactar una vigencia temporal para el contrato de agencia, se debe tener en cuenta la naturaleza de la tarea que le sea encargada al agente, pues en algunos supuestos la clase de labor contratada exigirá que

---

<sup>94</sup> Marzoratti, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial*. Astrea, Buenos Aires. 2008. Pág 18.

<sup>95</sup> Freytes, Alejandro E. *La rescisión unilateral y los contratos de duración*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2011.

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 2000. M.P. José Fernando Ramírez.

se pacten plazos largos, o incluso vigencias indefinidas, en aras de asegurar la estabilidad que requiere el agente para el desarrollo de sus obligaciones<sup>97</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero de 2005, reconoció que el pacto de vigencias temporales en el contrato de agencia es admisible e incluso deseable, pero esta estipulación debe buscar que se brinde estabilidad al negocio y no sustraerla<sup>98</sup>. Es decir, pactar un plazo extintivo en el contrato de agencia es viable, pero esa estipulación debe ser coherente con la naturaleza del contrato y con la actividad encomendada al agente.

Haciendo un ejercicio de derecho comparado, se puede evidenciar que algunas legislaciones establecen que se puede presumir la existencia de un término indefinido cuando el contrato de agencia, inicialmente pactado por un plazo fijo, se ha prorrogado por un determinado número de ocasiones o que el contrato es a término indefinido cuando el mismo sigue ejecutándose luego del vencimiento inicialmente pactado e incluso, algunas legislaciones presumen que, salvo pacto en contrario, el contrato de agencia comercial tiene un término de duración indefinida.

Así, a modo de ejemplo, lo reconoce la Ley belga del 27 de julio de 1961, modificada en 1971, que establece que en la medida en la que el contrato haya sido renovado expresa o implícitamente en dos oportunidades, se considera, de pleno derecho, que el contrato tiene una duración indeterminada.

De igual manera, la regulación europea que codifica lo relacionado con los agentes comerciales bajo la Directiva 86/653/CEE establece en su artículo 14 que se considerarán de duración ilimitada los contratos que hayan seguido siendo ejecutados por ambas partes después del término inicialmente pactado. Y la legislación argentina menciona que si no se establece plazo de duración del contrato de agencia, se entenderá que el mismo será de duración indefinida<sup>99</sup>.

La jurisprudencia colombiana también reconoce la prolongación en el tiempo del contrato de agencia pues la ejecución del mismo le exige al agente establecer su propia

---

<sup>97</sup> Véase el laudo arbitral proferido en el caso de Daniel Fernández & Cia. Ltda contra Fiberglass Colombia S.A., en donde el Tribunal indicó que la causal de terminación por expiración del término “no atenta contra la naturaleza del contrato de agencia mercantil, por cuanto, el encargo podría consistir en abrir un determinado mercado, que una vez abierto, dé lugar a la terminación de la agencia”.

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>99</sup> Tribunal de Arbitramento de Expertos Industriales en Comunicación S.A.S- Exicom contra Colombia Movil S.A. E.S.P. Laudo del 24 de julio de 2015.

empresa, desarrollar actividades y celebrar negocios que comprometen al agente por un periodo de tiempo extenso, como ocurre con los contratos de trabajo, arrendamiento, o los créditos bancarios<sup>100</sup>.

Así las cosas, el agente deberá probar la prolongación en el tiempo de contrato de agencia comercial desde su inicio hasta su terminación. En los contratos que se celebran de manera escrita, este hecho se podrá probar con el contrato mismo que dará fe de la fecha de iniciación y la carta de finalización o liquidación del contrato que permitirá establecer la fecha a partir del cual este ha fenecido.

Ahora bien, en los contratos de agencia también existe la posibilidad de que se ejecute el contrato pero el mismo no se haya plasmado en un escrito, lo que dará lugar a la configuración de un contrato de agencia comercial de hecho tal y como lo consagra el artículo 1331 del Código de Comercio, por lo que la parte demandante tendrá que realizar un esfuerzo mayor para demostrar este hecho debido a que la determinación de inicio y fin de la relación contractual trae consigo importantes consecuencias prácticas tales como la determinación o cuantificación de la cesantía comercial contemplada en el artículo 1324 inciso primero del mismo cuerpo normativo a la cual tiene derecho el agente una vez terminado el contrato.

Lo importante en este caso no solamente es demostrar la fecha de iniciación y terminación de actividades, sino también que durante este tiempo la actividad del agente se ha ejercido de manera continua. Si por alguna razón se ha interrumpido este periodo es importante entrar a estudiar el término de prescripción de las acciones pues, en la materia objeto de análisis, el mismo es de cinco años de conformidad con el artículo 1329 del Código de Comercio.

A modo de conclusión se debe advertir que si la estabilidad es un elemento esencial del contrato, el mismo debe constituirse como principio rector de la interpretación, del perfeccionamiento, de la ejecución y más importante aún, de su terminación.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, la estabilidad tiene una relación directa con la forma de terminación del contrato. El artículo 1325 establece las justas causas para dar por terminado el contrato de agencia y, tanto para el empresario como para el agente, se consagró la viabilidad de terminarlo cuando acontezca la finalización de actividades.

---

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de junio de 2011. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Como consecuencia, la estabilidad y continuidad en las labores del agente se exige al empresario un preaviso prudente para dar lugar a la terminación del contrato cuando el mismo tenga un término indefinido, preaviso que no se exige expresamente en la regulación del contrato estudiado, sino que viene dado por el artículo 871 del Código de Comercio que exige a los contratantes el deber de obrar conforme al principio de buena fe.

Así, el empresario deberá revisar con cuidado la forma en que termina el contrato de agencia y cómo no hacerlo de manera abusiva, lo que puede llegar a generar la causación de la indemnización del artículo 1324 inciso segundo.

Si el contrato tiene un término definido no superior a un año, se recomienda dar un preaviso con uno o dos meses de anticipación. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica los contratos de agencia superan con creces este término.

Como es en el común de los casos, los contratos de agencia suelen prorrogarse por tres, cuatro, cinco años o de forma indefinida por lo cual resulta necesario que antes de la terminación en cualquiera de estos casos, el empresario realice un preaviso con por lo menos seis meses de anterioridad.

