



Acerca de la homogenización de contratos internacionales*

About the homogenization of international contracts

JORGE FLÓREZ GACHARNA*

Fundación Universidad Autónoma de Colombia (FUAC)

RESUMEN

Con ocasión del proceso de internacionalización y globalización de la economía iniciado en la década de los noventa y la promulgación de la Constitución de 1991, con este ensayo se pretende señalar la trascendencia de la tutela de los derechos del consumidor, y la producción y aplicación de normas sobre libre comercio dentro de un contexto de equilibrio para que la oferta de bienes y servicios, por parte de las empresas, mantenga el favor de los consumidores con garantía de precio y calidad, respetando los derechos fundamentales en el marco de una legalidad internacional basada en el respeto a la soberanía de las naciones.

PALABRAS CLAVE: orden político, económico y social justo. Iniciativa privada. Libertad económica. Libre competencia. Libertad de empresa.

Fecha de recepción: 31/01/2011

Fecha de aceptación: 23/02/2011

ABSTRAC

On the occasion of the internationalization and globalization of the economy initiated in the nineties and the promulgation of the 1991 constitution, this essay is to point out the significance of the protection of consumer rights and the production and application of standards free trade within a context of balance for the supply of goods and services by companies to maintain the favor of consumers in price and quality guarantee respect for fundamental rights in the framework of international law based on respect the sovereignty of nations.

KEYWORDS: Political, economic and social right. Private initiative. Economic freedom. Competition. Free enterprise.

* Artículo basado en las investigaciones que adelanta en el campo del Derecho procesal, con ocasión de los congresos internacionales en los que participa como ponente.

** Profesor de Derecho procesal. Investigador y miembro de los institutos Colombiano, Panamericano e Iberoamericano de Derecho procesal. jflorezgacharna@hotmail.com



1. Introducción

Cuando estamos próximos a celebrar cuarenta años de vigencia del Código de comercio colombiano y veinte de la Constitución Política de 1991, viene bien hacer algunas consideraciones acerca del tema que nos ocupa en momento en que la globalización y la internacionalización de la economía permiten observar permanentes contradicciones entre la realidad social y el derecho codificado.

En época de posguerra mundial y de vigencia de una violencia interna de un siglo de existencia, se construye en Colombia el Estado Social de Derecho con la proclama de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana¹ dentro de un marco jurídico, democrático y participativo garantizador de un orden político, económico y social justo.

En ese marco si bien la actividad económica y la iniciativa privada son libres, encuentra límites en el bien común con la constitucionalización de la libre competencia económica como un derecho de todos; la empresa, como base del desarrollo, con una función social que implica obligaciones, y, un Estado que, por mandato constitucional y legal, debe fortalecer las organizaciones solidarias, estimular el desarrollo empresarial e impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica

evitando o controlando el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado Nacional².

Instituciones como la Corte Constitucional Colombiana, en relación con el tema, han señalado políticas de especial importancia que están orientadas hacia una precisión en los conceptos de libertad económica; libre competencia económica; libertad de empresa; libre empresa y los fines de la intervención del Estado en la economía, entre otros³.

Por lo anterior, el derecho mercantil está llamado a ensamblar dentro de tal contexto sus técnicas y normas reguladoras; con mayor razón cuando en lo internacional gran parte de las instituciones mercantiles se vienen adaptando de las prácticas del *common law*.

Se hace necesario, por otra parte, asumir que el sistema mercantil mundial contemporáneo, desde el ángulo histórico, se caracteriza por su contenido, su forma y su dinámica global constituyendo, al decir de los especialistas, un imperio que no puede compararse con ningún otro, que se enfrenta a la diversidad del mundo dado que su origen reside en el hecho de una legitimidad democrática fundamentada en la “libre competencia”, de múltiples capitales y en una oposición asumida entre clases y grupos sociales⁴.

1. COLOMBIA. *Constitución política*. Preámbulo.

2. COLOMBIA. *Constitución Política*. Art. 33; ley 256/1996 sobre competencia desleal; ley 1340 de julio 24/2009, por medio de la cual se establecen normas en materia de protección de la competencia.

3. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias C-616 de 2001; T- 419/92, T- 475/92; C- 040/93; T- 028/94; T-291/94; C-624 /98; C-333/99; C-32/2000; C- 697/2000; C-586/2001 y C- 616/2001.

4. NAIR, SAMI. *El Imperio frente a la diversidad del Mundo*. Plaza y Janes. Trad. Sara Barceló y María Cordón. Areté. Primera edición 2003; pág. 273 y siguientes.



Desde otra perspectiva, se afirma que la democracia moderna en el sistema mercantil descansa en sujetos sociales legalmente libres y con los mismos derechos y deberes, aunque de hecho no lo sean, y que en ellos radica su superioridad sobre todas las formas de regímenes precedentes la cual sustenta la soberanía en el ámbito nacional.

En el momento histórico que vivimos, todas las esferas de la actividad humana están penetradas por las relaciones sociales capitalistas, lo cual como imperio mercantil no tiene límites; sin embargo nada obsta para pensar que el sistema deba estar regulado por normas de transparencia, señalando los sectores de la actividad humana que no pueden ser mercantilizables como acontece con la satisfacción de las necesidades básicas (el agua, la educación, la salud) y la protección ambiental frente a la depredación mercantil.

Es importante, entonces, que los juristas tomen conciencia de las relaciones de poder actualmente vigentes en las que el multilateralismo ha cedido ante el poder unilateral. No se desconoce que desde Europa cualquier compromiso institucional elaborado en el seno de la Unión Europea supone un acuerdo de los tres grandes Estados que dominan, como son: Alemania, Francia y Gran Bretaña que, con mucha libertad, pueden oponerse a las pretensiones organizadoras del mercado, ni que existen otros en el mundo asiático (China, India) o en Latinoamérica (Brasil) que persiguen en el presente siglo una mayor influencia aunque no puedan imponerse a los gigantes de la Unión Europea y Japón y, naturalmente, Estados Unidos.

En conclusión podemos decir que la clave de este siglo XXI es despejar la incógnita de cómo fundar una sociedad universal de iguales cuando, en un

mundo desigual debido a la estructura mercantil, existe un unilateralismo que tiende a radicalizar esa desigualdad.

Algunos sectores opinan que debe modernizarse la ONU asegurando un poder real a la norma de la mayoría, o sea otorgando a la Asamblea General un auténtico poder de control sobre el Consejo de Seguridad, al igual que la OMC sobre la base de un “bien común universal” como muestra del poder de la comunidad de las naciones, de la misma manera que el FMI y el BM sean organismos auténticamente multilaterales que garanticen la regulación estructural del sistema económico mundial, cuando el mundo tiene más de seis mil millones de habitantes, o sea cuatro veces más que a comienzos del siglo XX, teniendo en cuenta que durante los últimos diez años del siglo pasado, la población mundial aumentó aproximadamente en más de mil millones de personas.

De esta forma, con una protección efectiva de los derechos humanos en el marco de una legalidad internacional basada en el respeto a la soberanía de las naciones, podría ser eficaz un sistema mercantil.

