



**Universidad del
Rosario**

**DE LA TIPICIDAD DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN, LA REVENTA COMO
ELEMENTO ESENCIAL, Y LA CLIENTELA EN ESTOS CONTRATOS EN COLOMBIA**

**THE TYPICITY OF THE DISTRIBUTION CONTRACT, PURCHASE TO RESALE AS AN
ESSENTIAL ELEMENT, AND THE CUSTOMER IN THESE CONTRACTS IN
COLOMBIA**

Autor

Guillermo Antonio Suárez Casallas

**Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de Magíster en Derecho Corporativo**

Director

Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Corporativo

Universidad del Rosario

Bogotá D.C., Colombia

2022

RESUMEN

El presente artículo pretende evaluar si el contrato de distribución en Colombia es un contrato atípico, identificando para ello sus elementos, y discutiendo la relevancia del elemento de “compra para reventa”.

Esto se llevará a cabo a través de un análisis práctico, jurisprudencial y doctrinal que nos permitirá afirmar o contradecir que el mismo mutaría en otro tipo de contrato.

Partiendo de las anteriores conclusiones, se estudia la clientela y la procedencia de reconocimiento económico a quien la ha creado. También se estudia la importancia de la información sobre los clientes destinatarios de la “reventa” en el giro ordinario de este tipo de negocios, lo que permitirá tomar posición sobre quién es propietario de la misma.

PALABRAS CLAVE: Contrato de Distribución, Adquisición para reventa, Compra para reventa, Reventa, Información de Clientes, Clientela.

ABSTRACT

This article aims to assess whether the distribution contract in Colombia is atypical, identify its elements, and discuss the relevance of the "purchase to resale" element.

The above, through a practical, jurisprudential, and doctrinal analysis, will allow us to be able to affirm or not that it would mutate into another type of contract.

Subsequently, the clientele and the economic recognition of the person who created it are studied. Also, we examine the value of information on the recipient clients of the "resale" in the ordinary course of this type of business, which will allow us to take a position on who owns it.

KEY WORDS: Purchase to resale, Distribution Contract, Information of Recipient Clients, Customer.

1. Introducción

El contrato de distribución es una de las diferentes formas de relación económica que hace parte del fenómeno de la colaboración o cooperación entre diferentes actores del mercado global.

Es a partir de su importancia en el mundo de los negocios, que su relevancia necesariamente se traslada al mundo del derecho, que como lo afirmaba el abogado uruguayo Eduardo Couture es una ciencia que también se transforma constantemente, siendo estas nuevas realidades una razón de su cambio.

En este sentido, el derecho se ve enfrentado a expresar estos contratos mercantiles que atienden nuevas realidades económicas observando la normatividad vigente de cada país en donde se ejecuta, con el propósito de que los contratos sobre estas formas de relación comercial cuenten con plena validez y eficacia, permitiendo que sean vinculantes, y por lo tanto, sea posible exigir su cumplimiento entre las partes que integran los mismos.

Sin embargo, atendiendo esta dinámica mercantil cambiante y acelerada por constantes situaciones tan disruptivas como una pandemia, una crisis global de transporte de bienes o el mismo mercado y su demanda, en ocasiones no se estudia con suficiente profundidad las diferentes figuras que van surgiendo en el derecho mercantil, hecho que es relevante en la medida de que su diferenciación permite identificar consecuencias jurídicas que deben ser tenidas en cuenta en las diferentes etapas de un determinado contrato.

Con motivo de lo anterior, el presente escrito tiene como primer propósito identificar y analizar el elemento esencial o característica que distingue al contrato de distribución en Colombia de otras figuras que pueden asemejarse y en ocasiones confundir con ella, elemento que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la doctrina señalan es la “compra para reventa”.

En la misma línea, este análisis permitirá evaluar si en efecto podemos afirmar que el contrato de distribución es un contrato atípico como se ha manifestado en la jurisprudencia de la Corte Suprema¹, al considerar que no corresponde a un régimen especial existente en nuestra normatividad, o podríamos estar enfrentándonos a una tipicidad de esta figura contractual.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, al definir si estamos ante un contrato típico o atípico, este artículo busca adentrarse en un asunto de gran relevancia para este tipo de contratos como lo es el acceso a la información respecto de la clientela o potencial clientela y el reconocimiento a la labor de creación de la misma con motivo de la ejecución de un contrato de distribución.

Esta temática es de suma importancia debido a que aquel parte de los contratos de distribución que cuente con esta información de clientes o destinatarios finales de los bienes

¹ Ejemplo de ello es la Sentencia SC5851-2014 del 13 de mayo de 2019 con Magistrada Ponente a la Dra. Margarita Cabello Blanco.

que hacen parte de estos contratos, se apropia de un activo intangible determinante para desarrollar y garantizar la continuidad de la actividad económica.

1.1. El contrato de distribución y su objeto

El contrato de distribución a través de la jurisprudencia colombiana² ha sido identificado como un contrato atípico, que es lo que tradicionalmente se entiende como el acuerdo contractual que no cuenta con una regulación legal (Arrubla Paucar 2012)³.

Sin embargo, un contrato no se identifica como atípico por la decisión de una entidad judicial, por el contrario, surge cuando existe una determinada relación contractual y se evidencia en ella que las obligaciones surgidas no corresponden a un régimen especial reglado por la normatividad o la costumbre en Colombia.

En ese sentido, surge un primer cuestionamiento, y es evaluar si realmente el contrato de distribución corresponde o no a un régimen especial, pudiendo en consecuencia identificarlo como un contrato atípico.

Para ello es necesario comprender el contrato de distribución y su objeto, teniendo en cuenta que hasta el momento solo se tiene claro que es parte del fenómeno de la colaboración, entendido como la forma de desarrollar las actividades económicas en sus diferentes niveles a través de sinergias con terceros que igualmente se benefician de esta coordinación, y que por supuesto se encuentra basada en unas reglas comunes regidas dentro de la voluntad privada pero ceñida al marco legal y la prohibición de transgredir el orden público.

Es en este punto cuando resulta necesario acudir a diferentes definiciones otorgadas por la doctrina y la jurisprudencia para lograr entender su concepto y alcance.

En primer lugar, podemos acercarnos a la doctrina argentina, tenida en cuenta frecuentemente por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Al respecto uno de sus exponentes más reconocidos Raúl Aníbal Etcheverry entiende la distribución como:

“una familia de contratos nuevos, para el desarrollo de una antigua función económica, cual es la de colocar en el mercado la producción de una empresa productora, cuando ella no puede o no quiere hacerlo por sí misma.

² La Corte Suprema manifiesta esta posición expresamente en la Sentencia SC 5851-2014 del 13 de mayo de 2014, que tuvo como Magistrada Ponente a la Dra. Margarita Cabello Blanco.

³ Jaime Alberto Arrubla Paucar en su obra “Contratos Mercantiles. Contratos atípicos”, señala una crítica a la clasificación tradicional de lo que se considera como atípico. Lo anterior, en la medida de que afirma que todas las categorías contractuales son típicas desde el punto de vista de la tipicidad de primer orden (reglas generales de las obligaciones y de los contratos). Atendiendo lo anterior, según este autor, la tipicidad no es predicable sino en las especies, esto es, en la tipicidad de segundo orden entendido como el de aquellos contratos que están regulados o definidos por la normatividad o la costumbre de una manera específica y prestablecida.

Esta función es a la vez un método de colaboración interempresarial y una forma de agrupamiento de empresas” (Etcheverry 2001, 205).

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC 5851-2014 del 13 de mayo de 2014, con Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco señaló:

*“El distribuidor es la persona que actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, **el fabricante, con la menor inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor)**, logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos” (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2014, 30-31).*

Atendiendo lo antes citado, es posible afirmar que el objeto del contrato de distribución en Colombia se ha entendido como el contrato a través del cual una persona, identificada como distribuido, contrata con otra, denominada como distribuidor, con el ánimo de que esta segunda comercialice sus bienes o servicios.

En esa medida, se encuentran en este tipo de contratos tanto intereses de alianza como intereses contrapuestos de las partes.