Si bien el término de seis meses, como se dijo anteriormente, no se consagra legamente en ninguna disposición, ni tampoco en laudos provenientes de tribunales de arbitramento ni sentencias de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que el término de seis meses es prudencial para la mayoría de negocios y podría extraerse por analogía de otras disposiciones legalmente reguladas.

A modo de ejemplo, el artículo 520 del Código de Comercio que regula el contrato de arrendamiento de local comercial exige que, cuando el arrendatario haya ocupado por lo menos durante dos años un inmueble con el mismo establecimiento de comercio y lo requiera, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que este se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial.

Sin entrar en las particularidades del desahucio, esta es una garantía para la parte notificada, porque no es sorprendida con la extinción intempestiva del arrendador, merced a la mediación que debe existir entre la fecha del desahucio y la de extinción del contrato, en

esta forma se salvaguarda los derechos de la parte desahuciada, la cual tendrá el tiempo suficiente para buscar otro local en arriendo<sup>101</sup>.

Sin embargo, este preaviso no solamente servirá para que el arrendatario consiga otro inmueble sino también para dar aviso a la clientela sobre la modificación de la ubicación del local; le dará tiempo para organizar su contabilidad y le permitirá proyectar sus ganancias o pérdidas con mayor exactitud.

Esto mismo aplica para el contrato de agencia comercial, pues le permitirá al agente dar a conocer a la clientela sobre la finalización del contrato, permitirá además informar quién atenderá los servicios de posventa y le permitirá proyectar económicamente su empresa.

Por lo anterior, se considera que por analogía, el término de seis meses que se propone y que se considera prudente está apalancado en leyes que buscan la misma finalidad tales como el desahucio en el contrato de arrendamiento de local comercial.

Ahora bien, un último punto que debe tenerse en cuenta y que concierne con la estabilidad del contrato de agencia y su relación con la terminación está dada por la relación de otros actos que rodean la ejecución del contrato. Es decir, resulta indispensable que cuando se establece un término de duración del contrato, el empresario actúe de conformidad con él.

Así, por ejemplo, en el laudo arbitral que resolvió las controversias entre Colombia Móvil y Exicom se habían establecido que la duración del contrato sería de un año y que al finalizar se prorrogaría por periodos de un mes. Sin embargo, el agente establecía un plan de metas de ventas que superaba con creces esta limitación en el tiempo, encargó la conquista de una clientela en un territorio lo suficientemente extenso como para que la labor se pudiera ejecutar en un periodo de tiempo prolongado y, en general, realizó labores de las cuales el Tribunal pudo extraer que la voluntad de las partes, más allá de lo expresamente establecido

---

<sup>101</sup> Falconi, José García. *Las diversas clases de desahucio en materia de inquilinato*. Ediciones Rodin. Quito, Ecuador. 1995

en el contrato, era poder desarrollarlo durante un tiempo prolongado para conseguir los fines propuestos<sup>102</sup>.

Lo que se quiere poner de presente, es que debe existir una correspondencia entre la fecha de terminación del contrato y los actos, obligaciones, comunicaciones y metas propuestas por lo que las partes deben ser coherentes y actuar de conformidad con la teoría de los actos propios.

#### 4.2. Independencia

La independencia es otro elemento que necesariamente debe ser probado dentro de un proceso cuando se busca la declaración de un contrato de agencia comercial. Si se revisa con detenimiento el Código de Comercio parece haber una antinomia entre el artículo 1317 y 1321 respecto de la independencia con la que debe obrar el agente.

El artículo 1317 consagra que “ por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera establece el encargo de promover o explotar negocios(...)”. Por otro lado, el artículo 1321 del mismo cuerpo normativo establece que “el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”.

Esta aparente antinomia se resuelve con facilidad, pues resulta necesario diferenciar la independencia con la cual cuenta el agente para crear o mantener en funcionamiento una empresa dedicada a ejecutar el contrato de agencia comercial y otra muy diferente es la dependencia que tiene a la hora de ejecutar el mencionado contrato.

Y es que el contrato de agencia en su esencia es un contrato de colaboración en donde tanto el agente como el empresario realizan esfuerzos conjuntos para la prosperidad del negocio. Así las cosas, el agente hace todas las labores necesarias para la consecución de los negocios y el empresario aporta su conocimiento y su destreza en el manejo del mercado para que juntos puedan sacar adelante los fines perseguidos con la celebración del contrato, lo que supone necesariamente un constante diálogo entre las partes para ejecutarlo en debida forma.

---

<sup>102</sup> Tribunal de Arbitramento de Expertos Industriales en Comunicación S.A.S.- Exicom contra Colombia Móvil S.A. E.S.P.Laudo del 24 de julio de 2015.

Es apenas lógico que el empresario esté en constante comunicación con el agente, pues el primero es quien asume los riesgos de la operación y, por lo tanto, tiene el derecho a decidir la forma en la cual se hace el manejo de su marca, se propone todo un plan de expansión de la misma y en general, se toman decisiones que a la larga comprometerán el patrimonio del empresario. Estas comunicaciones y constante diálogo entre el empresario y el agente no desdibuja la independencia que se predica de la ejecución del contrato de agencia comercial.

Desde este punto de vista el agente es dependiente o subordinado pues este deberá actuar conforme a las instrucciones o parámetros fijados por el empresario<sup>103</sup>.

Contrario a esto, la independencia se evidencia cuando el agente crea toda una organización propia y tiene autonomía administrativa y financiera para atenderla y el empresario no tiene incidencia para poder tomar decisiones en ella.

Y este elemento es de total relevancia pues la legislación laboral contempla en su artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo que existe contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes de viaje cuando haya continua dependencia y no constituya por sí misma una empresa comercial. El citado artículo de manera expresa contempla:

*“Hay contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, cuando al servicio de personas determinadas, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por su mismos una empresa comercial”.*

Ahora bien, entendida la importancia de la independencia como elemento contrario a la subordinación se destacará que uno de los elementos probatorios más relevantes e indicativos que demuestran que el agente realiza las labores de manera independiente está relacionado con el manejo de personal de su empresa.

Los despidos, las contrataciones, el pago de salarios, prestaciones sociales y en general las relaciones entre empleador y empleado deben darse de manera directa entre el agente y sus empleados.