La carta política colombiana vigente desde 1991, al regular los derechos colectivos y del ambiente, en el capítulo tercero, manda que la ley regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización, haciendo responsables a quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, garantizando la organización de consumidores y usuarios.



**La clave
de este
siglo XXI
es despejar
la incógnita
de cómo
fundar una
sociedad
universal
de iguales**

Con anterioridad la ley de facultades extraordinarias 73 de 1981 había autorizado la expedición del decreto 3466 de 1982 o estatuto del consumidor que se constituyó en un cuerpo normativo que, por primera vez, fue destinado al tratamiento de ciertos aspectos vinculados a la regulación y protección de los consumidores.

En tal estatuto se definió al consumidor como “toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades” (artículo 1º, literal C), noción que, a primera vista, abarca todos los tipos de personas y de bienes, sin distinción alguna, a la par que introduce un ingrediente asociado a la finalidad de la “adquisición, utilización o disfrute”, del bien o servicio, esto es, que con ella se persiga, “la satisfacción de una o más necesidades”.

Aunque en la definición anotada no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, a deducir que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conformen la categoría de consumidores y que, por tal motivo a ellos indiferentemente se apliquen las normas especiales por cuanto el estatuto está destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio⁵.

Igualmente el estatuto aludido define las nociones de productor, proveedor o expendedor haciéndolos sujetos de indemnización de perjuicios en forma solidaria, de la misma manera que prevé las tradicionales pretensiones redhibitorias y

5. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil. Sent. 1999-04421-01, mayo 3/2005. M. P. Julio César Valencia.



quantiminoris, que incluyen la indemnización de daños y perjuicios, consagrando la figura de la garantía mínima presunta y otorgando a los consumidores el derecho a exigir la asistencia técnica indispensable para la utilización de los bienes, su reparación y el suministro de repuestos necesarios para el último efecto, agregando que siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al consumidor por los gastos y costos que implique la reparación por fallas en la calidad o en la idoneidad del bien, ni por el transporte o acarreo de éste para su reparación y devolución al consumidor, todos los cuales correrán por cuenta del proveedor o expendedor.

En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás, el consumidor puede solicitar que se obligue al proveedor o expendedor a hacer efectiva la garantía o a cambiar el bien por otro o, desistir de la compraventa del bien o servicio, con indemnización de perjuicios⁶.

Finalmente el artículo 88 de la carta política al regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, manda que la ley defina los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Visto lo anterior y a manera de síntesis podemos afirmar que los efectos propios de la segunda posguerra, en el ámbito mundial, comprenden una nueva dimensión de la sociedad, con nuevas opciones políticas como la participación con el advenimiento de nuevos valores, considerados posburgueses como acontece con el interés por el ambiente y la calidad de vida en general.

Como hemos señalado en otra oportunidad⁷ tales intereses han desbordado, de modo fundamental, la categoría entre intereses privados individuales y formalmente iguales y el interés general, ontológicamente diversos de aquellos, como pura ficción jurídica, acuñada en el siglo XIX e incapaz de explicar las relaciones jurídicas cada vez más complejas que comunican el poder público con los administrados.

No en vano se afirma que el problema de la participación es típico del capitalismo tardío y que se trata de una manifestación de la crisis de las sociedades neocapitalistas avanzadas que va ligado a la problemática del ESTADO SOCIAL en sus diversas interpretaciones.

2. Los contratos típicos y atípicos en el derecho colombiano

Desde el punto de vista económico la contratación atípica tiene su fundamento en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesi-

6. FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. Algunos problemas de la protección al consumidor en Colombia. En: *Derecho Procesal Moderno*. 1ª edición, 1988. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Biblioteca jurídica Diké, págs. 283 y siguientes.

7. FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. Intereses difusos e intereses colectivos. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 33, 2007, págs. 201 y siguientes.



dades contemporáneas al lado de los cambios y el desarrollo económico.

En Colombia la autonomía privada como realización de la libertad contractual también es reconocida en el artículo 4° del Código de comercio, que solo está sometida a las normas de carácter imperativo con las limitantes de la norma constitucional que determina, entre los deberes de la persona y del ciudadano, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios⁸.

En una sociedad pobre, afirma la Corte Constitucional, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejor dotados. La filosofía moral que subyace al ordenamiento jurídico emerge con fuerza normativa vinculante cuando la Constitución faculta a las autoridades para exigir del individuo la superación del egoísmo mediante el cumplimiento de sus deberes y obligaciones⁹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde el año de 1938¹⁰ ha determinado que:

las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos, y, a título complementario por el arbitrio judicial en el entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes

dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador.

El fundamento legal descansa en el artículo 8° de la ley 153 de 1887 que autoriza aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina Constitucional y las reglas generales del derecho, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, pese a lo cual autorizados doctrinantes censuran el término “arbitrio judicial”, porque a su entender esta figura no puede constituir norma de los actos jurídicos y contratos de cualquier clase.

De otra parte, los tratados o convenciones internacionales ratificados por el Congreso de la República, en materia mercantil se hallan en la normativa como lo señala el artículo 7° del Código de comercio, en tanto que los que no tienen fuerza de ley, pero recogen experiencia internacional provechosa para llenar vacíos constituyen una fuente de unificación internacional igual que la costumbre internacional y los principios generales del Derecho mercantil.

Con estos elementos de juicio procederemos a desarrollar los temas propuestos.

3. Contrato de mandato comercial

Según la ley mercantil colombiana, por medio de este contrato una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta

8. COLOMBIA. *Código de Comercio*. Artículo 4°; Constitución Política, Artículo 95.1.

9. COLOMBIA. Corte Constitucional, Sent. T- 532, septiembre 23/92. M. P. Eduardo Cifuentes.

10. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31 de mayo/1938. G.J., T.XLVII, pág. 570.



de otra, con o sin representación, y comprende los actos para los cuales fue conferido y los que sean necesarios para su cumplimiento, todo lo cual se sujeta a una remuneración que puede ser estipulada o usualmente utilizada en este género o, en su defecto, determinada pericialmente¹¹.

Cuando el mandato se confiera a varias personas, cada mandatario puede obrar separadamente, pero una vez cumplido por uno de estos, debe el mandante notificar del hecho a los demás so pena de indemnizar; si los mandatarios deben obrar conjuntamente, serán solidariamente responsables con el mandante. Se puede pactar la irrevocabilidad del mandato.

• Indemnización

En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause. Si el poder lo han otorgado varios, sólo pueden revocarlo todos, excepto que haya justa causa. La revocatoria del mandato producirá efectos a partir del momento en que el mandatario tenga conocimiento de ella, sin perjuicio de que si el mandato expira por causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante quedando obligado éste, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo

haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe, pero en tal evento tendrá derecho a que el mandatario lo indemnice¹².

• Características

Es esencialmente consensual aunque el negocio gestor se halle sometido a formalidades para su materialización.

Puede ser con o sin representación. Si se da la última se torna accesoria y, por consiguiente, para que se presente se requiere de otro acto jurídico anexo al mandato llamado representación, por cuya razón cuando se habla de éste se alude a la coexistencia de dos actos jurídicos, mientras que para el primero solo se entiende que se ha celebrado un contrato de mandato y por tanto el mandatario obra por cuenta ajena, pero a nombre propio porque carece, frente al tercero, de esa facultad de representación.