Sobre los intereses contrapuestos, el “distribuido, proveedor, productor o contratante” le interesan este tipo de contratos en la medida de que se libera del riesgo de asumir y organizar la colocación de la mercancía producida o importada por él. Situación que implica una reducción de costos que acarreen comercializar los productos como son el personal, el transporte y la infraestructura logística que permita trasladar los bienes al consumidor final, al ser el distribuidor quien las asume.

Por otro lado, el “distribuidor o contratado” se ve atraído a celebrar este tipo de contratos en la medida que respecto de los bienes sobre los cuales ejecuta la distribución evita los costos de fabricación, liberándose de todo el proceso de creación y desarrollo de productos o servicios, incluyendo los lugares de producción, las reglamentaciones sanitarias, normatividad ambiental⁴, regulación de empaquetados, entre otras necesarias para poder fabricar o importar bienes o servicios. En esa medida, únicamente se especializa en la etapa de comercialización de los bienes del distribuido, realizando la compra del bien final para luego adelantar una reventa, siendo el margen de diferencia en la reventa su ganancia.

Es así como se evidencia que si bien cuentan con estos intereses contrapuestos, cada parte necesita de la otra, en la medida de que tienen un interés común de alianza que parte de buscar

⁴ Cuando se hace alusión a la normatividad ambiental y la reglamentación sanitaria, es relevante indicar que se limita a las exigencias dentro del marco legal cuando se desea fabricar, producir o importar determinado tipo de producto o prestar un servicio. En la actividad de distribución o comercialización, le son aplicables normas que exigen unos parámetros para poder adelantar actividades como la de transporte de productos, actividad necesaria para poder adelantar la distribución. Ejemplos de este tipo de normas es la Ley 9 de 1979 que dicta medidas sanitarias específicas en diversos asuntos como los alimentos.

un beneficio económico, una disminución de costos y una especialización de las actividades de cada uno de ellos.

1.2. Del concepto de distribución como un contrato particular adoptado en Colombia

De las definiciones relacionadas en el punto anterior, podemos señalar que en el caso colombiano a diferencia de otros países se adopta vigorosamente la doctrina del derecho argentino que considera el contrato de distribución como un contrato particular.

Sin embargo, en países como Francia se entiende el contrato de distribución como un género o contrato marco (“*contrat-cadre*”) de todos los contratos de intermediación en el comercio sin la existencia de un tipo específico que se denomine contrato de distribución en sentido estricto como lo considera el derecho argentino⁵.

A pesar de ello como se indicó, la teoría Argentina en Colombia tomó fuerza, siendo un fundamento de la misma la derogatoria de los artículos 975 y 976 del Código Comercio, normas derogadas por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996 por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

Lo anterior, en la medida de que el artículo 975 establecía el contrato de suministro para la distribución, circunstancia que permitiría según esta posición afirmar que existía un contrato típico de distribución en sentido estricto diferente con cualidades únicas que lo permitían diferenciar de otro tipo de contratos⁶, pero fue derogado, y por lo tanto pasó a ser un contrato atípico.

En esa medida, el hecho de que se hubiera derogado por esas cláusulas restrictivas de la competencia permitiría concluir, si se siguiera esta línea, que en el momento de encontrarnos ante un contrato de suministro que tiene como finalidad distribuir, estamos ante un contrato atípico, pero si la finalidad no es distribuir, es un contrato típico.

En este punto se hace relevante señalar que la norma no fue derogada porque regulara el contrato de distribución en la normatividad del suministro⁷. Por el contrario, como lo

⁵ La Union Française Du Commerce Chimique emitió una guía denominada “Guide UFCC contrats et droit de la distribution” que señala como el contrato de distribución en el derecho francés se trata de un contrato marco. En la misma línea Roberta Ribeiro Oertel en su obra “Le contrat international de distribution en droits français et brésilien” de la Université de Strasbourg; Universidade de São Paulo (Brasil) de 2014, señala que la noción “*contrat-cadre*” o contrato marco es un concepto que se aplica al contrato de distribución. Sin embargo, el autor afirma que en el derecho francés este concepto se ha utilizado incluso antes de haber aplicado al contrato de distribución.

⁶ Al respecto la Sentencia SC 5851-2014 del 13 de mayo de 2014, que tuvo como Magistrada Ponente a la Dra. Margarita Cabello Blanco señaló en sus consideraciones que el antecedente normativo más cercano a la figura de distribución que proponían las partes en el caso bajo estudio era el artículo 975 del Código de Comercio. No obstante señaló que “esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996, sin que se haya introducido regla alguna de semejante o parecida textura, ni contenido que supliera la deficiencia aquí resaltada, luego, salvo esa restringida memoria alrededor de dicho negocio jurídico, hoy retirada del ordenamiento, refulge inexistente alguna reglamentación legal aneja al punto” (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2014, 26 - 27). De lo anterior, es claro como la Corte da a entender que la derogación del artículo 975 atendía era a la eliminación normativa de esta figura circunstancia que como se ha indicado no era el propósito de la derogación.

⁷ Para ello se puede consultar la Exposición de Motivos de la Ley 256 de 1996 de la Gaceta del Congreso del 9 de septiembre 9 de 1994 en donde el objetivo primordial como lo señala la “justificación y alcance del proyecto” era establecer un nuevo

evidencia la exposición de motivos de esta ley según la Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 1994, aquella normatividad a promulgarse tenía como objetivo y necesidad reglamentar la competencia para que no se condujera al “aniquilamiento de las empresas débiles” (Senado de la República de Colombia 1994, 2).

Atendiendo esta postura, es claro que la derogatoria adelantada por el legislador de los artículos antes mencionados, fue con motivo de que no deseaba mantener la forma de regular la exclusividad existente en el artículo 976 del Código de Comercio en un término de 10 años para la validez de las cláusulas de exclusividad, dado el riesgo que valoraba en materia de competencia, adoptando como resultado un nuevo criterio moderno y flexible que observaba el efecto que generaban las cláusulas de exclusividad y su afectación en materia de derecho de la competencia.

Es así como el cuestionamiento de si realmente existía un tipo especial en el Código de Comercio que identificaba el suministro para la distribución como un contrato especial no es procedente, teniendo en cuenta que las normas indicadas fueron derogadas por ser consideradas restrictivas de la competencia y no porque regulaban la distribución. Por lo tanto, no se puede afirmar que si el contrato de suministro tiene como finalidad distribuir, con motivo de esa derogatoria, es un contrato atípico.

Ahora, para poder determinar si el contrato de distribución es atípico como lo afirma la Corte Suprema de Justicia, se requiere volver nuevamente a la noción fundamental de contrato atípico, entendido en Colombia como la no regulación de una determinada actividad u operación económica.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en Sentencia dentro del expediente No. 5817 del 22 de octubre de 2001 con el Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, define a los contratos atípicos como:

“Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico – social se encuentra conforme con los principios ético- jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan” (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2001, 28).

A su vez, respecto de su forma de estudio señala la Corte en esta Sentencia:

“Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se

marco jurídico apto para regular la competencia comercial en Colombia, no derogar una figura contractual específica como era la figura del suministro para la distribución que era enunciado en el artículo 975 del Código de Comercio finalmente derogado por esta Ley.

contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales” (29).

Es así que, a pesar de la definición acotada por la jurisprudencia colombiana, el contrato atípico no puede llevar al entendimiento extremo de que por la existencia de un título o contenido diferente a lo tradicionalmente conocido en materia contractual, determinada actividad u operación debe considerarse de manera automática como atípica, situación que parece sugerirse en las valoraciones de la Corte Suprema en los contratos de distribución.

Por el contrario, en una posición más moderada y contraria a este planteamiento, es necesario evaluar si realmente la regulación realizada por el legislador corresponde o no a esa forma de actividad económica.

Aterrizando este asunto al contrato de distribución, vemos como esta discusión cobra relevancia pues en caso de considerarse este contrato como típico, como se propone más adelante en el presente escrito, podríamos interpretar totalmente o en parte que las diferentes etapas de este contrato se encuentran bajo un lineamiento definido por la ley, y no a una determinación contractual que se ciñe a lo señalado por la jurisprudencia que no ha sido pacífica sobre este asunto, y ha considerado en unos casos su similitud con otros contratos dada la derogatoria del suministro para la distribución.