El empresario no tendría por qué tener incidencia en estas relaciones patronales más allá de las recomendaciones que por su experiencia y conocimiento pueda ofrecer. De esta

---

<sup>103</sup> Tribunal de Arbitramento de Protex S.A. contra Ladecol S.A., Laudo del 3 de septiembre de 2009.

manera, como probar que el empresario no tuvo incidencia en la forma la contratación de personal resultará en un negación indefinida, lo que se debe allegar al proceso es que la contratación se hace directamente entre empleado y agente y, en consonancia, deberán ser estas dos partes las que, por ejemplo, suscriban un contrato laboral.

Será útil además demostrar que los salarios o remuneración pagada a estos trabajadores proviene directamente del patrimonio del agente y no del empresario. Anexar al proceso los despidos, las contrataciones, los memorandos, el reglamento interno de trabajo demostrará en juicio que el agente dispuso de toda una infraestructura y organización propia para poder atender el negocio.

La independencia se torna en un elemento indispensable para demostrar la existencia de la relación comercial, pues este elemento diferencia el contrato de agencia comercial del contrato de trabajo descrito en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al igual que demostrar lo pertinente de las relaciones laborales entre agente y sus colaboradores anteriormente explicada, servirá también demostrar que, por ejemplo, los contratos de arrendamiento de los locales comerciales son celebrados directamente por el agente y además, que los cánones de arrendamiento del local en donde opera son pagados con recursos propios del agente.

Finalmente, también será útil demostrar que dentro de la compañía, el empresario no interfiere con las decisiones societarias que se tengan. Así, a modo de ejemplo, no deberá existir participación accionaria del empresario en la sociedad del agente ni poder de decisión alguno. De esta manera, el agente podrá demostrar que disponía de una organización propia de manera autónoma e independiente.

#### 4.3. Tratamiento Tributario

El desarrollo o ejecución del contrato de agencia comercial en la mayoría de ocasiones genera obligaciones tributarias que son examinadas por los jueces o árbitros y son altamente indicativas del contrato que efectivamente desplegaron. Sea lo primero advertir que en materia tributaria al contrato de agencia comercial se le da el mismo tratamiento de un contrato de mandato por lo que las remisiones normativas que hagan alusión a “mandante” se refieren en nuestro estudio al empresario y “mandatario” al agente.

En este acápite se estudiará quién es el obligado respecto de la emisión de la facturación, el Impuesto a Valor Agregado o IVA, la retención en la fuente y el impuesto de renta sin perjuicio de que en la práctica se podrían encontrar más obligaciones tributarias.

#### 4.3.1. Facturación

Uno de los elementos que se encontraron en casi la totalidad de los laudos y sentencias estudiadas es que tanto los jueces como los árbitros analizan con detenimiento la forma en la cual el demandante facturó los productos o servicios que comercializó y la forma de hacerlo podría diferenciar el contrato de agencia de otros tipos contractuales.

Una vez más, el tratamiento tributario que se otorga al contrato de agencia comercial clasifica este contrato como una especie de mandato. Así las cosas, para poder entender la forma en que el agente debe facturar los productos que comercializa se tendrá que hacer una diferenciación de aquellos casos en donde el agente comercializa los productos y aquellos casos en donde el agente adquiere bienes o servicios en cumplimiento o en ejercicio del contrato de agencia comercial.

De conformidad con el inciso primero del artículo 1.6.1.4.3 del Decreto Único Reglamentario se establece que cuando el agente comercializa productos o servicios, la factura debe ser emitida por el agente pues, como se estableció anteriormente, al contrato de agencia comercial en materia tributaria se le da el mismo tratamiento que el contrato de mandato en los siguientes términos:

*Artículo 1.6.1.4.3. Facturación en el mandato. En los contratos de mandato, las facturas deberán ser expedidas en todos los casos por el mandatario.*

De igual manera, el mismo artículo en su inciso segundo contempla que si el mandatario adquiere bienes o servicios en cumplimiento del mandato, la factura deberá ser expedida a nombre del mandatario.

Así las cosas, cuando el agente comercializa productos o servicios en ejecución del contrato de agencia comercial o cuando el agente adquiere bienes o servicios en cumplimiento del mandato, la factura deberá ser expedida a nombre del agente.

Ahora bien, respecto de la facturación electrónica que ha tratado de ser implementada en el ordenamiento colombiano hace algunos años surgen dos hipótesis: i) la primera en el evento en el cual el empresario está obligado a llevar facturación electrónica o lo es de forma

voluntaria y el agente no y ii) si el agente es obligado a llevar facturación electrónica o lo hace por voluntad propia y el empresario no está obligado.

En el primer escenario, es decir, cuando el empresario está obligado a llevar facturación electrónica o lo hace de manera voluntaria y el agente no, el artículo 1.6.1.4.1.11 del cuerpo normativo anteriormente mencionado establece que si el empresario debe facturar de manera electrónica, el agente también deberá hacerlo de esta misma manera y para tal efecto deberá surtir el procedimiento de habilitación respectivo.

En el caso contrario, es decir, cuando sea el agente el obligado a tener facturación electrónica y el empresario no, el mismo artículo consagra en su inciso tercero que el agente deberá facturar de forma electrónica.

En conclusión en cualquiera de los dos casos se debe facturar de manera electrónica a menos de que ninguna de las partes se encuentre obligado a hacerlo. La facturación diferencia este contrato con el de distribución, así en estos tipos contractuales, debe realizarse una factura del vendedor al comprador porque en estos casos realmente se realiza una venta, cosa que no ocurre entre el empresario y el agente.

#### 4.3.2. IVA

Para estudiar el IVA se debe hacer una diferenciación de la declaración que se hace con ocasión de la venta o comercialización de productos y la remuneración que se recibe el agente con ocasión de la ejecución del contrato de agencia comercial.

Bajo el primer escenario el Impuesto a Valor Agregado (IVA) debe ser facturado en base a la responsabilidad del empresario. Así, si este es responsable del IVA, el agente comercial debe facturarlo incluso si este último no lo es, pues como se dijo anteriormente, para efectos tributarios debe actuar según la calidad de la persona a quien represente.

Así lo explica de manera magistral el laudo que resolvió las controversias entre 5H Internacional contra Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A.