• Remuneración del mandato

Es por naturaleza remunerado. Si el mandato termina antes de la completa ejecución del encargo, el mandatario tiene derecho a una remuneración proporcional teniendo en cuenta el valor por cumplimiento total y el servicio que fue prestado. Si se adelantó la retribución el mandante tiene derecho a un reembolso proporcional¹³.

11. COLOMBIA. *Código de comercio*. Artículos 20.6.19, 824 y SS, 864; 1262, 1263, 1264; *Código civil* 2141 y SS.

12. COLOMBIA. *Código de comercio*. Artículos 820, 830, 843, 1264, 1279, 1280, 1281, 1282; *Código civil* 2184.3, 2199.

13. COLOMBIA. *Código de comercio*. Art. 1264.



Finalmente, si ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero, solo podrá renunciarlo el mandatario por justa causa so pena de indemnización de perjuicios, al mandante o al tercero que ocasione la renuncia abusiva.

4. Contrato de comisión

Se trata de una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena. La ley colombiana establece una presunción a través de la cual, en el evento de que hecha la propuesta a quien públicamente ostenta el carácter de comisionista, no la rehúsa dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le hace la propuesta, permite inferir que el comisionista la ha aceptado.

Si esta no avisa su rechazo, ni existe causa legal para ello, debe responder de los daños sobrevinientes y, pese a rehusar, debe realizar las diligencias indispensables para conservación de los efectos que el comitente le haya remitido hasta proveer nuevo encargado. Este evento no se interpreta como aceptación de la comisión.

Si el comisionista no verifica oportunamente la cobranza de los créditos o no usa los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los perjuicios que causen su omisión o tardanza¹⁴.

• Derecho de retención

El comisionista podrá retener las mercaderías o su producto para que se le pague preferentemente anticipaciones, intereses, costos y comisión en caso de que las mercaderías se remitieren de una plaza a otra; fueren entregadas real o virtualmente al comisionista, entendiéndose por lo primero, en sus almacenes o en ajenos o en cualquier otro lugar público o privado y, por lo segundo, la carta de porte o un conocimiento a la orden o al portador¹⁵.

• Terminación del contrato

Se presenta por muerte o inhabilidad del comisionista. La muerte del comitente no le pone fin. Es de relieves que para la compra y venta de valores inscritos en bolsa solo pueden ser comisionistas los miembros de una bolsa de valores, hoy regulado por norma especial¹⁶.

• Características

Se trata de una relación de simple mandato en el que el comisionista actúa siempre en su propio nombre y nunca a nombre del comitente porque si así fuera se desvirtúa la comisión.

Las relaciones de los comisionistas con los terceros se determinan de conformidad con el contrato que realice con ellos, quienes no pueden exigir

14. COLOMBIA. *Código de comercio*. Arts. 1287, 1288, 1300.

15. COLOMBIA. *Código de comercio*. Art. 1302.

16. COLOMBIA. *Código de comercio*. Art. 1304. *Decreto ley 1172/80*, art. 30.



al comitente el cumplimiento de prestaciones incumplidas por el comisionista por cuanto aquel es un tercero extraño en las relaciones jurídicas que haya efectuado el comisionista, como tampoco el comitente puede exigir a los terceros responsabilidad alguna.

Con todo, el comisionista está obligado a transmitir al comitente los resultados económicos y jurídicos de su gestión.

5. Contrato de agencia comercial

En los términos del artículo 1317 del Código de comercio, por medio de esta figura un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

Se trata de una figura diferente al contrato de concesión, que luego explicaremos, por cuanto se estructura para funciones económicas distintas aunque pueden coexistir coetáneamente.

Con la agencia mercantil se pretende conquistar un mercado por parte del agente a favor del productor con la modalidad de distribuir los productos del empresario, adquiriéndolos o no en propiedad, mientras que la concesión, como se verá, si bien pretende conquistar mercado, también tiende a asegurar el servicio de postventa y regular los precios finales del producto.

En algunos países como España, se delimita la agencia indicando que a través de ella el agente vende por cuenta y a nombre del empresario, lo que lo asemeja con el mandato. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia Francesa para distinguirla del concesionario que compra productos para su reventa¹⁷.

En Colombia, como se observa, se supera la concepción del mandato en la medida en que el concesionario tiene más amplias obligaciones que el agente comercial, por cuanto el primero compra los productos para revenderlos pese a que en ningún momento el concesionario puede obrar desconociendo el interés, del concedente, así actúe en su propio interés como se infiere del contenido de las cláusulas más frecuentes de esos contratos en cuanto se refiere al mantenimiento, búsqueda y creación de clientela para un producto de marca; para el servicio de mantenimiento en la posventa; para acreditar el producto frente al público; la obligación de vender respetando las tarifas impuestas; la obligación de asegurar y participar en ciertos gastos de publicidad; el deber de no distribuir productos de la competencia; la obligación de vender ciertas cantidades mínimas para mantener la concesión.

• Características

Es un contrato entre empresarios mercantiles con lo cual se da a entender que el agente es autónomo dado que no existe subordinación respecto del empresario.

17. ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos mercantiles*. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1987, pág. 372-375.



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

Es un contrato de duración para garantizar la estabilidad del agente por oposición a los contratos de ejecución instantánea y de duración transitoria, lo que también lo distingue de las figuras de la comisión y el corretaje.

Su objeto es la promoción o explotación de negocios dentro de un determinado ramo y zona prefijada del territorio Nacional.

La actividad del agente admite diversas modalidades.

En efecto, el agente no tiene que realizar acto jurídico alguno dado que su actividad puede agotarse con la simple promoción, teniendo como radio de acción la cantidad de productos que venda o fabrique el empresario y que hayan sido acordados en el contrato de agencia.

Es oportuno afirmar que en Colombia este contrato constituye una figura típica que goza de una naturaleza compleja porque asemeja su estructura a otras figuras contractuales y coexiste con muchas otras. Sigue de cerca la legislación italiana aunque para ésta tal contrato no está ubicado dentro del mandato, como si lo están la comisión y la preposición.

Se da a entender entonces que la agencia en el derecho Colombiano está incluida dentro del título del mandato.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁸ en sentencia de diciembre 2 de 1980, dentro del proceso de Eduardo González contra Icopinturas S.A. expresó que: “quién distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una

18. *Jurisprudencia y Doctrina*. Revista mensual. Enero 1981. Tomo 10, número 109, pág. 73.



determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios”, lo cual puede significar que los encargos incompatibles con el mandato no pueden ser agencia mercantil pese a lo expresado en el artículo 1317 del C.Co. arriba indicado; que se ignora la posibilidad de que ser fabricante o distribuidor, fuera del encargo de promoción o explotación, también constituye una alternativa para el agente que le otorga la misma ley mercantil.

Con otras palabras, hemos de afirmar que en la ley colombiana se alude a la distribución de productos, sin que estos deban ser de propiedad del empresario y que no pueden ser del agente.

Consideramos que de acuerdo con aquella definición, para que se presente la figura de la agencia basta que el agente reciba el encargo de un empresario de conquistar un mercado para sus productos, sin importar que al momento de consumir los negocios con los terceros, ellos sean del empresario o del agente.