Partiendo de lo anterior, es necesario sobre el contrato de distribución entrar a analizar sus elementos para determinar si estamos ante una figura única y completamente apartada de lo regulado por el legislador, entrando dentro de la categoría de atípico, o por el contrario, este contrato puede enmarcarse dentro de la regulación actual, no obstante sobresalen ciertas particularidades que lo hacen diferente a la generalidad como se considera en este escrito.

Previo a entrar en el proceso de identificación de los elementos de este tipo de contratos, es necesario tener en cuenta que ante la gran similitud con otros negocios jurídicos es dable afirmar como lo hace la doctrina francesa que la distribución es un contrato marco, no siendo posible en consecuencia definirlo como una especie según la posición adoptada por el derecho colombiano.

En este sentido, al ser un contrato marco encontramos que diversos contratos cuentan con características de la distribución como en los casos de la agencia o la concesión como se verá más adelante.

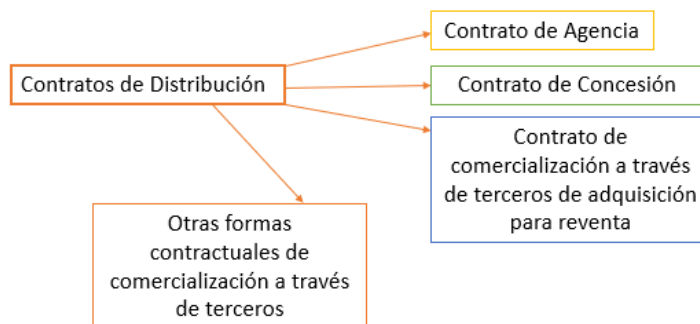
Partiendo de esta afirmación, es posible concluir que el contrato de distribución como un tipo de contrato particular no debería existir, y por consiguiente, este vocablo únicamente debería identificar una concepción genérica que la Real Academia Española - RAE define como “dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente” (RAE 2022), y que Farina considera como un término:

“comprensivo de las diversas formas jurídicas mediante las cuales una persona o empresa, coloca en el mercado bienes o servicios que genera otra empresa (agencia, concesión, etc.)” (Farina 2005, 469 - 470).

En ese sentido, la distribución podemos entenderla como aquellos acuerdos que buscan colocar en el mercado determinados productos o servicios de una manera eficiente, con el menor riesgo posible y con costos bajos para que tangencialmente permitan aumentar los márgenes de ganancias, y que dentro de sus subclases se diferencian dependiendo de la operación económica que se desea adelantar por las partes.

De esta manera la figura contractual a analizar junto con sus elementos es el subtipo de distribución “adquisición para reventa” y no la distribución per se cómo concepto general que cobija una gran variedad de figuras contractuales según lo explicado previamente.

En consecuencia, se considera que existe una subclase de distribución que tiene como operación económica la compra para reventa, con el objetivo de dar un posicionamiento a determinados bienes objeto de la reventa, y con motivo de ello, debería identificarse como “comercialización a través de terceros de adquisición para reventa” o “compra para reventa”, entendida como un subtipo de distribución como se presenta en el siguiente esquema:



1.3. Los elementos del contrato de adquisición para reventa

Sobre los elementos de este contrato, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC13208-2015 que tuvo como ponente al Magistrado Ariel Salazar Ramírez manifestó:

“En resumen, como elementos diferenciadores de las figuras del agente y del distribuidor, se resaltan las siguientes:

a) Aunque ambos se encuentran integrados en la red de comercialización del empresario, desde el punto de vista económico, en tanto la inversión del agente, por lo general, está relacionada con la organización de su empresa, la del distribuidor se extiende a la compra de productos al fabricante para revenderlos.

b) El agente recibe una remuneración del empresario; en cambio, el distribuidor obtiene las ganancias del margen comercial de la reventa.

c) En su relación con los clientes, el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia, por lo que debe correr con el riesgo y la suerte de las ventas que realice; el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el dominus negotii, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el

comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario” (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2015, 28 y 29).

Por su parte, la doctrina Argentina señala que estos contratos presentan las siguientes características:

“a) existencia de dos empresas u organizaciones independientes; b) relación contractual bilateral; c) posibilidad de que la empresa productora celebre múltiples contratos de esta naturaleza; d) vínculo de cooperación (o colaboración); e) permanencia; y f) finalidad (esto es, la colocación en el mercado por parte de una empresa de los bienes o servicios que produce la otra)”. (Farina 2005, 470).

De lo anterior, podemos concluir que el contrato de adquisición para reventa en el derecho colombiano cuenta con los siguientes siete elementos: (i) independencia y autonomía del distribuidor por ser ajeno a la estructura organizacional del distribuido; (ii) ánimo de estabilidad y permanencia; (iii) se integra a la red de comercialización del distribuido (que puede ser de forma o no exclusiva) en determinada zona para la promoción y reventa de los bienes objeto de distribución; (iv) explotación del negocio propio del distribuidor; (v) adquisición de los bienes por parte del distribuidor al distribuido para posteriormente revenderlos; (vi) las consecuencias económicas de la gestión repercuten directamente en el patrimonio del distribuidor; y (vii) el distribuidor actúa en nombre y por cuenta propia.

Con motivo de la identificación de estos elementos, podemos evidenciar que muchas de sus características son similares a las de otros tipos de contratos comerciales relacionados con la comercialización a través de terceros como lo son la independencia y autonomía con el ánimo de estabilidad y permanencia en los contratos de agencia, la integración de una red de comercialización, explotación de un negocio propio y compra para reventa como sucede con los contratos de concesión. Es menester entonces identificar que distingue a este contrato de otros.

En esa medida si partiéramos únicamente de los elementos identificados, no podríamos señalar que son exclusivos del contrato de adquisición para reventa, y por lo tanto, no necesariamente estaríamos ante este tipo de contratos. En consecuencia, es posible afirmar que el contrato de distribución se diferencia cuando en su conjunto desarrolla la operación económica antes planteada, surgiendo entonces una subclase de distribución enmarcado en la adquisición para reventa.

Ante esta situación, se pone de presente como elemento determinante el concepto de “operación económica”, entendido como el propósito por el cual se celebra y ejecuta determinado contrato, o en otras palabras, el objetivo que buscan las partes al celebrar un contrato como el de adquisición para reventa. De esta forma, vemos como la operación económica se presenta como el ingrediente que permite diferenciar las múltiples formas de comercialización a través de terceros o tipos de distribución.

Sobre esto, en la adquisición para reventa en Colombia, evidenciamos que la operación económica no consiste simplemente en la adquisición recurrente de bienes como en el caso

del suministro, sino por el contrario, adelanta una operación compleja de compra de un bien para posteriormente revender el mismo de una manera periódica o continuada, y como consecuencia de esa actividad de reventa, se espera obtener mayor alcance y posicionamiento de determinado bien del distribuido (quien vende los bienes para distribución) al ser comercializado por el distribuidor (quien realiza la adquisición de los bienes del distribuido para reventa y adelanta la actividad de distribución), en una determinada zona o lugar identificado por las partes.

Por lo tanto, los elementos del contrato de adquisición para reventa identificados si concurren con la operación económica antes explicada, son los componentes que permiten distinguir esta forma o subtipo de distribución sobre otras que a pesar de contar con elementos similares, no cuentan con la totalidad de ellos o no persiguen la misma operación económica.

1.4. De la tipicidad en dos niveles que le es aplicable al contrato de adquisición para reventa

Una vez aclaradas las características que distinguen al contrato de adquisición o compra para reventa, se vuelve necesario resolver si este contrato es un contrato atípico como lo afirma la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la tipicidad, debemos recordar que se entiende como aquella regulación legal sobre determinada figura contractual. No obstante el concepto anterior, se considera que en Colombia existe una concepción estricta que sostiene al analizar determinado contrato, que si aquel no cuenta con la misma denominación o las mismas características exactas a la figura contractual regulada (sean estipuladas o en su ejecución probada), no “encajaría” en esa regulación, y por lo tanto, debería buscarse otra figura tipificada, o en caso de no conseguirlo, se identificaría como un contrato atípico.