*“Según lo tienen reconocido la doctrina y las legislaciones, el impuesto sobre el valor agregado (IVA) es un tributo indirecto desde la perspectiva de la incidencia pretendida por el legislador. En tal virtud, uno es el deudor del impuesto (llamado en Colombia “responsable” por los artículos 4 y 437 del Estatuto Tributario) y otro el contribuyente o destinatario económico del tributo. El primero, obra como un sustituto tributario del segundo y es vinculado a la relación jurídica tributaria como*

*consecuencia de la imposibilidad práctica de que el Estado estructura una relación directamente con cada uno de los consumidores o usuarios del servicio que se trate.*

*Aunque lo ideal sería que cada consumidor sufragara al Estado el tributo atribuible al acto de consumo que realice, dada la imposibilidad de que el impuesto se pueda administrar y controlar en esas condiciones, el Estado decide valerse de quien hace posible ese consumo, vale decir del vendedor del bien o del prestador del servicio, para lograr el recaudo efectivo deseado. Y para ello, naturalmente, la vía más expedita, a la cual han acudido en forma generalizada los ordenamientos, es la de designarlo como deudor del tributo aunque no sea quien finalmente lo soporta o asume porque quien ha de obrar en tal sentido es el consumidor final.*

*Así las cosas, no solo es posible, sino indispensable, según el sistema del IVA, que el responsable repercute el impuesto al comprador del bien o destinatario del servicio correspondiente. Y si entre el prestador del servicio y el usuario final hay un intermediario que obra en posición propia, como es el caso que aquí se examina, opera lo que la doctrina ha denominado cadena de sustituciones porque, en última instancia, quien debe asumir el tributo es el consumidor final aunque para ello se requiera, en la práctica, que el operador o prestador del servicio repercute o traslade el monto del impuesto al intermediario y este último haga lo propio en relación con el consumidor.*

*(...)*

*(...) como se anotó, su presencia en la relación jurídica tributaria es, para utilizar una expresión que es común en la doctrina tributaria, “en lugar del” verdadero contribuyente, llamado en ocasiones, con alguna impropiedad “contribuyente de facto”. Y es claro, y naturalmente admisible, que el aludido prestador traslade el impuesto al intermediario, como igualmente lo es que este último lo traslade, a su vez, al consumidor final (...) <sup>104</sup>”.*

De igual manera, el empresario deberá declarar el IVA que factura el mandatario y podrá hacer las deducciones pertinentes para lo cual el agente deberá expedir una

---

<sup>104</sup> Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. contra Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. Laudo del 19 de julio de 2005.

certificación de la cuantía y conceptos que deberá ser firmada por contador público o revisor fiscal.

En el segundo escenario, es decir, en la remuneración que recibe el agente por su gestión se debe revisar si el agente es responsable del IVA. Si lo es, la remuneración que reciba por parte del empresario se debe facturar junto con el IVA que genere.

#### 4.3.3. Retención en la fuente

La retención en la fuente no es precisamente un impuesto sino un cobro anticipado de un impuesto. Sobre el particular, se debe hacer una remisión expresa al artículo 1.2.4.11 del Decreto Único Reglamentario 1625 del 2016 que establece que si el empresario es un agente de retención, el agente comercial deberá declararlas y pagarlas, pues debe cumplir las obligaciones que como agente de retención tendría que cumplir el empresario. Contrario a esto, si el empresario no es agente de retención, el agente comercial no debe hacer retenciones en la fuente.

Ahora bien, si el empresario es agente de retención, este debe efectuar la retención en la fuente sobre la remuneración que le hace al agente comercial de conformidad con el último inciso de la norma anteriormente reseñada que a su tenor literal indica:

*“El mandante practicará la retención en la fuente sobre el valor de los pagos o abonos en cuenta efectuados a favor del mandatario por concepto de honorarios”.*

Por su parte, si el empresario no es agente de retención, el agente comercial no tendrá el deber de hacer las respectivas retenciones.

Así, se debe diferenciar con claridad cuáles son las obligaciones que tienen como comerciantes y aquellas otras obligaciones que se tienen en ejecución o desarrollo del contrato de agencia comercial para así poder hacer las declaraciones y retenciones en debida forma.

#### 4.3.4. Impuesto a la renta

El impuesto sobre la renta es un tributo que comprende el impuesto de renta y el de las ganancias ocasionales. Este se caracteriza por ser periódico (normalmente de un año), obligatorio, directo y nacional que grava tanto a los comerciantes que sean personas naturales como a las personas jurídicas.

Este impuesto a grandes rasgos consiste en que el Estado grava una parte de las utilidades o ingresos obtenidos durante un periodo gravable con el fin de ayudar a sufragar algunas de las cargas públicas<sup>105</sup>.

Este impuesto se calcula teniendo en cuenta los ingresos percibidos restando las deducciones y costos en los que se incurra para producirlos. Sobre el particular se debe advertir que de conformidad con el artículo 1.2.4.11 del Decreto Único Reglamentario 1625 del 2016 los ingresos originados en desarrollo del contrato de agencia comercial no son declarados por el agente sino por el empresario. El mencionado artículo establece:

*“El mandante declarará los ingresos y solicitará los respectivos costos, deducciones, impuestos descontables y retenciones en la fuente, según la información que le suministre el mandatario, el cual deberá identificar en su contabilidad los ingresos recibidos para el mandante y los pagos y retenciones efectuadas por cuenta de este”.*

Es decir, existe en cabeza del empresario la obligación de declarar tanto los ingresos como los costos y gastos que hayan sido efectuados en desarrollo o ejecución del contrato de agencia. Por su parte, la obligación del agente es soportar estos costos y gastos emitiendo para ello una certificación en donde se consigne la cuantía y concepto de estos, la cual debe ser avalada por contador público o revisor fiscal.

Y esta obligación resulta apenas lógica dado que, como se mencionó anteriormente, las facturas de venta deben ser emitidas a nombre del agente comercial, el empresario no podrá declararlas a su favor por lo que lo lógico es que el agente remita al empresario un informe que relacione los costos y gastos avalada por contador o revisor fiscal.

Se debe advertir que el agente comercial debe declarar como ingreso únicamente lo que reciba como remuneración del contrato de agencia comercial y podrá deducir únicamente los gastos y costos en los que incurrió que sea imputables a esa remuneración.

---

<sup>105</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Cartilla práctica del Impuesto de Renta: Recuperado el 20 de marzo de 2020 en <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/11777/100000217.pdf?sequence=1>

Como conclusiones generales sobre este apartado relacionado con la forma en la que debe darse la declaración y pago de los impuestos, se debe concluir que para efectos tributarios, la legislación tributaria trata al agente comercial como un mandatario.