Por último, el artículo 1330 del Código colombiano autoriza llenar los vacíos que se presenten en la regulación del contrato de agencia con las normas del mandato y el suministro. Por lo primero, bien puede ser con o sin representación realizándolo en este último evento, frente a terceros, a nombre propio. Por lo segundo, porque en aquellos supuestos en que existe relación de cambio entre empresario y agente, éste actúa como distribuidor de los productos elaborados por el primero.

• Terminación

La agencia comercial en la legislación colombiana termina, según lo dispuesto en el artículo 1324 del Código de comercio, por las mismas causas del mandato, evento en el cual el agente mercantil tiene 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 menor¹⁹.

Además de lo anterior, cuando el empresario revoque o lo dé por terminado unilateralmente, 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 aplica cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto²⁰.

19. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sent. C-990/06. M.P. Álvaro Tafur. CSJ. Cas. Civ. Sent. 7504 de 28 feb. de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

20. COLOMBIA. *Código de comercio*. Artículos 829, 1279 SS, 1281, 1283 a 1285, 1308, 1325, 1327; *Código civil*, artículos 16, 1613 y SS.



- **Justas causas para terminar el contrato de agencia mercantil**

Dispone el artículo 1325 del estatuto mercantil que son justas causas para terminar el contrato por parte del empresario: a) el incumplimiento grave del agente en obligaciones contractuales y legales; b) cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario; c) la quiebra o insolvencia del agente; d) la liquidación o terminación de actividades.

En relación con el agente son justas causas: a) el incumplimiento del empresario a sus obligaciones contractuales o legales; b) cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; c) la quiebra o insolvencia del empresario; y, d) la terminación de actividades.

- **Derecho de retención**

Es de observar que el agente tiene derecho a retener los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de la misma; de igual manera cuando termine el contrato por causa justa provocada por el empresario éste deberá pagar indemnización en los términos arriba mencionados.

Es de especial mención, porque ha llamado la atención a los comparatistas, la disposición según la cual, para todos los efectos los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio

nacional quedan sujetos a las leyes colombianas advirtiendo que toda estipulación en contrario se tiene por no escrita²¹.

6. Los contratos de concesión mercantil

La concesión mercantil aparece en el escenario jurídico como una alternativa para conquistar y mantener mercados; tuvo sus inicios entre comerciantes e industriales norteamericanos, en el campo de los automóviles y de las gaseosas, que a finales del siglo XIX y principios del XX concedieron licencia a los agentes distribuidores y a las embotelladoras, tratando de organizar una red de distribuidores para el efecto, lo que les permitía ahorrar inversiones de capital que en tal caso quedarían a cargo de los concesionarios, tales como la apertura de establecimientos para la distribución, la presentación de los productos, la atención de postventa, el mantenimiento y la publicidad.

La aludida figura contractual aportaría ventajas al concedente como: a) La conquista de un camino para colocar productos, aumentando los volúmenes de venta sin tener que realizarlas directamente, ni tampoco por sus dependientes, al paso que el concesionario se constituiría en empresario independiente en lo jurídico y en lo económico; b) aseguraría la presencia de sus productos en un amplio sector del mercado y zonas geográficas que de atenderlas directamente le acarrearía ampliaciones administrativas y financieras; c) evitaría inversiones para establecer puntos de venta y,

21. COLOMBIA, *Código de comercio*. Artículos 869, 897, 1326, 1327, 1328, 1329; *Código civil*, Artículos 16, 18.



como no se haría dueño de ellos, no soportaría exigencias financieras para su funcionamiento ni mantenimiento; d) permitiría un control sobre la presentación de sus productos, su publicidad, sus marcas, y en general sobre los establecimientos de comercio que se constituyeran al efecto; e) no existirían vínculos jurídicos entre los diferentes concesionarios, pero en cambio en su conjunto estos constituirían un importante apoyo al concedente, lo cual también implicaría un ahorro al no tener que establecer sucursales; f) permitiría al concedente planificar su producción con base en unos mínimos y unos máximos de colocación para sus concesionarios; g) aseguraría el prestigio de su marca con un buen servicio de postventa acompañado del servicio de mantenimiento y garantía. Se colige de lo anterior que el productor no se desprende de sus mercancías sino en la medida que sabe que ellas son vendidas a la clientela por un servicio especializado.

En cuanto al concesionario, las ventajas, entre otras, dado su interés en formar empresa, lo expresa la posibilidad de hacer empresa con productos ya acreditados y prestigiosos en el mercado.

• Concepto

Con base en lo anterior puede definirse el contrato de concesión mercantil como un acto jurídico atípico, de colaboración, de confianza, oneroso, bilateral, consensual, de libre discusión o de adhesión, de tracto sucesivo, por el cual, un empresario llamado concedente se obliga con

otro llamado concesionario a distribuir sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado.

En torno a su naturaleza jurídica, en el derecho colombiano no se halla regulado y, por consiguiente, como goza de una tipicidad social, se sujeta a la aplicación de la regla del artículo 824 del Código de comercio, según la cual: “Las partes son libres de buscar la forma para expresar sus actos y negocios jurídicos”.

Por lo anterior, por ser de tracto sucesivo se anota igualmente que le es aplicable la teoría de la imprevisión pues es un contrato *Intuitu Personae*.

• Clases de concesión

Según los doctrinantes, se conocen: a) la Concesión propiamente dicha y, b) la franquicia. Dentro de esta última se ubican: 1) Engineering; 2) Marketing; 3) concesión de espacio.

• Obligaciones

En Colombia no existe norma general sobre los pactos de exclusividad. Existe para el contrato de suministro con una duración máxima de diez años²².

22. COLOMBIA. *Código de comercio*. Arts. 974, 975 y 976.



La concesión mercantil aparece en el escenario jurídico como una alternativa para conquistar y mantener mercados, y ahorrar inversiones de capital.



- **Responsabilidad por incumplimiento**

Conforme al artículo 870 C.Co. en caso de mora de alguna de las partes, se autoriza a que la otra solicite la terminación del contrato (por ser de tracto sucesivo), con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios. Se habilita a las partes para que estipulen cláusula penal, la cual se causará a favor del contratante cumplido.

Si el concesionario es obligado al saneamiento de alguno de los productos vendidos a un consumidor final, deberá ser reembolsado por el concedente, en la medida en que el vicio tenga causa anterior a la recepción de los productos por el concesionario.

- **Terminación del contrato**

El contrato puede terminarse por acuerdo entre las partes contratantes y además por: a) expira-

ción del término de duración; b) por desahucio unilateral o, c) por insolvencia de una de las partes. Respecto de la expiración del término de duración debe partirse de la base de que la concesión sea pactada por un amplio término; en algunas ocasiones suele abusarse por los concedentes que determinan como regla general para con sus concesionarios, mediante contrato de adhesión, términos cortos con el propósito de mantener un mayor control.

Esta situación puede generar una crisis en el concesionario pues tendrá que responder de una empresa, locales comerciales, fuerza de ventas, publicidad, lo cual podría conllevar a un abuso del derecho por violar la obligación de buena fe que corresponde a los contratantes al momento de la celebración del acto contractual.