Esta posición estricta no se comparte, y por el contrario es posible proponer la existencia en Colombia de una tipicidad de dos niveles.

Esto implica que si bien existen contratos en donde su denominación o características encajan perfectamente con la figura contractual regulada (tipicidad de primer nivel), por otro lado también existen subtipos contractuales que si bien no cuentan con esa identificación total del contrato legislado, se irradian de éste (tipicidad de segundo nivel).

Atendiendo lo anterior, en respuesta a la inquietud presentada sobre si el contrato de adquisición para reventa es un contrato atípico, consideramos que no es cierto.

En efecto, el contrato de adquisición para reventa como se propone denominar según lo explicado previamente, a diferencia de lo planteado por la Corte, es un contrato típico que si bien no es de primer nivel, si logra encajar en la clasificación de segundo nivel, porque a pesar de no encontrarse plenamente regulado por la normatividad colombiana, si puede encajar en un gran tipo contractual regulado que en este caso es el contrato de suministro.

No obstante lo anterior, el hecho de que parte de la normatividad del suministro se ajusta en lo fundamental con el de adquisición para reventa en una parte de su operación económica, el contrato bajo estudio como lo vimos persigue unas reglas adicionales más precisas que se justifican por la operación que desarrolla y lleva a diferenciarlo sustancialmente del suministro.

Por lo tanto, la comercialización a través de terceros en el contrato de adquisición para reventa no es equiparable al suministro, dado que el primero persigue unos propósitos aún más específicos que el segundo. Sin perjuicio de lo anterior, el cumplimiento de su propósito requiere integrar en unas partes del contrato reglas del suministro, lo que permite afirmar su calidad de contrato típico de segundo nivel.

Esto, teniendo en cuenta que la operación económica de este tipo de contratos tiene un propósito a largo plazo de reventa permanente de los productos comprados por el distribuidor, situación que en ese sentido se enmarca con la necesidad de venta periódica o continuada del bien del distribuido objeto de la comercialización por parte del distribuidor.

De esta manera, el contrato de comercialización a través de terceros de adquisición para reventa es un contrato típico de segundo nivel, y por lo tanto no puede afirmarse o entenderse el mismo como un contrato atípico atendiendo que existen reglas generales estipuladas en la ley que le rigen.

Finalmente, sin perjuicio de todo lo previamente explicado, en el Código de Comercio debería adoptarse un Título que cubija una definición muy amplia de la distribución o formas de comercialización con terceros para posteriormente incluir en este Título los subtipos en caso de que se encuentren regulados, como lo es el contrato de agencia⁸. En caso contrario, existirían subtipos no regulados que en todo caso se ajustarían a los parámetros generales de la distribución como sería el caso del contrato de adquisición para reventa, situación que dependiendo de la regulación finalmente establecida podría convertirlo en un contrato típico de primer nivel.

1.5. Adquisición para Reventa y Suministro

Del planteamiento mencionado en el punto anterior, debemos evaluar sobre la subclase adquisición para reventa qué la hace tan particular y distinta a figuras como el suministro, pues si bien se le aplican unas reglas de esta última, su existencia lleva al surgimiento de otra serie de reglas que no están dentro del régimen general de este tipo de contrato, y por lo tanto, son rasgos propios de esta subclase de distribución.

Sobre el suministro podemos afirmar es una figura contractual que a nuestro juicio es muy amplia en la legislación colombiana, hecho que se entiende fue intencionado por el legislador con el fin de que a través de la voluntad privada dentro de ese marco legal se pudiesen desarrollar diferentes operaciones económicas.

⁸ “por decreto 410 de 1971 se expidió el Código de Comercio, que, como lo dispuso el art. 2038, comenzaría a regir el 1º de enero de 1972, a excepción de ciertas normas, entre ellas las que regulaban el contrato de agencia, que comenzaron a regir el 27 de marzo de 1971, fecha en que se expidió el Código” (Cárdenas Mejía 1984, 15).

La regulación del contrato de suministro se encuentra estipulada en el Código de Comercio entre los artículos 968 a 980, y de acuerdo con el artículo 968 se define como:

“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios” (Congreso de la República de Colombia 1971).

De acuerdo con esta definición legal, el suministro cuenta con los elementos de (i) prestación independiente del obligado; (ii) prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios; y (iii) contraprestación por la prestación.

Por consiguiente, el contrato de suministro no es una forma de comercialización a través de terceros, en la medida de que esta se relaciona con una prestación periódica o continuada de cosas o servicios en la que no necesariamente se coloca en el mercado bienes o servicios que genera la otra parte del contrato.

En igual sentido, es claro que la operación económica simplemente parte de la entrega sucesiva de bienes o servicios, mas no existe inicialmente un objetivo distinto en este tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de contratos puede transformarse en una forma de comercialización a través de terceros cuando se incluyen otros componentes que amplían la operación económica celebrada por las partes. Tal es el caso de la comercialización a través de terceros de adquisición para reventa.

Lo arriba indicado, entendiendo que la adquisición para reventa tiene un propósito a largo plazo de reventa permanente de los productos comprados por el distribuidor, situación que en ese sentido se enmarca con la necesidad de venta periódica o continuada del distribuido de sus productos al distribuidor para poder cumplir el objetivo de distribución.

Al respecto la doctrina Argentina indica:

“En realidad, dentro del contrato de distribución se inserta -necesariamente- un contrato de suministro, pues la obligación asumida por el fabricante de comercializar sus productos en esa zona por intermedio del distribuidor (y no directamente o por terceros) implica su obligación de suministrarle, fluida y puntualmente, la mercadería, en la medida y momentos en éste lo requiera y dentro de las condiciones pactadas”. (Farina 2005, 494).

Por lo tanto, el suministro es diferente a la adquisición de compra para reventa, por sus elementos que como vimos son muy distintos.

Adicionalmente, la operación económica que persigue el contrato de suministro solo tiene un propósito de prestación periódica o continuada, diferente a una operación económica de adquisición de un bien para posteriormente revender el mismo de manera periódica, y que a partir de esa actividad de reventa se dé un mayor alcance a la cosa objeto de distribución en una determinada zona o lugar identificado por las partes.

En consecuencia, el suministro no es igual a la subclase que denominamos comercialización a través de terceros de compra para reventa, no obstante, la primera figura contractual que se encuentra regulada es parte necesaria para cumplir la operación económica particular perseguida en la segunda figura contractual, situación que implica adoptar en el contrato de adquisición para reventa las reglas establecidas en relación con el suministro en parte de la operación económica.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la regulación del suministro solo integra un fragmento del contrato aquí estudiado, porque como lo hemos visto, en la operación económica del contrato de adquisición para reventa confluyen otra serie de particularidades que no están dentro del suministro, de ahí la condición de contrato típico de segundo nivel.

2. Compra para reventa en el contrato de comercialización a través de terceros de adquisición para reventa

Como indicamos en el punto anterior, el contrato de comercialización a través de terceros de adquisición para reventa cuenta con unos elementos característicos que pueden ser comunes en otros contratos, no obstante la unión de todos ellos junto con la operación económica perseguida le permiten distinguirse de otras figuras comerciales en materia de distribución que se desean celebrar en materia comercial.

Sin perjuicio de lo anterior, existen elementos que sobresalen o se distinguen de otros que hacen parte de este tipo de contratos, pues estos facilitan identificar que estamos ante un contrato de adquisición para reventa.

Uno de esos elementos fundamentales es la “compra para posterior reventa”, elemento que estudiaremos en el presente capítulo, teniendo en cuenta que tanto la jurisprudencia como la doctrina tenida en cuenta en Colombia, dan por hecho que este elemento se encuentra en estos contratos, no obstante, analizaremos si esta presunción es cierta.

2.1. Importancia de la compra para reventa en los contratos de comercialización a través de terceros de adquisición para reventa

Para poder afirmar sobre lo esencial de determinado contrato, siempre es requerido previamente entender el alcance del elemento objeto de análisis.