Resultará provechoso aportar en un determinado proceso las declaraciones de renta y demás documentación pertinente (v.gr. las facturas de venta o compra) para que a partir del tratamiento tributario se puedan establecer diferenciaciones con distintos contratos como el de corretaje, distribución, suministro, entre otros. La forma en la cual se hace la tributación demuestra en gran medida la voluntad de las partes a la hora de ejecutar el contrato.

#### 4.4. La explotación en un determinado ramo y en una zona prefijada en el territorio nacional

Por definición expresa del artículo 1317 del Código de Comercio, el contrato de agencia comercial tiene además de la obligación de promover y explotar el negocio del empresario que el mismo se haga sobre un determinado ramo y en una zona prefijada en el territorio nacional.

Ahora bien, existen contratos que detallan con precisión el ramo al cual se van a dedicar a promover y explotar al igual que el territorio o zona prefijada. Sobre el particular valga aclarar que esta disposición se hace con la finalidad de que dos o más agentes comerciales no entren dentro de un mismo territorio a competir con los mismos productos.

Sin embargo, existen otros contratos en los cuales no se especifica ni el ramo ni el territorio en el cual desarrollarán su actividad. Sobre el particular se harán dos consideraciones.

En primer lugar se debe advertir que el artículo 1331 del Código de Comercio dispone:

*“Artículo 1331: A la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente Capítulo”.*

Así las cosas, en caso de que las partes no especifiquen el ramo y la zona prefijada en el territorio nacional, el mismo se podrá inferir de la ejecución del contrato en donde el agente deberá indicar con claridad el territorio en el cual ejercía sus labores y el ramo que promovió y explotó.

Como segundo comentario, se debe analizar también la disposición contenida en el artículo 1320 del mismo cuerpo normativo en donde de manera expresa se establece que:

*“Artículo 1320: El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.*

*No será oponible a terceros de buena fe exentos de culpa la falta de algunos de estos requisitos”*

Bajo este precepto, la falta de especificación acerca del ramo o del territorio no conlleva a la inexistencia, invalidez o configuración de otro tipo contractual sino a la falta de oponibilidad ante terceros de buena fe exentos de culpa.

El profesor Gabriel Escobar Sanín, expresa que si no se precisa el ramo, debe entenderse que el objeto del contrato comprende todos los renglones que venda o suministre la empresa<sup>106</sup>.

En conclusión tal y como lo señalan diferentes laudos<sup>107</sup> y sentencias, el hecho de que no se haya precisado clara y definitivamente el territorio del contrato o el ramo de productos o servicios, no por ese hecho se excluye la existencia de un contrato de agencia. Existe la carga del demandante de demostrar cuales fueron los productos o servicios que promovió y explotó y además deberá definir cuál fue el territorio en el cual desempeñó sus labores.

Dentro de la clasificación clásica que otorga el código civil en su artículo 1501 relacionada con la diferencia que existe de los elementos esenciales, naturales y los meramente accidentales, determinar el ramo y el territorio asignado será entonces un elemento natural.

---

<sup>106</sup> Escobar Sanín. *Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución*. Ed. Externado de Colombia Bogotá 1985, págs. 364 y 365.

<sup>107</sup> Véase Laudo Arbitral de Protex S.A. contra Ladecol S.A., del 3 de septiembre de 2009, página 45 o el laudo arbitral de BRM S.A. contra Young & Rubicam Brands Ltda del 3 de octubre de 2011 en donde expresamente se señaló: Finalmente, frente a la falta de señalamiento del territorio en el texto del contrato y la ausencia del registro del mismo, se ha de decir que los efectos por tales omisiones formales, los da el artículo 1320 del Código de Comercio en el sentido de que “No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”. Pero en nada afecta la existencia y validez del contrato entre las partes.

#### 4.5. Posibilidad de coexistencia de contratos

La jurisprudencia y la doctrina han suscitado una discusión muy amplia relacionada con la posibilidad o imposibilidad de que el contrato de agencia comercial concorra con otros tipos contractuales, bien sea de aquellos considerados típicos dado que se describen y regulan en su integridad por una normal o atípicos si no lo son.

La Corte Suprema de Justicia ha aceptado la posibilidad de concurrencia de contratos. Así en sentencia del 15 de diciembre de 2006 estableció:

*“El contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca<sup>108</sup>”.*

En igual sentido se pronunció el laudo arbitral que resolvió las controversias entre 5H Internacional S.A. contra Comcel S.A., en donde expresamente se señaló:

*“La agencia mercantil, debido a circunstancias apuntadas líneas atrás, sin duda puede concurrir con otros contratos que cumplen finalidad de distribución, sin que por ello haya lugar a mezclarlos o a crear artificiosas confusiones. Así, valga reiterar una vez más, comisión, suministro, corretaje y tantas otras formas de representación mercantil, son diferentes a la agencia, pero pueden concurrir en una misma operación compleja, bajo una única finalidad. Es, en este sentido, elemento para integrar redes de distribución, según se ha expuesto también con anterioridad en este laudo<sup>109</sup>”.*

Contrario a esta línea de pensamiento, existe una amplia corriente doctrinaria que si bien afirma que el contrato como forma de mandato puede coexistir con otras figuras contractuales, no siempre esta concurrencia es posible, por lo cual una relación comercial es de agencia o se constituye en otra forma de negocio jurídico.

---

<sup>108</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Exp. 76001-3103-009-1992-09211-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>109</sup> Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. contra Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. Laudo del 19 de julio de 2005.

Así, sentencias han tornado de incompatibles ciertas figuras contractuales y han diferenciado el contrato de agencia comercial con contratos como el de agencia de seguros<sup>110</sup>, agencia marítima<sup>111</sup>, licenciamiento de marca<sup>112</sup> y suministro<sup>113</sup>.

A continuación se estudiarán algunos laudos y sentencias en donde se constata que es posible que el contrato de agencia comercial concorra con otros tipos contractuales y cuáles fueron los elementos probatorios indispensables para así decretarlos.

El primero, es una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se aborda la coexistencia del contrato de agencia comercial y de suministro que existió entre el demandante, Distrisagi Limitada contra Productos Alimenticios Doria S.A.

Esta sentencia que fue dirimida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y posteriormente puesta en revisión en la Sala de Casación Civil quien la casó parcialmente.