Cuando el término de duración es prudencial y el concedente no está interesado en renovar el contrato, también es posible la generación de un



perjuicio al concesionario pues el solo hecho de no renovar le puede generar consecuencias graves por razón de la dependencia económica que implica para su actividad el enganche con la actividad económica del concedente, siendo la clientela obtenida por el concesionario el primer elemento del perjuicio pues pasaría a otros concesionarios o al mismo concedente, quienes a la larga serían los beneficiarios de la actividad del concesionario y en la medida en que él la habría conseguido no para él sino por virtud de un producto que seguirá en el mercado.

Se afirma en la jurisprudencia francesa al referirse al asunto, que “la renovación del contrato de concesión no constituye un abuso del derecho, sino el ejercicio de un derecho contractual”, afirmando que en tal supuesto los contratantes debieron tomar en cuenta la eventualidad de no renovación y en consecuencia medir el álea que resultaba de sus obligaciones a término²³.

Afirma el comentarista colombiano Jaime Arrubla²⁴ que el profesor francés Jean Pierre Guyenot ataca esta posición jurisprudencial —fundada al parecer desde el punto de vista jurídico—, como una manifestación subyacente de la política tradicional de ostracismo del derecho francés, con respecto a las prácticas de la exclusividad de venta la que por ser considerada como un pacto vergonzoso, los tribunales esperan descorazonar a los eventuales candidatos a la concesión mercantil y trabar el desarrollo de una práctica considerada como económicamente nociva o como un atentado

inadmisible para el liberalismo y su expresión fundamental: la libertad de comercio.

Agrega el citado comentarista que, en la concepción predominante en la doctrina francesa, es esencial al contrato de concesión comercial la exclusividad de venta entre las partes para una zona prefijada, relievando que el profesor francés subraya que los tribunales desconocen en su posición las diferencias de estructuras y de necesidades entre una economía de penuria, donde la exclusividad de venta puede ser practicada en la distribución de bienes de consumo corriente, como un medio especulativo y una economía en desarrollo, donde es un modo indispensable de organizar el comercio y la distribución de productos altamente manufacturados.

En Bélgica, con las leyes de 27 de julio de 1961 y 13 de abril de 1971, se previó para el concesionario un régimen similar al previsto por las leyes francesas e italianas para el agente. Exigen un preaviso razonable de cualquiera de las partes para poner fin al contrato por su sola voluntad. Si no se da aviso se debe pagar indemnización pero si es por una falta del concedente o sin falta grave del concesionario, éste tiene derecho en todos los casos, con o sin aviso, a una indemnización complementaria.

Se reguló que cuando una concesión de venta exclusiva es convenida por un plazo indeterminado no puede, salvo falta grave de una de las partes

23. ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos mercantiles*, Tomo II. Contratos atípicos. 7ª. edición 1995. Medellín: Biblioteca jurídica Diké. pág. 341, citando sentencias analizadas por GUYENOT, JEAN, en *Les contrats de concession Commerciales*, París: Sirey, 1968, pág. 390.

24. ARRUBLA PAUCAR, JAIME. ob. cit, pág. 341.



a sus obligaciones, ser rescindida sin un preaviso razonable o una justa indemnización.

En nuestro país la no renovación puede ser o no, según el caso, producto de un abuso del derecho. En el primer evento las consecuencias jurídicas de no renovación están previstas en el artículo 830 del C.Co que prescribe: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, que tiene como marco de referencia la propia Constitución cuando advierte que es un deber de la persona y el ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios²⁵.

Si no hay plazo o condición para su duración el contrato pueda declararse terminado pero notificando a la otra parte con antelación suficiente para que puede concluir lo que tenga pendiente, para lo cual debe tenerse en cuenta el volumen de negocios, su complejidad, etcétera; si el problema es la insolvencia de una de las partes consideramos necesario que se haga la declaratoria judicial, a no ser que tal circunstancia se haya pactado como causal sin necesidad de acudir a tal vía.

7. Contrato de franquicia

Varias definiciones de franquicia se han intentado, siendo características comunes en todas la de ser un sistema de colaboración contractual basado en la confianza mutua entre dos partes jurídica y económicamente independientes que persiguen un beneficio común.

Una parte llamada franquiciador, titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual

Varias definiciones de franquicia se han intentado, siendo características comunes en todas la de ser un sistema de colaboración contractual basado en la confianza mutua entre dos partes jurídica y económicamente independientes que persiguen un beneficio común.

relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor y know-how, caracterizado por una serie de productos y/o servicios presentados de un modo original y específico, y explotados según técnicas previamente experimentadas y de rentabilidad aprobada; la otra parte denominada franquiciado, que obtiene con su integración en la red de franquicia el derecho a comercializar y a explotar dichos productos y/o servicios en unas condiciones operativas y económicas previamente establecidas.

Igualmente es característico el derecho a usar una marca o nombre y a la comercialización o distribución comercial y explotación de productos y/o servicios.

Agrégase a lo anterior una contraprestación económica de parte del franquiciado, conocida como canon de entrada o cuota inicial por la licencia de franquicia y unas regalías mensuales sobre las ventas brutas.

25. COLOMBIA. *Constitución política*. Art. 95.1.



Ha de agregarse el pre-establecimiento de unas condiciones operativas, económicas y geográficas (zona de exclusividad), y la asistencia y ayuda técnica, planes de asesoramiento y apoyo permanente.

Algunos opinan que se trata de un contrato en el que el franquiciador le permite al franquiciado hacer el mercadeo de un producto o servicio bajo su nombre o bajo su marca, contra el pago de un derecho de entrada o regalías o ambos, de tal forma que el franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente y no está subordinado al franquiciador.

La independencia consiste en que cada uno tiene sus propios empleados, tiene su propia inversión y asume sus propios riesgos, lo que conlleva a afirmar la independencia del franquiciado sin vínculos de subordinación esenciales que se confundan con una relación laboral²⁶.

Para la Unión Europea la franquicia es un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos, diseños, derechos de autor o patentes que deben explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios.

Se tiene conocimiento que ya hay varios países con asociaciones de franquicia que agrupan

franquiciadores con código de ética y estatutos para regir varios contratos dentro de su circunscripción.

En Francia, la Federación Francesa de Franquicia la define como un método de colaboración entre franquiciadora y empresas franquiciadas.

Por su lado el Código Deontológico Europeo de la Franquicia tiene aplicación en toda Europa y fue expedido por la ausencia de legislación especial, definiendo en su preámbulo la figura como un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: franquiciadora y franquiciada.

La Asociación Británica de Franquicias igualmente lo define como una licencia otorgada por el franquiciador al franquiciado, para permitir que el franquiciador continúe durante un periodo de tiempo determinado un negocio con el franquiciado ejerciendo el primero un control continuo sobre la forma en que el segundo realiza su actividad²⁷.

• Elementos fundamentales

Existen conceptos de especial importancia para la figura, como son: la marca, el Know-how, Savoir-Faire o saber-hacer; el producto o servicio, los pagos (canon o derecho de entrada, regalías,

26. ALTURO GARCÍA, SANDRA; TORRENTE BAYONA, CÉSAR; GALINDO VANEGAS, HÉCTOR RUBÉN. *Las franquicias: un estudio legal y contractual*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, noviembre de 1995, pág. 25.