Partiendo de esta premisa, la “adquisición para reventa” parece ser un concepto simple que permite interpretarse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, y en donde podemos afirmar que el propósito principal de estos dos verbos parte por la transmisión de la propiedad de determinada cosa desde el vendedor al comprador a

cambio de una prestación que generalmente es dinero, para que posteriormente este adquirente realice una nueva transmisión de la propiedad a un tercero.

Atendiendo esta definición, se evidencia como este elemento sin duda es necesario dentro de la operación económica de transmisión de la propiedad de la cosa objeto de distribución desde el distribuido al distribuidor; y posteriormente, el distribuidor a través de la actividad de reventa para transmitir la propiedad de la cosa a un destinatario final por un valor superior del que fue adquirido inicialmente con el distribuido, siendo la diferencia entre la adquisición y la reventa su prestación o beneficio por celebrar este tipo de contratos.

De esta manera el elemento de “adquisición o compra para reventa” en la operación económica del contrato de adquisición para reventa es esencial, pues bajo este contexto el distribuidor se obliga a revender los productos adquiridos que implican su posterior colocación en el mercado por cuenta y riesgo propio, dado que la propiedad recae en él, liberando en consecuencia de cualquier riesgo al distribuido.

Es así como el distribuidor puede desempeñar su labor en forma directa e independiente, valiéndose de sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y administrativa en la distribución y siendo de su cuenta y riesgo tanto el transporte como la pérdida de los bienes objeto de distribución. En esa misma línea, el distribuidor también es autónomo e independiente para contratar y utilizar el personal y equipos necesarios para desarrollar la distribución.

Por lo tanto, en el supuesto de que no existiera la adquisición por parte del distribuidor, el riesgo recaería directamente en el distribuido, perdiéndose el objeto de este contrato frente a la mitigación o eliminación de riesgos para cada una de las partes.

Sumado a lo anterior, los riesgos de independencia del distribuidor en la práctica se desdibujarían, en la medida de que debería existir una forma de remuneración o reconocimiento económico por la actividad adelantada, situación que necesariamente implicaría la salida de recursos económicos directamente del distribuido al distribuidor con el fin de pagar la ejecución del contrato, y que podrían terminar por enfrentarnos a discusiones en materia laboral o en figuras legales diferentes como la prestación de servicios.

Igualmente, la responsabilidad sobre la calidad y condición de los bienes recaería principalmente en el distribuido, y asimismo, el deber de cuidado sobre los bienes objeto de distribución podrían verse en potencial riesgo, en la medida de que al no ser propiedad del distribuidor los bienes objeto de distribución, podrían reducirse los controles o maneras de cuidado de ellos. Esta situación implicaría un mayor desgaste y control del distribuido respecto de la actividad adelantada por el distribuidor con el fin de mitigar los riesgos que pudiesen surgir.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC2498-2021 que tuvo como Magistrado Ponente al Dr. Luis Armando Tolosa Villabona señaló sobre la distribución que:

“Los distribuidores por cuenta propia, en cambio, no pueden exigir ninguna contraprestación de los productores o empresarios de bienes o servicios. La remuneración la obtienen del margen de ganancia que les queda entre los negocios de compra y de reventa”. (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2021, 15).

Por lo tanto, en caso de que no existiese la “adquisición para reventa” en el contrato subtipo de distribución adquisición para reventa, no podría adelantarse de manera adecuada el propósito de este tipo de contratos, dado que temas de riesgo, ausencia de remuneración directa e independencia del distribuidor no se configurarían o podrían desdibujarse, y por lo tanto, la operación económica del contrato perdería propósito en relaciones comerciales.

Atendiendo lo anterior, es posible afirmar que este elemento es uno de los más relevantes y esenciales dentro del contrato de adquisición para reventa, sin embargo, debe concurrir con los demás elementos y la operación económica que persigue este contrato, pues en caso contrario podríamos estar ante otro subtipo de contrato de distribución como lo podría ser la concesión.

3. Los clientes destinatarios de la “reventa”

3.1. Sobre los clientes destinatarios de la “reventa” y la labor de creación

Una vez analizada la naturaleza del contrato de adquisición para reventa, sus elementos característicos, y afirmar su condición de contrato típico de segundo nivel, surge la necesidad de evaluar a unos sujetos que no hacen parte directamente de la relación comercial acordada entre el distribuido y distribuidor, pero son determinantes en una operación económica de este tipo, la clientela⁹.

La clientela de acuerdo con la Real Academia Española se define como el “conjunto de los clientes de una persona o de un establecimiento” (RAE 2022), que en otras palabras implica la preferencia por parte de una persona (natural o jurídica) por cierto tipo de productos o servicios de un determinado productor, fabricante o proveedor en condiciones normales de mercado.

Es así como la clientela en los contratos de adquisición para reventa son las personas interesadas permanentemente o de una manera definida en el producto o servicio del distribuido que se está comercializando a través del distribuidor, creando en consecuencia la demanda necesaria para poder desarrollar y continuar la ejecución de este tipo de contratos.

Ante la importancia de la clientela en esta operación económica, aquella terminará con alguna de las partes del contrato una vez se finalice el mismo, surgiendo la pregunta de si la clientela se quedará con el que produce el bien o el distribuidor que está comercializando los mismos.

⁹ Si bien el concepto de cliente y clientela pueden ser distintos, en la medida de que la clientela es aquella que ya se decanta por determinado producto o servicio, y el concepto de cliente comprende una definición más genérica y amplia de los destinatarios de los productos o servicios, en el presente documento se tratarán indistintamente.

La respuesta a este cuestionamiento pasa por afirmar que en principio la misma tiende a terminar con el distribuido o productor, con motivo de que el mismo es aquel que produce, fabrica o importa el bien que es de interés del cliente aun cuando finalice el contrato de adquisición para reventa, a diferencia del distribuido, que únicamente adelanta la función de comercialización no de creación de los bienes, y que una vez finalice la relación contractual, no tendrá la capacidad de ofrecer los mismos al público.

De esta manera, teniendo en cuenta que los clientes son fundamentales y hacen parte de la cadena final de la operación económica en su calidad de destinatarios finales de los productos que son revendidos y colocados en el mercado por parte del distribuidor, surge la inquietud de si realmente podrían haber eventos en los cuales se justifica el reconocimiento al distribuidor de la labor de creación de clientes una vez se realiza la terminación del contrato, al no continuar relacionado con la clientela¹⁰ para efectos de comercializar ese determinado producto posicionado en determinada zona.

Al respecto, se debe señalar que el legislador ha reconocido la existencia de contratos en los cuales una parte durante la ejecución del mismo crea clientela, y como resultado, se otorgan derechos especiales para una de las partes que conforma este tipo de negocios jurídicos. No obstante, hay otros contratos como es el caso del contrato de adquisición para reventa o el contrato de concesión -que son subtipos de distribución-, en los cuales el legislador no hace ningún reconocimiento a la labor de creación de esa clientela, y que ni siquiera por la condición de tipicidad de segundo nivel de la adquisición para reventa, encontramos referencia alguna al remitirnos al contrato de suministro.

Por lo tanto, ante la omisión por parte del legislador en el contrato de adquisición para reventa, en la medida de que ni siquiera en la regulación del contrato de suministro se establece regulación sobre este asunto, se podría afirmar que normalmente no se reconoce la labor de la creación de clientela por parte del distribuidor, porque esa labor normalmente se ve retribuida por el margen que recibe este con la actividad de reventa.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos acudir a un planteamiento que ha tomado fuerza en Europa Occidental de evaluar en los contratos, incluso en aquellos donde se actúa por cuenta propia, el efecto de la clientela en la relación incluso al momento de su terminación.

¹⁰ A pesar de que la clientela cuenta con una preferencia sobre productos o servicios de determinado oferente, es erróneo afirmar que es propiedad del productor, fabricante o proveedor la clientela.

Lo anterior, en la medida de que el constante movimiento de la clientela o los clientes sobre la preferencia de productos o servicios, dependiendo de la oferta disponible en un determinado mercado relevante, se permite a cada uno de ellos la posibilidad de adquirir otros bienes o servicios que considere satisfacen de mejor manera sus intereses (precio, garantía, responsabilidad ambiental, entre otros) aún sobre los que en principio eran de su preferencia.