En esta segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia aseveró:

*“La agencia comercial y la simple distribución, en consecuencia, no son incompatibles en la zona trazada, solo que en la hipótesis de concurrir, en punto de los mismos u otros bienes o servicios, el ámbito de acción de una y otra actividad deben quedar debidamente delimitada, y en caso de controversia, probada en juicio<sup>114</sup>”.*

Tal como asevera la Corte, resulta pertinente que cuando concurren dos o más tipos contractuales, los mismos sean probados en su totalidad y de manera independiente. En el caso examinado se probaron todos los elementos que configuran la agencia comercial y el contrato de distribución. La Corte resumió cada uno de los elementos probados dentro del proceso los cuales puntualizó y sintetizó de la siguiente manera:

*“En concreto, halló entre junio de 1991 y diciembre de 2006, que la demandante en el litigio, Distrisagi Limitada” promovía en una zona prefijada la venta de productos*

---

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. M.P. Jorge Castillo Rugeles. Exp. 5817.

<sup>111</sup> Laudo Arbitral de Roberto Cavelier & Cia Ltda. Contra Flota Mercante Grancolombiana del primero de julio de 1992.

<sup>112</sup> Tribunal de Arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A, Prebel S.A. contra L`Oreal Laudo del 23 de mayo de 1997.

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

<sup>114</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2019. Rad. 15001-31-03-001-2009-00236-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

*alimenticios “Pastas Doria”, de propiedad de la interpelada, todo por cuenta y riesgo de ésta, quien como contraprestación pagaba a aquella una comisión o utilidad.*

*Igualmente, que la pretensora, por así haberse convenido, en forma simultánea y dentro de unos mismos límites geográficos, disponía ante el público consumidor de bienes de la marca –Pastas Doria-, esta vez suyos, luego de adquirirlos a su convocada, todo en interés y riesgo propio, obteniendo como ganancia la diferencia resultante entre las operaciones de compra y de reventa<sup>115</sup>”.*

Ahora bien, como se mencionó en líneas precedentes, la Corte Suprema de Justicia casó parcialmente esta sentencia y no por el hecho de que el Tribunal en primera instancia haya establecido la concurrencia del contrato de agencia comercial y el de distribución sino por el mal cálculo de la cesantía comercial.

Para el cálculo de la cesantía comercial no tenían que incluirse las ganancias obtenidas por la demandante fruto del esfuerzo de la operación de compra para la reventa, sino únicamente las cantidades que directa o indirectamente percibió por la labor de promover o explotar sus productos.

Así las cosas, la conclusión de la Corte es que para el cálculo de la cesantía comercial cuando concurra con otros tipos contractuales se deberá anexar dictamen pericial, o la prueba que se considere pertinente, la cual permita diferenciar con claridad los rubros obtenidos de la ejecución de un contrato y la remuneración que se obtenga por promover o explotar los negocios del empresario.

De igual manera, se entabló la discusión de la coexistencia de contratos en el laudo arbitral que resolvió las controversias entre 5H Internacional S.A., contra Comunicación Celular S.A- Comcel S.A., en donde se indicó que:

*“Lo que a juicio del Tribunal resulta relevante en estos casos, es que los tipos contractuales, completos, fraccionados o sumados, son hoy en día un mero instrumento para lograr fines económicos y sociales, ulteriores a los previstos para el contrato mismo, por el legislador. Es característico de este fenómeno, que todos los contratos se celebran para una finalidad de interés común y diversa de la que tiene el contrato individualmente considerado. En estos eventos, el contrato, o los*

---

<sup>115</sup> Ibid.

*fragmentos de contrato que se usan para la ejecución de un negocio complejo, no pueden ya ser ejecutados y menos interpretados, como si fuera un negocio autónomo; ellos tienen que interpretarse a la luz de la función que cumple en el conglomerado contractual por ser esa función la intención de las partes al crearlos<sup>116</sup>”.*

Y más adelante en este mismo laudo se indica que:

*“La agencia mercantil, debido a circunstancias apuntadas líneas atrás, sin duda puede concurrir con otros contratos que cumplen finalidad de distribución, sin que por ello haya lugar a mezclarlos o a crear artificiosas confusiones. Así, valga reiterar una vez más, comisión, suministro, corretaje y tantas otras formas de representación mercantil, son diferentes a la agencia, pero pueden concurrir en una misma operación compleja, bajo una única finalidad<sup>117</sup>”.*

Finalmente en la sentencia que resolvió las controversias entre Loper Automoviliaria Andina S.A., contra Suzuki Motor Co. Ltda., se afirmó que:

*“En el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca<sup>118</sup>”.*

Como conclusión general de los laudos y sentencia anteriormente estudiadas se puede concluir que el contrato de agencia comercial puede concurrir con otros tipos contractuales que cumplen o complementan con la finalidad perseguida en el contrato para lograr fines económicos y sociales ulteriormente perseguidos.

Los mencionados contratos no deben ser entremezclados y ni el juez ni las partes deben entrar a crear artificiosas confusiones. En los casos en los cuales la agencia comercial coexista o concurra con otros tipos contractuales en donde se configuren complejas figuras, resultará indispensable que quien la alegue en juicio acredite cada uno de los elementos que la configura de manera inequívoca y separada para que se puedan desprender las

---

<sup>116</sup> Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. contra Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. Laudo del 19 de julio de 2005.

<sup>117</sup> Ídem

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Exp. 1992-09211. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

consecuencias patrimoniales perseguidas tales como la condena por concepto de cesantía comercial.

## CONCLUSIONES

El contrato de agencia comercial es un tipo contractual ideal para que las grandes y medianas empresas se expandan en otros territorios producto de la labor que ejerce un tercero llamado agente. El mencionado contrato ha sido reglamentado en el ordenamiento jurídico colombiano pero sus similitudes con otros tipos contractuales y las indemnizaciones que se causan una vez se finaliza el contrato, han generado innumerables pleitos, tanto en la jurisdicción ordinaria como en los tribunales de arbitramento.

Pese a que la regulación del contrato de agencia comercial en el código de comercio se pueda analizar como una salida a los mencionados pleitos, la redacción de algunos artículos en donde las palabras parecen ser utilizadas al azar, han dificultado aún mas la labor de jueces, árbitros y abogados litigantes para entender la finalidad del contrato en general y de algunas disposiciones en particular.