27. FRANCES, BENEDITO. *Los contratos mercantiles ante el derecho Europeo*, edit. CISS, Número 28, 1987, citado por VANEGAS SANTORO, ANTONIO. *El contrato de franquicia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, primera edición, 1999, pág. 13.



publicidad); área geográfica, asesorías y servicios al franquiciado.

De lo anterior destacaremos el relacionado con la transferencia y el contenido del saber hacer o know-how.

El saber-hacer es el conjunto de conocimientos que posee el franquiciador a través de sus años de experiencia, relativos a los métodos de producción, de comercialización, de administración, a los sistemas de financiación de los productos y de los servicios objeto de la franquicia.

Esa transmisión por parte del franquiciador al franquiciado se efectúa a través de manuales operativos que contienen los conocimientos sobre las formas de organización, mercadeo, finanzas, contabilidad, personal, etcétera, de la formación previa a la apertura y durante el desarrollo de la franquicia y de la asistencia técnica que comprende la selección, adecuación y decoración del local, estudio de mercadeo, estudio financiero, publicidad, promociones, relaciones públicas, entre otros.

Por su lado destacamos igualmente el canon o derecho de entrada que se conoce en la práctica comercial con varias denominaciones como son: *entrance fee*, peaje, canon inicial, *initial franchise fee*, derecho de ingreso, regalía inicial y a veces *front fee*, que no es otra cosa que la cantidad de dinero que el franquiciador recibe del franquiciado para que este pueda entrar a formar parte de la red de franquicia²⁸.

La franquicia en Colombia

Se trata de un contrato atípico como sucede con la concesión, dado que la legislación no lo contempla.

Con todo, por virtud de la libertad contractual y la voluntad de las partes intervinientes, surte efectos en Colombia advirtiendo que no podrán derogarse, por el convenio entre particulares, las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres²⁹ como lo expresa la Corte de Casación colombiana al tratar el tema del principio de la autonomía de la voluntad como uno de los pilares que inspiran el Código civil.

Como sucede en el derecho internacional son estas las características: contrato atípico, consensual, oneroso, conmutativo, bilateral, de tracto sucesivo, *intuito Personae*, comercial, de cooperación, de adhesión.

Esta última, por algunos cuestionada, hace que la negociación de las cláusulas se limite bastante, lo que puede incidir en la dificultad de adaptación a la legislación de algún lugar.

Diferencias con otros contratos

Por su atipicidad, en ocasiones, tanto por vía doctrinaria como jurisprudencial, se lo enmarca dentro de algunas figuras típicas o de contratos atípicos afines. Veamos.

28. OSTUA, RAÚL DE ELÍAS. El franchising: tratamiento mercantil y fiscal. *Revista de derecho financiero y hacienda pública*. 1985, número 94, pág. 251, citado por VANEGAS SANTORO. ANTONIO. Ob. cit, pág. 74.

29. COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sent. de 17 de mayo de 1995. M. P., LAFONT PIANETTA, Pedro.



Según la ley mercantil colombiana, por medio del contrato de mandato comercial una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, con o sin representación, y comprende los actos para los cuales fue conferido y los que sean necesarios para su cumplimiento, todo lo cual se sujeta a una remuneración que puede ser estipulada o usualmente utilizada en este género o, en su defecto, determinada pericialmente.

- **Con el contrato de concesión**

Como arriba se indicó, se trata de un contrato no regulado en la ley colombiana.

Hemos adelantado que por la concesión, un comerciante llamado concesionario coloca su empresa de distribución al servicio de otro denominado concedente, asegurando la exclusividad de la distribución (reventa de sus productos) sobre un territorio determinado, durante un periodo limitado y bajo vigilancia del concedente. Crea un nexo entre un fabricante de productos y un comerciante.

Por la franquicia, el franquiciador transmite al franquiciado un sistema complejo de gestión para que éste desarrolle su actividad con garantías de

éxito. El franquiciador como creador de ideas o conceptos (know-how, marca, enseña, publicidad, logo) y un comerciante.

La concesión se dirige a la venta de bienes mientras la franquicia se enruta a bienes y servicios. La primera a revender, nunca a fabricar, mientras la segunda permite lo uno y lo otro.

- **Con el contrato de agencia comercial**

Dijimos al tratar el contrato de agencia comercial, en resumen, que las características de éste son:

- a) una forma de intermediación;
- b) el agente tiene su propia empresa y la dirige con independencia;
- c) su actividad se dirige a la promoción o explotación de negocios en determinado territorio para conquistar, ampliar o recobrar un mercado en beneficio principal;
- d) tal actividad requiere de estabilidad en cuanto que el agente comercial ejerce una actividad por cuenta de otro pero mediante una empresa propia, vale decir, por medio de oficina u otro local para la comunicación necesaria con la casa para la cual obra y con la clientela respectiva³⁰.

El agente entonces gestiona para otro comerciante, trabaja para sus intereses, le busca negocios y le proporciona clientes, rindiéndole al empresario las informaciones en la zona asignada y las demás necesarias para valorar la conveniencia de cada negocio. Por tal razón el agente recibe una remuneración, aunque el negocio no se lleve a efecto

30. PÉREZ VIVES, ÁLVARO. De la agencia comercial y del mandato. *Derecho Colombiano*, número 140., pág. 126.



por razones imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado a agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con el tercero para no concluir el negocio³¹.

Por su lado, en la franquicia es el franquiciado quien paga un canon de entrada y unas regalías al franquiciador; en la agencia comercial se explota el negocio en nombre de otro y para otro mientras que en la franquicia el franquiciado desarrolla su actividad en su propio nombre y bajo su riesgo. La franquicia es un contrato mucho más complejo, como se ha observado, porque incluye el Know-how, una asesoría técnica, un manejo serio y responsable del logo, los símbolos y la marca.

Extinción del contrato

La duración del contrato es necesario determinarla pero puede prorrogarse tácitamente y en forma automática, salvo que cualquiera de las partes comunique con suficiente antelación a la otra sus decisión de no hacerlo, caso en el cual el franquiciador se obliga a adquirir el inventario de su productos existentes en ese momento, por su valor de mercado en el día en que se produzca la expiración contractual y en la medida en que el franquiciado se halle al corriente en el pago de prestaciones contractuales y de acreedores del negocio de cualquier clase y proceda a la devolución al franquiciador de los signos distintivos y el manual operativo. El contrato puede ser renovable por tácita reconducción.

Causales de terminación

El contrato de franquicia queda resuelto de pleno derecho por cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) incumplimiento por alguna de las partes de cualquiera de las obligaciones asumidas por la formalización de este contrato;
- b) al presentarse o solicitar judicialmente, por cualquiera de las partes, la suspensión o cesación de pagos, concordato, concurso de acreedores, o liquidación;
- c) por el retraso del franquiciado en el pago al franquiciador de las prestaciones económicas previstas contractualmente;
- d) por no respetar el franquiciado su obligación de mantener en secreto el manual operativo y los conocimientos cedidos al mismo por el franquiciador;
- e) por el embargo de todo o parte sustancial de los activos vinculados al negocio franquiciado;
- f) por el traspaso o cesión de la franquicia sin autorización expresa y escrita del franquiciador.