Por lo tanto, el objeto de este documento no pretende inducir a error al lector sobre discutir la propiedad de algo que no puede ser adquirido, sino por el contrario, enfocarse en algo que sí puede ser de acceso de determinada persona o parte en un contrato de adquisición para reventa, esto es la información de los potenciales clientes o aquellos que tiene una tendencia a preferir determinados productos o servicios de determinado oferente, y el reconocimiento del esfuerzo realizado por parte del distribuido cuando aquel es quien “construye” la clientela en virtud de su actividad de distribución en el contrato de adquisición para reventa.

Ejemplo claro de este fenómeno es España, quien a través de su jurisprudencia ha indicado sobre este asunto que:

“la clientela exige la prueba real y efectiva del provecho recibido y de la clientela generada, lo que no es propio de la actividad de distribución comercial, que no se presume que genere por sí misma una clientela al principal (...)

La creación de clientela no surge por la actuación de Arkofoto por imperar la vinculación del cliente a la marca y su fidelidad para repetir la compra de películas Disney, y ello ha de tenerse en cuenta a la hora de desestimarla existencia de indemnización por clientela que no ha sido creada por Arkofoto, sino por la recurrida” (Tribunal Supremo de España - Sala de lo Civil 2008, 13).

Al respecto, sobre los contratos de distribución¹¹ se ha evidenciado en la jurisprudencia española la posibilidad de reconocer el concepto de “indemnización por clientela”, no obstante, se ha entendido que aquella no se presume sino por el contrario debe ser demostrada.

En consecuencia, una vez es probado el provecho recibido y la clientela generada en favor del distribuido, se entiende que procede la indemnización como el reconocimiento económico al distribuidor por haber generado la misma en beneficio del distribuido, esto a pesar de que el contrato se caracterice por la actuación independiente del distribuidor como es el caso de los contratos de los contratos de adquisición para reventa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que hay eventos en los cuales una vez finalice la relación contractual de adquisición para reventa, el distribuidor debe tener un reconocimiento por esa labor de creación de clientela en los siguientes casos: (i) la terminación del contrato por causas no imputables al distribuidor en un tiempo inferior al inicialmente acordado por las partes; y (ii) Cuando terminado el contrato por cualquier causa, existen plenas pruebas de que la clientela fue construida por el distribuidor.

En el primero de los casos, es evidente la procedencia del reconocimiento al distribuidor de la labor de creación de clientes, teniendo en cuenta que el contrato se termina prematuramente por causas no imputables al distribuidor. La razón de su procedencia parte de que el distribuidor usualmente hace estimaciones en relación con la viabilidad del negocio teniendo en consideración la duración del contrato acordado con el distribuido, y si ese tiempo es inferior, sin duda no se va a cumplir el tiempo requerido para recuperar la inversión inicialmente realizada por parte del distribuidor para la ejecución del contrato de adquisición para reventa.

Sin embargo, en este evento no basta con demostrar por parte del distribuidor la terminación anticipada del contrato por parte del distribuido sin justificación alguna, también se requiere demostrar que durante el periodo de vigencia del contrato el distribuidor efectivamente

¹¹ Debe recordarse que se debe entender distribución en el concepto amplio y no el que se ha desarrollado en Colombia a través de la concepción argentina que considera que considera el contrato de distribución como un contrato particular.

constituyó una clientela que beneficia al distribuidor aun cuando haya finalizado el contrato de adquisición para reventa.

En caso contrario, esto es, si aceptáramos únicamente que procede el reconocimiento por creación de clientela por el simple hecho de que se demuestre la terminación anticipada sin justificación contractual o legal alguna, estaríamos ante otro tipo de indemnizaciones que no están vinculadas a reconocer al distribuidor su esfuerzo de creación o constitución de una clientela que beneficia al distribuido, sino a reconocer la terminación anticipada sin causa justificante.

En el segundo caso, se considera procedente el reconocimiento al distribuidor, teniendo en cuenta que a pesar de la terminación de la relación contractual en el tiempo acordado, una vez finalice el mismo, el distribuido queda con posesión de toda la información y clientela interesada en el producto. Por lo tanto, si es demostrable que el distribuido fue quién desarrollo la clientela, deberá realizarse el respectivo reconocimiento económico y que puede tomar como parámetro para su cálculo las reglas establecidas en el contrato de agencia ante su similitud y por ser los dos contratos subtipos de distribución.

3.2.Importancia de la información sobre los clientes destinatarios de la “reventa”

Si bien los clientes son fundamentales para la operación económica de adquisición para reventa como se vio previamente, resulta pertinente también analizar dónde se encuentra recopilada la información de estos clientes, siendo las bases de datos el instrumento en donde generalmente se contiene este tipo de datos en relación con las personas interesadas en el producto o servicio del distribuido.

Como consecuencia de lo anterior, sobre la posibilidad de tener acceso a la información de la clientela o potencial clientela que hace parte del contrato de adquisición para reventa, surge la inquietud de a quién le corresponde o cuenta con el derecho de acceso a la misma.

Esto es relevante debido a que aquel sujeto o parte del contrato que cuente con este tipo de información de clientes o destinatarios finales de los bienes, se apropia de un activo determinante para desarrollar y garantizar la continuidad de la actividad económica, pues al contar con ella, se tiene la posibilidad de ajustar la logística y comercialización de los bienes, pudiendo producir oferta razonada, y en general, permitirá tomar mejores decisiones comerciales.

En el caso del distribuido, en razón a su calidad de productor o importador de los bienes (quien produce la oferta), la información de la clientela es de suma importancia al permitirle estimar la cantidad de bienes a producir y/o importar, realizar estadísticas sobre la clientela respecto a preferencias sobre determinados bienes que son ofrecidos al mercado por este, y en general, poder tomar mejores decisiones respecto de estrategias comerciales de cara al consumidor final o minorista.

Por su parte para el distribuidor, como beneficiario directo de la reventa lograda a los clientes, esta información es de alta importancia para su actividad económica, en la medida de que contar con información vinculada con los clientes y/o potenciales clientes de los bienes del distribuido, le permitirá tomar mejores decisiones al momento de establecer la cantidad de bienes a solicitar y/o adquirir del distribuido, atendiendo a que el distribuidor, como lo ha indicado la Corte Suprema, en su calidad de comprador de los bienes asume el riesgo de venta o no de estos productos¹² (Corte Suprema de Justicia 2021).

De esta manera, sobre el cuestionamiento relacionado con qué parte en este tipo de contratos es la que tiene derecho al acceso exclusivo de la misma atendiendo su relevancia en la operación económica especialmente al momento de su terminación, pueden surgir dos situaciones: (i) que las partes no estipularon nada respecto de este asunto en el contrato de distribución; o (ii) que las partes acordaron expresamente en parte o en su totalidad sobre este asunto en el contrato.

Sobre el primer evento¹³, nos encontramos con la ausencia de voluntad u omisión¹⁴ de las partes en manifestar expresamente el deseo en determinar quién cuenta con el acceso a la información de los clientes o potenciales clientes de la operación económica de comercialización, circunstancia que da origen a la discusión sobre qué parte del contrato de adquisición para reventa le corresponde el derecho de contar con el acceso exclusivo a la información respecto de las personas que se identifican como clientes o potenciales clientes.

Sin embargo, para responder esta inquietud de este primer evento, no puede afirmarse sin matices que el derecho sobre el acceso a la información de la clientela es de una de las partes del contrato o conjunta, por el contrario, este es un asunto casuístico que depende del contrato creado y desarrollado por las partes para determinada operación económica que tenía como fin principal el de distribuir a partir de la adquisición para reventa.

Esto además teniendo en cuenta que en materia de este tipo de contratos, no establece la normatividad colombiana más allá de la observancia de la regulación de datos personales, quién tiene derecho al acceso de las bases de datos durante la ejecución o la terminación de los mismos.