Estos mencionados desaciertos cometidos por el legislador fueron puestos de presente durante el texto y algunos fueron criticados ampliamente por el autor. A modo de ejemplo, la expresión “promover “o” explotar” presenta una disyunción contraria a la finalidad del contrato.

De igual manera se analizó como las palabras “comisión, regalía o utilidad”, necesarias para calcular la cesantía comercial, parecen ser utilizadas por el legislador como sinónimos cuando no lo son y generan mayores complicaciones al ya discutido contrato.

Sobre las mencionadas inconsistencias, el juez ha intentado, de manera muy acertada, poner fin a las discusiones que sobre el particular se han creado. En el primer ejemplo, estableció que la disyunción “o” está mal planteada e indicó que son dos los verbos rectores que acompañan la definición de este elemento esencial y que, no sobra decir, deben darse de manera conjunta o concomitante para que puede configurarse el contrato de agencia.

Sobre la segunda discusión, para la Corte no cabe duda de que la pauta orientadora para establecer la base con la cual se debe calcular la cesantía comercial debe ser la comisión, a menos que los contratantes pacten cosa distinta por dos razones.

En primer lugar porque esa interpretación, en línea de principio, corresponde con la finalidad práctica de la norma, que no es otra que promediar lo recibido por el agente con ocasión de su labor de agenciamiento y, en segundo lugar, porque el texto no debe interpretarse de manera aislada sino en consonancia con los demás artículos que lo regulan, en este caso se trae a colación el artículo 1323 que indica que “el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia” por lo que se puede concluir que la remuneración del agente lleva implícito los gastos incurridos por éste en el desenvolvimiento contractual.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia también ha acogido implícitamente el criterio de comisión con ocasión de la liquidación de la cesantía comercial, computando dentro de esta la asignación bruta y no neta, es decir, el importe total de lo percibido por el agente como contraprestación.

Los reiterados pronunciamientos de las altas Cortes en un mismo sentido han permitido que el panorama sea un poco mas claro y se terminen esas discusiones que a nivel doctrinario se han estado presentado.

Como se recalcó, las cortes han ayudado a esclarecer algunos puntos controversiales del contrato de agencia, pero también se debe advertir que sus pronunciamientos han ocasionado algunos inconvenientes al interpretar otras disposiciones.

Por ejemplo, se analizaron laudos desde 1980 hasta la actualidad en donde se han evidenciado diferentes posturas acerca del momento a partir del cual el agente puede renunciar a la cesantía comercial. Más allá de indicar las diferentes posturas, en el texto se explicó a qué se deben esos cambios tan abruptos que se presentan en el tiempo. Como se

mencionó, los mismos obedecen a factores sociales y económicos que han presentado gran variación.

Anteriormente, el agente era considerado como la parte débil de la relación contractual y el empresario era quien contaba con mayores recursos económicos, operacionales, intelectuales, entre otros, por lo que el legislador consagró su protección contractual y bajo este mismo orden, operaban los jueces al desentrañar el sentido histórico de la Ley.

Este concepto de “parte débil” fue cambiando con el pasar del tiempo y se estableció que el agente era también un comerciante que sacaba un provecho económico con baja exposición al riesgo del mercado por lo que las interpretaciones del contrato de agencia cambiaron y se adaptaron a las nuevas realidades que se evidenciaban en el territorio colombiano.

Y si bien el autor considera que esta labor de interpretación del derecho debe darse en todos los ámbitos buscando además de su actualización la adecuación del mismo a las diferentes realidades políticas, económicas y sociales, lo cierto es que brindar un concepto sobre este contrato (que se ejecuta en el tiempo) y poder mantenerlo vigente durante el desarrollo del mismo, resultará una labor arriesgada ante los reiterados y repentinos cambios que sobre el particular se realizan.

Pero además de poner de presente las dificultades en la interpretación del contrato, el texto brinda un completo análisis de las diferentes posturas que le servirán al abogado litigante para defenderlas o acusarlas, dependiendo de las particularidades que presente su caso.

Finalmente, la labor de mencionar algunas cuestiones probatorias que puedan servir de guía para demostrar la existencia del contrato de agencia comercial, es una labor que resulta compleja en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que, por regla general, existe libertad probatoria y cada caso presenta particularidades especiales.

Sin perjuicio de las mencionadas limitaciones, se examinaron diferentes sentencias y laudos arbitrales y, a partir de un análisis minucioso, se establecieron algunos patrones sobre elementos que resultaron importantes a la hora de poder determinar la existencia de un elemento esencial. Así, por ejemplo, los estados financieros de los agentes y empresarios resultan ser del todo dicentes del tipo contractual ejecutado.

La publicidad, la propiedad, al igual que los riesgos de la operación son constantemente analizados a la hora de emitir una sentencia y suelen ser elementos que, independientemente del contrato que se ejecute, están presentes y deben ser cuidadosamente analizados. Los elementos señalados como pruebas estaban reiteradamente estudiados dentro del texto de la sentencia, sin embargo, se debe advertir que los mismos tan solo servirán de guía por la libertad probatoria que se mencionó anteriormente.

A manera de conclusión, se debe advertir que el contrato de agencia entrará cada vez más en desuso por los altos riesgos que asume el empresario, los diferentes y repentinos cambios de la jurisprudencia, lo excesivamente oneroso que puede llegar a ser la cesantía comercial y los errores que existen en la redacción del texto que lo regula.

La excesiva protección que en un principio quiso establecer el legislador hacia el agente, ha generado un efecto inverso que tiene como resultado una excesiva desconfianza del empresario a utilizar este tipo contractual. Como consecuencia de lo anterior, los empresarios han sido cautelosos en desvirtuar, incluso en la redacción misma de los contratos, la existencia del contrato de agencia comercial.

En otros casos, se ha valido de cláusulas abusivas para poder frenar los efectos adversos que generan sus excesivas indemnizaciones y, en el peor de los casos, han decidido terminar los contratos de manera unilateral para que no se sigan causando perjuicios, situación que va en contra de la naturaleza misma del contrato.

Ante esta reiterada situación se recomienda flexibilizar las disposiciones del contrato de agencia comercial haciendo que las indemnizaciones que se causan al finalizar el contrato generen menores perjuicios para el empresario, lo que supondría una mayor duración del mismo en el tiempo.