Cláusula penal

Como es procedente, en los contratos bilaterales es posible que las partes pacten el pago de una cláusula penal por el monto del perjuicio que consideren en caso de incumplimiento por parte de cualquiera de ellas.

31. COLOMBIA. *Código de comercio*. Art. 1322.



8. Agencia comercial y leyes europeas

Habiendo hecho una panorámica de los contratos de mandato, comisión, agencia comercial, concesión y franquicia en el derecho Colombiano haremos una breve referencia a lo relacionado con la agencia comercial en Francia, Italia, España y Alemania.

En el derecho alemán el agente comercial es un intermediario entre el fabricante denominado principal y el cliente final y, por consiguiente, la venta es para el principal, en nombre y por cuenta de éste. El fabricante es el vendedor directo a los clientes que captó el agente. Su retribución varía según las ventas.

Respecto de la indemnización para el agente, no puede exceder del equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años y, si el contrato es inferior a los cinco años, se calculará en función de la media de las remuneraciones percibidas durante todo el periodo de vigencia del contrato.

Este mismo criterio es acogido por el derecho español en la ley 12/92 que, aunque más concreta y rígida, permite que, con el consentimiento del empresario, el agente puede desarrollar su actividad por cuenta de varios empresarios siempre que los bienes o servicios prestados no sean de "igual o análoga naturaleza y concurrentes", dentro de un deber de lealtad en el que el agente debe actuar como buen profesional; sus comisiones tienen forma de remuneración fija con la posibilidad de que las operaciones concluidas después de la ruptura del contrato otorguen el derecho a su cobro cuando han llegado a feliz término gracias a la

actividad anterior del agente, siempre y cuando se materialicen dentro de un plazo de tres meses tras la ruptura del contrato.

En punto al derecho francés, diferente al español, se rige por la ley 134/12 y la directiva 86/653 CCE de diciembre 18 de 1986, que se aplica en toda la Comunidad Económica Europea; es más abstracta y, según los comentaristas, genera sensación de ambigüedad.

En tanto a comisiones, estas se obtienen como remuneración fija con la posibilidad de que las operaciones concluidas después de la ruptura del contrato otorgan derecho al cobro cuando las operaciones han llegado a buen término gracias a la actividad anterior del agente, derecho que nacerá siempre y cuando dichas operaciones se materialicen en un plazo razonable a partir de la ruptura del contrato.

Existe un deber de lealtad según el cual el agente debe actuar como buen profesional y el empresario permitir al agente ejecutar su mandato. Permite mayor flexibilidad para los casos concretos, lo cual da un amplio margen de discrecionalidad a los jueces franceses lo que, al decir de algunos, genera inseguridad.

La directiva europea prevé dos regímenes de indemnización: artículo 17-2, inspirado en el derecho alemán (escogido por el español) y el 17-3, inspirado en el derecho francés.

Respecto de la indemnización no hay ninguna limitación, pero garantiza la reparación de los perjuicios, con motivo del cese, que vienen determinados por el uso y por una línea jurisprudencial que los señala en dos años de remuneración



bruta, lo que la Corte de Casación francesa ha considerado como un mínimo de derecho necesario y considerando nula toda cláusula que limite los derechos del agente en el sentido de percibir una indemnización menor si bien pueden pactar indemnizaciones superiores a ella.

La Corte europea lo considera conforme al principio de “reparación del perjuicio sufrido” al que alude la directiva europea, lo que al parecer hace más ventajoso el sistema francés y el español³².

En el derecho italiano, el código, en su libro IV, título III “de las obligaciones singulares”, capítulo X, se refiere al contrato de agencia regulándolo con independencia absoluta del mandato y las demás figuras contractuales, distinguiéndolo de aquel en cuanto el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de agente con representación³³.

Al tenor del artículo 1742 del Código civil italiano, una parte asume el encargo de promover establemente, por cuenta de otra, a cambio de una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.

En lo atinente a la indemnización determina, en primer lugar, que procede cuando el agente haya conseguido nuevos clientes al empresario o haya incrementado sensiblemente los negocios con los clientes ya existentes y el empresario siga percibiendo notables ventajas derivadas de los negocios de tales

clientes y, en segundo lugar, se postula que el pago de la indemnización debe ser equitativo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en particular las comisiones que el agente deja de percibir y que resulten de los negocios con tales clientes.

La indemnización tiene un tope de un año de retribuciones (comisiones y gastos), que se calcula haciendo la media de los últimos cinco años (o menos si el contrato ha tenido una duración inferior). No habrá indemnización si el contrato se resuelve por culpa del agente o por renuncia, a menos que sea por hechos imputables al empresario o al propio agente (edad, enfermedad, invalidez).

9. Agencia comercial y contrato de distribución

Teniendo como presupuesto la noción de agencia comercial, es conveniente hacer referencia al contrato de distribución como aquel que vincula a un productor o fabricante de bienes o servicios y a un distribuidor, quien se encarga de la intermediación entre el primero y los consumidores en la cadena de comercialización de dichos bienes o servicios.

Características del contrato de distribución

1. El distribuidor ejerce una intermediación porque actúa en nombre y riesgo propio, comprando el producto y vendiéndolo a terceros.
2. No es un representante del distribuido. Esto lo diferencia del contrato de agencia. La inter-

32. WWW.scribd.com/lenguaje?destination...scribd...ed=en .

33. MESSINEO, FRANCISCO. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo VI. Buenos Aires: EJE, 1971, pág. 60.



mediación del distribuidor desvincula a quien vende los bienes de aquellos que los adquieren, salvo los derechos del consumidor.

3. Para su tipificación se requiere planificación comercial a través de cláusulas que establezcan precios unitarios, régimen de mercados, programas de publicidad, obligatoriedad de tener establecimiento abierto, stock de una determinada cantidad de mercaderías, etc.
4. La remuneración del distribuidor consiste en el margen de reventa entre el precio de compra y el de venta de las mercaderías distribuidas. El precio así concebido puede ser estipulado o no por el fabricante o importador.
5. Puede estar o no estipulada exclusividad. Puede ser bilateral, cuando el fabricante se compromete a no efectuar ventas en territorio del distribuidor, y éste último, a no comerciar productos que compitan con los del distribuido) o unilateral (cuando sólo afecta a una sola de las partes).
6. Delimitación de la zona de distribución. El contrato tiene delimitado un espacio geográfico.
7. En cuanto al tiempo de duración es usualmente prolongado, de larga duración, pero nada obsta a que se pacte un tiempo inferior.

El contrato de distribución en Colombia

Este contrato de reciente aparición en los códigos contemporáneos no está regulado en la legislación colombiana.

El actual Código de comercio solo regula el contrato de suministro con influencia del código italiano de 1942, considerando como su fuente el contrato de compraventa con objeto fraccionado refiriéndose a suministro de cosas y suministro de servicios.

Es evidente que la realidad económica sugiere la vinculación a una red de distribución por virtud de la necesidad de mantenerse unido a los diferentes sujetos que participan en el tráfico económico.