Pero antes de ahondar en esta afirmación, se debe tener presente que si bien las personas hablan coloquialmente de la propiedad de la información de los clientes o potenciales clientes, en Colombia de acuerdo con la legislación en materia de protección de datos personales establecido por la Ley 1581 de 2012, el único propietario de la información de las personas naturales es aquel sujeto de quien provienen los datos que son objeto de tratamiento, y que es identificado en la ley como titular de la información. Igualmente, en el caso de las personas jurídicas como lo señala la Sentencia C-748 de 2011, también se cobija

¹² No se debe olvidar que el riesgo de la actividad del distribuidor, no exime de responsabilidad al distribuido en materia de responsabilidad al consumidor de acuerdo con lo establecido en la Ley 1480 de 2012 y su normatividad reglamentaria.

¹³ En este punto se parte del supuesto de inexistencia de estipulación en el contrato y la imposibilidad de obtener acuerdos entre las partes posterior a la suscripción del contrato inicial sobre este asunto.

¹⁴ También se pueden presentar casos de inexistencia de las estipulaciones contractuales.

la protección de datos personales “cuando se afecten los derechos de las personas naturales que la conforman” (Corte Constitucional 2011, 164).

En esa misma línea, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC se ha pronunciado en Concepto 254135 de 2015, señalando que “la clientela no es apropiable, sino que está en constante movimiento de un oferente a otro” (SIC 2015, 7).

Por lo tanto, las partes en un contrato de adquisición para reventa cuentan con bases de datos¹⁵ donde se encuentra el acceso a la información de la clientela o potencial clientela, pero nunca contarán con la propiedad de información personal o la propiedad sobre la clientela per se¹⁶.

Una vez realizada esta aclaración, determinar qué parte en el contrato cuenta con el acceso a la información, debe determinarse a partir de unos criterios que permitan valorar en cada caso quién debería ser el que tiene acceso a este tipo de información en observancia de la normatividad existente, en aspectos como los datos personales.

Como consecuencia de lo anterior, ante diferencias sobre a quién le corresponde la información recolectada, los aspectos o cuestionamientos concurrentes a tener en cuenta bajo la consideración de este autor son: (i) quién es el creador y en consecuencia responsable de la base o bases de datos; (ii) cuál ha sido su modificación durante la ejecución del contrato y quién la ha realizado cuando esto ha sucedido; (iii) el objetivo de tener acceso a esa información; y (iv) la utilidad de esa información para las partes dependiendo de la etapa contractual en la que se solicita su acceso.

A continuación, una breve explicación sobre los mismos:

(i) quién es el creador y en consecuencia responsable de la base o bases de datos

Sobre la identificación del creador de la base de datos, es un aspecto importante a evaluar en una disputa, pues si existe claridad de quién ha obtenido o recolectado la información de los clientes y consecuentemente es el responsable¹⁷ en los términos de la Ley 1258 de 2012, esto finalmente permite evidenciar o dar mayor claridad de quién ha realizado los esfuerzos y gastos (tiempo, dinero, etc) para construir la información de los clientes, y por lo tanto, aquel que debería tener acceso a esa información.

Vale la pena resaltar que el hecho de contar con la calidad de responsable o creador, no implica que sea el único aspecto determinante para entender que alguien ha aportado esfuerzos para su elaboración, sin embargo, si es un punto de partida para definir a quién le debería corresponder el acceso a la misma.

¹⁵ El literal c del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 define la base de datos como el “Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento”.

¹⁶ Remitirse a la nota al pie No. 9 en donde se expone un comentario en relación con este asunto.

¹⁷ Según la Ley 1581 de 2012, existe un responsable del tratamiento de la información, y por lo tanto, se deben seguir los lineamientos establecidos en la mencionada regulación para obtener la expresa autorización por parte del titular de los datos que permita utilizar la información de la persona e igualmente pueda compartirse con terceros.

(ii) cuál ha sido su modificación durante la ejecución del contrato y quién la ha realizado cuando esto ha sucedido

En línea con el anterior elemento, se considera destacable identificar si la información compilada de clientes se ha modificado, esto es si se ha incluido mayor¹⁸ cantidad de clientes en el tiempo de vigencia del contrato, o por el contrario esta se ha mantenido sin alteraciones. Esto se considera importante, pues en caso de efectivamente existir modificaciones a la misma, implica que por la ejecución del contrato se ha visto la necesidad de alterar la información compilada, siendo necesario identificar quién las ha realizado y/o propuesto, pues no únicamente el responsable necesariamente es el autor de la creación o modificación de información de una base de datos de clientes.

(iii) el objetivo de tener acceso a esa información

Adicional al anterior elemento, definir cuál es el propósito de obtener la información por cada una de las partes, permite definir la relevancia para cada una de ellas y las consecuencias o afectación en la que incurrirían en caso de decisiones relacionadas con la no posibilidad de acceder a ella, situación que llevaría a analizar la procedencia de reconocimientos económicos indemnizatorios.

(iv) la utilidad de esa información para las partes dependiendo de la etapa contractual en la que se solicita su acceso

Por último, evaluar la utilidad de esa información para las partes dependiendo de la etapa contractual en la que se solicita su acceso, es determinante a la hora de definir a quién le corresponde el acceso de la misma¹⁹.

Lo anterior, teniendo en cuenta que dentro de la etapa de ejecución del contrato, necesariamente el distribuidor debe contar con acceso a esta información, pues las personas que contienen las mencionadas bases de datos son aquellas destinatarias de la actividad de reventa, y en caso de no contar con ella, no se tendría la posibilidad de obtener los destinatarios de los bienes objeto de distribución. En cambio, si estamos en la etapa de terminación del contrato, la información no afectaría el desarrollo del contrato dada su evidente finalización.

Atendiendo estos cuatro aspectos, se considera que es posible definir a qué parte le corresponde acceder a la información de la clientela o bases de datos en la etapa de ejecución o terminación, existiendo la posibilidad de que su posesión sea conjunta o por el contrario que únicamente le corresponda a una de ellas, y existiendo inclusive la posibilidad de que se

¹⁸ Solo se habla de mayor información recolectada en las modificaciones, pues si la información se redujo, con el criterio (i) sería suficiente identificar quién ha realizado los esfuerzos para la creación de la base o bases de datos.

¹⁹ Por ejemplo, para definir si durante la etapa de ejecución el distribuido tiene derecho a acceder a la información, se pueden considerar hechos como que aquel es creador de esta información o aportó la información de clientela para la ejecución del contrato, y desea valorarla para un propósito legítimo en relación con el contrato celebrado, todo esto dentro del marco del principio de buena fe.

presenten casos de indemnización por la información de la clientela²⁰ en favor de quien no va a tener acceso a ella.

3.3. Acuerdos entre las partes sobre el acceso la información de los clientes destinatarios de la “reventa” en los contratos de adquisición para reventa

Una vez expuestos los criterios que se consideran necesarios a tener en cuenta ante la ausencia de acuerdo contractual entre las partes en materia de acceso a la información de los clientes, es claro que el mejor escenario para evitar inconvenientes de interpretación son las estipulaciones expresas de este asunto en el contrato.

Es así como nos encontramos ante la segunda posible situación en este tipo de contratos, que parte de la estipulación expresa de las partes en manifestar quién tiene derecho al acceso de la misma en el contrato.

De esta manera, cuando existe un acuerdo entre las partes, debemos partir de las estipulaciones contractuales establecidas por ellas siempre y cuando no contraríen las disposiciones de orden público.

Lo anterior, parte de lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, donde se regla que aquella estipulación realizada por las partes será obligatoria para ellas, siempre y cuando no sea invalidada por ellas o por razones legales.

Sumado a lo arriba descrito, en lo relacionado con la autonomía de la voluntad de las partes que da origen a las estipulaciones contractuales, surge una limitación como lo señala la Sentencia C-186 de 2011 a saber:

“la autonomía de la voluntad puede ser limitada en aras de proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales (...)” (Corte Constitucional de Colombia 2011, 53).

Partiendo de lo antes citado, las estipulaciones contractuales son viables en este tipo de contratos, pero cuentan con la condición obligatoria de no vulnerar el orden público o derechos fundamentales, siendo entonces este el límite a lo que las partes convengan en relación con la información de la clientela tanto en la etapa de ejecución como al momento de finalización del contrato celebrado.