Esto generaría relaciones mas estables que atienden a las realidades económicas mundiales de expansión y libertad económica que se promulgan en los países mas desarrollados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENTHAM, JEREMY *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 10.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 18.
- CAROZO LUNA, HERNANDO. *La Agencia Comercial en el Derecho Mercantil Colombiano*, Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana. 2012.
- Tribunal de Arbitramento de Carlos Enrique Posada Colorado contra Industria Nacional de Gaseosas S.A., Laudo del 30 de enero de 2015.
- Tribunal de Arbitramento de BRM S.A. contra Young & Rubicam Brands Ltda, Laudo del 3 de octubre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Magistrado Ponente: Octavio Munar Cadena
- GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. *La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano* en Revista de Derecho Privado No. 47. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Enero –junio, 2012. Pg. 19
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7504
- CAN. Tribunal de Justicia Andino. Proceso 019 IP 2007. Interpretación prejudicial del 7 de marzo de 2007.
- Tribunal de Arbitramento de Celulares y Tecnología S.A.S.- Celutec contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 4 de abril de 2019.
- LEÓN TOVAR. SOYLA *Contratos Mercantiles*. Editorial Oxford. México. 2004
- Tribunal de Arbitramento de Mega Enlace Newt S.A., contra Telefónica Móviles de Colombia S.A. Laudo del 25 de marzo de 2009.
- CÁRDENAS JUAN PABLO. *El contrato de agencia mercantil*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Monografías Jurídicas No1. Bogotá, 1984. Página 25.
- CANO, JOSÉ. *Manual práctico de contratación mercantil*. Madrid. Editorial Tecnos, 2010.

VALLEJO GARCÍA, FELIPE. *El contrato de agencia comercial*. Edición Legis. Bogotá. 1999.

Tribunal de Arbitramento de Preparaciones de Belleza S.A. “Prevel S.A.” contra L’Oreal del 23 Laudo de mayo de 1997.

VELANDIA MAURICIO. *El contrato de agencia comercial bajo la óptica del marketing, la contabilidad y el derecho*. En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019.

Tribunal de Arbitramento de Automotora Nacional S.A.- Autonal S.A. contra Sociedad de fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. Laudo del 25 de abril de 2017.

CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. *El Contrato de Agencia Mercantil*. Librería Temis Editorial, Bogotá Colombia, 1984.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, M. P. Edgardo Villamil, Exp. No. 11001-3103-010-2000-00155-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de abril de 2008. M.P. Jaime Arrubla Paucar.

TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *Bienes*. Editorial de la Universidad del Rosario. 3 edición. Bogotá Colombia. 2014.

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Derecho de la distribución comercial*. Editorial el Navegante, Bogotá, 1995.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos Mercantiles. Contratos Típicos*. Decimotercera Edición. Legis. Bogotá D.C., Colombia. 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995, M.P. Javier Tamayo Jaramillo.

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 1999040521-2. Agosto 20 de 1999. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

STANTON, WILLIAM J., MICHAEL J ETZEL, AND BRUCE J WALKER. *Fundamentos De Marketing: William J. Stanton, Michael J. Etzel Y Bruce J. Walker*. 13a. ed. --. México: McGraw-Hill, 2004.

Tribunal de Arbitramento de Roberto Cavalier & Cia Ltda. Contra Flota Mercante Grancolombiana. Laudo del 1 de Julio de 1992.

- Tribunal de Arbitramento de Protex S.A. contra Ladecol S.A., Laudo del 3 de septiembre de 2009.
- RIPERT, GEORGES. *Traite `elementaire de drait comercial*. Ed. Francesa. París, 1947, p 832 citada por Juan Sehlesinger Vélez (1982). *El contrato de agencia mercantil*. Tesis doctoral. P. 155. Bogotá D.E.
- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO . *El contrato de agencia mercantil*. Editorial Temis. Bogotá. 1991
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 2010. M.P. William Namén Vargas. Ref: 1100131030322001-00847-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp: 7504
- Tribunal de Arbitramento de Llama Telecomunicaciones S.A. contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 15 de mayo de 2013.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. No. 7504
- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de octubre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Referencia: 11001-3103-032-1001-00874-01
- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Referencia: 73001-31-03-004-2011-0081-01.
- Corte Suprema De Justicia. Sentencia del 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Referencia: 5817.
- Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Referencia: 7504
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil SC18392-2017/2011-00081 de noviembre 9 de 2017. Radicación: 73001-31-03-004- 2011-00081-01. Magistrado Ponente. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.  
M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de noviembre de 2017.  
M.P.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 2010. M.P.  
William Namén Vargas.
- DIAN. concepto 031500 del 5 de mayo de 1998
- Corte Suprema De Justicia. Sentencia del 9 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando  
Tolosa Villabona
- Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Abuso de Posición Dominante: *Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado*, publicado en la Revista del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia –CEDEC–, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1997, pág. 52
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 353 y 354
- Corte Constitucional. Sentencia T- 375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994.  
M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2011. M.P.  
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005.  
M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de octubre de 2000.  
M.P. José Fernando Ramírez.
- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. *El contrato de agencia mercantil*. Temis, Bogotá. 1984.
- MARZORATTI, OSVALDO J. *Sistemas de Distribución Comercial*. Astrea, Buenos Aires. 2008.
- FREYTES, ALEJANDRO E. *La rescisión unilateral y los contratos de duración*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. 2011.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 2000.  
M.P. José Fernando Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de febrero de 2005.  
M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Tribunal de Arbitramento de Expertos Industriales en Comunicación S.A.S- Exicom contra Colombia Movil S.A. E.S.P. Laudo del 24 de julio de 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de junio de 2011. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
- FALCONI. JOSÉ GARCÍA. *Las diversas clases de desahucio en materia de inquilinato*. Ediciones Rodin. Quito, Ecuador. 1995
- Tribunal de Arbitramento de 5H Internacional S.A. contra Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. Laudo del 19 de julio de 2005.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Cartilla práctica del Impuesto de Renta: Recuperado el 20 de marzo de 2020 en <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/11777/100000217.pdf?sequence=1>
- ESCOBAR SANÍN. *Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución*. Ed. Externado de Colombia Bogotá 1985, págs. 364 y 365.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Exp. 76001-3103-009-1992-09211-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. M.P. Jorge Castillo Rugeles. Exp. 5817.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P. Germán Giraldo Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2019. Rad. 15001-31-03-001-2009-00236-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006. Exp. 1992-09211. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