Otro aspecto que también debe ser tenido en cuenta por las partes, son las disposiciones generales para la protección de datos personales establecidas en la Ley 1581 de 2012 y sus

²⁰ Cuando le corresponda a una de las partes el acceso de la información correspondiente a la base de datos de los clientes o potenciales clientes, existe la posibilidad de que se presenten casos de indemnización por clientela en favor del distribuidor si la información es de mayor utilidad práctica para el distribuido, o la posibilidad de indemnización por clientela a favor del distribuido si aquella información es de mayor utilidad para el distribuidor. En todo caso, este asunto es independiente y diferente a la indemnización señalada en el punto 3.1., en donde se indicaba la posibilidad de indemnización al distribuidor por el esfuerzo de creación de clientela bajo unos supuestos.

Decretos Reglamentarios 1377 de 2013 y 886 de 2014 (incorporados en el Decreto 1074 de 2015), que implican contar con las respectivas autorizaciones de los titulares para el tratamiento de datos e igualmente los reportes de bases de datos a la Superintendencia de Industria y Comercio²¹.

Por lo tanto, al momento de realizar estipulaciones contractuales en materia de acceso a la información de la clientela o potencial clientela, deberán observarse principalmente los asuntos de habeas data, derechos fundamentales y orden público, pues en caso contrario, los acuerdos surgidos dentro del marco de la autonomía de la voluntad de las partes podrían ser nulos ante la vulneración de normas imperativas, sumado a las posibles sanciones administrativas que pueden llegar a proceder por vulnerar materias reguladas como la protección de los datos personales.

4. Conclusiones

Este artículo ha intentado perseguir el propósito primordial de abrir debates que se consideran necesarios sobre el contrato identificado en Colombia como contrato de distribución y definido por este escrito como contrato de adquisición para reventa.

Partiendo de esta línea, con el respeto a la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia y el derecho argentino que han permeado nuestra jurisprudencia, fue criticada la posición que considera el contrato mal llamado de distribución como un contrato particular, cuando como lo indicamos, este tipo de contratos se ajusta más a la posición francesa que lo entiende como un contrato marco (“contrat-cadre”) de todos los contratos de intermediación en el comercio, sin la existencia de un tipo específico que se denomine contrato de distribución en sentido estricto.

Partiendo de lo anterior, surgen dos consideraciones de gran calado: la primera de ellas es que el contrato de adquisición para reventa no es un contrato atípico, sino que por el contrario es un contrato típico de segundo nivel que adopta particularidades que implican que, a pesar de ajustarse en lo fundamental a las reglas amplias del suministro, cuenta con unas características específicas adicionales que se justifican por la operación económica desarrollada consistente en la adquisición para posterior reventa de los bienes del distribuido por parte del distribuidor.

En segundo lugar, se propuso en este escrito que el Código de Comercio debería adoptar un Título que cobije una definición muy amplia de la distribución (entendido bajo la concepción amplia o general adoptada en el derecho Francés), incluyéndose en él los diferentes subtipos o contratos típicos de primer o segundo nivel y los no regulados que hacen parte del grupo de contratos relacionados con la comercialización a través de terceros, contratos como el contrato de agencia, el de concesión o el contrato de adquisición para reventa.

Por otro lado, se señalaron los eventos en los cuales se considera que una vez finalice la relación contractual de adquisición para reventa, el distribuidor debe obtener un

²¹ Se debe recordar que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera cuentan con otras obligaciones de reporte especiales dada la sensibilidad de la información financiera y los reportes en centrales de riesgo.

reconocimiento por esa labor de creación de clientela en beneficio del distribuido, como son la terminación del contrato por causas no imputables al distribuidor en un tiempo inferior al inicialmente acordado por las partes, o cuando terminado el contrato por cualquier causa, existen plenas pruebas de que la clientela fue construida por el distribuidor.

Asimismo, no queda discusión que en el contrato de adquisición para reventa la información de los clientes o potenciales clientes es fundamental para el desarrollo de la distribución, convirtiéndose un punto fundamental al momento de la terminación del contrato.

Partiendo de lo anterior, el cuestionamiento relacionado sobre a quien le corresponde el acceso a este tipo de información contenida en bases de datos durante la ejecución del contrato y su terminación, en los eventos en que no se haya acordado válidamente por las partes en el contrato, debe resolverse en cada caso particular a quién le corresponde, pero partiendo de los cuatro criterios propuestos que a la luz del autor permitirán lograr una decisión en cada caso concreto los cuales son: (i) quién es el creador y en consecuencia responsable de la base o bases de datos; (ii) cuál ha sido su modificación durante la ejecución del contrato y quién la ha realizado cuando esto ha sucedido; (iii) el objetivo de tener acceso a esa información; y (iv) la utilidad de esa información para las partes dependiendo de la etapa contractual en la que se solicita su acceso.

Referencias Bibliográficas

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles: Contratos atípicos Séptima edición actualizada. Editado por Editorial Legis Editores S.A., 2012.
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El contrato de agencia mercantil. Editado por Librería Temis Editorial, 1984.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 84 de 1873: Por el cual se expide el Código Civil (Diario Oficial 2867 1873).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de 1979: Por la cual se dictan Medidas Sanitarias (Diario Oficial 35308 1979).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 256 de 1996: Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal (Diario Oficial 42692 1996).
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1581 de 2012: Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales (Diario Oficial 48587 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (el 16 de marzo de 2011).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-186-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (el 6 de octubre de 2011).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-748-11.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala de Casación Civil. Sentencia CSJ SC, 22 oct. 2001, rad. 5817. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles (el 22 de octubre de 2001).
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/S-22-10-2001-5817.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala de Casación Civil. Sentencia CSJ SC, 13 may. 2014, rad. 5851-2014. M.P. Margarita Cabello Blanco (el 13 de mayo de 2014).
<https://vlex.com.co/vid/-518965303>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala de Casación Civil. Sentencia CSJ SC, 30 sep. 2015, rad. 13208-2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez (el 30 de septiembre de 2015).
[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bsep2015/SC13208-2015%20\(2004-00027-01\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bsep2015/SC13208-2015%20(2004-00027-01).doc)
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Sentencia CSJ SC, 23 jun. 2021, rad. 2498-2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona (el 23 de junio de 2021).

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/07/SC2498-2021-2014-00139-01.pdf>

Etcheverry, Raúl Aníbal. Derecho comercial y económico: Contratos Parte especial 1 2ª reimpresión. Editado por Editorial Astrea, 2001.

Farina, Juan M. Contratos comerciales modernos: Modalidades de contratación empresarial 3ª edición actualizada y ampliada. Editado por Editorial Astrea, 2005.

Presidente de la República Colombia. Decreto 410 de 1971: Por el cual se expide el Código de Comercio (27 de marzo de 1971).

Presidente de la República Colombia. Decreto Reglamentario 1377 de 2013: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012, Derogado Parcialmente por el Decreto 1081 de 2015 (el 27 de junio de 2013).

Presidente de la República Colombia. Decreto Reglamentario 886 de 2014: por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, relativo al Registro Nacional de Bases de Datos (el 13 de mayo de 2014).

Presidente de la República Colombia. Decreto 1074 de 2015: Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (el 26 de mayo de 2015).

Real Academia Española - RAE. Diccionario de la lengua española vigesimotercera edición. Consultado el 26 de marzo de 2022. <https://dle.rae.es/>

Ribeiro Oertel, Roberta. Le contrat international de distribution en droits français et brésilien. Trabajo de Doctorado en Derecho Internacional. Universidad de Strasbourg; Universidad de São Paulo. 2014. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01585557/document>

Senado de la República de Colombia. Exposición de Motivos de la Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 1994 de la Ley 256 de 1996: Por la cual se dictan normas sobre Competencia Desleal (1994).

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 254135 de 2015 (el 5 de noviembre de 2015). <https://app.vlex.com/#/vid/792379965>

Union Francaise Du Commerce Chimique - UFCC. Guide UFCC contrats et droit de la distribution, 2012. Union Francaise Du Commerce Chimique – UFCC v1 (2012). <https://www.ufcc.fr/wp-content/uploads/2020/07/Guide-UFCC-Contrats-et-droit-de-la-distribution.pdf>