El interés de tales comerciantes se satisface cuando la prestación se prolonga en el tiempo, lo cual también incide en la causa del contrato pues la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. Se pretende asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada.

Es claro que en el contrato de distribución el distribuidor se obliga a adquirir de otro (distribuido) mercaderías generalmente de consumo masivo para su posterior colocación en el mercado por cuenta y riesgo propio estipulando como contraprestación un beneficio o margen de reventa.

También es claro que se requiere planificar el contrato con cláusulas que señalen precios, régimen de mercados, obligatoriedad de tener establecimiento abierto, etc., lo que indica ciertas e importantes diferencias con el contrato de suministro, pese a lo cual hay algunas zonas en común en la legislación colombiana en torno a cláusulas especiales como la de exclusividad y la de preferencia, en cuanto que, la primera se pacta a favor del proveedor o del beneficiario por lo que la parte que percibe el suministro no podrá obtener prestaciones de la misma naturaleza proveniente de terceros, ni tampoco proveerse con medios propios a la producción de los bienes o servicios objeto del contrato, en tanto que al consumidor que goza de ella, en una zona determinada en calidad de distribuidor, se le impone la obligación de promover en dicha zona la venta de los productos o de los servicios sobre los cuales tiene la exclusividad, de suerte que si no efectúa tal obligación, así realice



Al tenor del artículo 1340 del Código de comercio colombiano se denomina corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.



el mínimo de la cuantía señalada en el contrato, se entiende incumplida su obligación con pago de indemnización de perjuicios.

En relación con el pacto de preferencia, uno de los contratantes se compromete a preferir al otro para la celebración de un contrato de suministro en el futuro, de tal forma que quien otorga la preferencia no se obliga a celebrar un contrato de suministro futuro, sino que en el evento que decida contratar se obliga a preferir al beneficiario del pacto para celebrarlo.

Finalmente, como se trata de un contrato de duración y ésta puede haberse determinado en el contrato o ser indefinida, se tiene que de común acuerdo puede ponerse fin al suministro con o sin término para su duración.

En este último evento cualquiera de las partes puede separarse de él, avisando dentro del término señalado en el contrato; si no hay término pactado, el que indique la costumbre y si no hay costumbre con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro³⁴.

10. Agencia comercial y corretaje

Al tenor del artículo 1340 del Código de comercio colombiano se denomina corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

34. ARRUBLA, JAIME ALBERTO. *Contratos mercantiles*. Tomo I. 7ª edición. 1995. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, pág. 201 ss.



Puede afirmarse que realiza una tarea de promoción predispuesta a contactar a dos personas para que ellas contraten.

El corredor no participa en la conclusión del negocio como mandatario o representante de alguien por cuanto su actividad es preliminar, de promoción y concertación, de manera que al momento de celebrarse el contrato él se margina porque no actúa por cuenta de nadie mientras que, los contactados actuarán directamente, por medio de sus apoderados.

Se trata de una normatividad cercana a la legislación italiana cuyo artículo 1754, al describir el concepto de mediador indica que es aquél que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas con relaciones de colaboración, de dependencia o de representación.

En la legislación comparada hay identidad sobre el concepto porque todo gira en torno a un comerciante profesional que, a cambio de una remuneración, pone su esfuerzo con el objeto de concretar la oferta y la demanda y provocar la conclusión de contratos mercantiles.

Dicho lo anterior, y frente a la agencia comercial podemos afirmar su parecido en una de las modalidades en la que puede consistir la labor del agente mercantil, como es la de promover o facilitar negocios, dejando su conclusión al empresario de quien recibió el encargo, en lo que habría una semejanza entre ambos tipos de figuras.

La diferencia radica en la duración que inspira la agencia y la celeridad que caracteriza al corretaje por virtud de que el corredor no establece

relaciones duraderas entre el mediador y quien hace el encargo, mientras que la agencia es un contrato que se caracteriza por su duración atendiendo a la función económica que con ella se pretende.

• Características del corretaje

- El corretaje es un contrato principal.
- Es un negocio jurídico de colaboración, en el que las partes tienen un interés común.
- Es oneroso, por cuanto el corredor tiene derecho a una remuneración cuando concluya el negocio que ha promovido.
- Es un contrato típico y consensual.

11. Conclusiones

Luego del recorrido realizado podemos concluir:

- La agencia comercial es una institución útil y necesaria en la vida comercial, especialmente para los empresarios extranjeros que desconocen la legislación y el comercio de los países donde desean conquistar mercados.
- Con todo, no hay uniformidad de criterio en su reglamentación. En tanto unos países la reglamentan con criterio subjetivo (agente de comercio -Alemania, Francia-), otros con criterio objetivo contractual (agencia mercantil, Italia).
- En Colombia, la legislación anterior al año de 1971 enmarcó el tema desde el punto de vista de los sujetos mercantiles porque el contrato de agencia mercantil figuraba como atípico, pero la actual legislación lo consagró como un con-



trato autónomo celebrado entre comerciantes, contrato de duración que, por lo demás, ampara la estabilidad del agente, por virtud de su razón histórica inherente al desempleo después de la segunda posguerra.

- En la legislación colombiana la actividad del agente implica promover negocios teniendo como parámetro la cantidad de productos que venda o fabrique el empresario acordados en el contrato, pero puede extenderse a concluir los negocios promovidos actuando como mandatario del empresario o como representante de él y encargarse de la fabricación o distribución de uno o varios productos del empresario, eventos en los cuales se involucran otro tipo de contratos que, por consiguiente, hacen que se trate de un acto complejo por asemejarse a varias figuras contractuales con las cuales puede coexistir total o parcialmente.
- La legislación colombiana contempla por tal razón, entre otras, que el contrato de agencia que se ejecute en el país se regirá por las leyes nacionales, por cuya razón todo pacto en contrario se tiene por no escrito. La Constitución política colombiana, que es esencialmente antropocéntrica y norma jurídica, irradia la legislación para que la ley esté al servicio del hombre y no al contrario.
- Pese a lo anterior, con la actual legislación la agencia ha sido suplida con contratos de venta, promesa de venta, suministro, distribución, concesión, especialmente por virtud de lo previsto en el artículo 1324, párrafo 1, del C.Co. que contempla la que ha dado en denominarse cesantía comercial por su semejanza con la cesantía laboral, en torno a lo cual entró en discusión su naturaleza jurídica (de orden público o de carácter privado), lo que ha permitido encontrar una solución jurisprudencial que permite su pago periódico y no global al finalizar el contrato.
- Es importante resaltar que en los contratos de agencia internacional es habitual la cláusula para dar al agente la posibilidad de comprar los productos con el fin de revenderlos a los clientes que quieren evitar las aduanas y los problemas monetarios derivados de la compra directa al proveedor. En este evento la figura del agente y la del distribuidor se reúnen en la misma entidad.
- Se colige que la regla general es que la promoción de los productos por parte del agente no implica para él facultad de facturarlos frente al cliente.
- En punto a la inversión y los rubros que debe hacer el agente frente al concesionario, como quedó anotado, debe relievase que el agente por asumir un compromiso independiente pero estable para promover o explotar negocios debe tener su local como mínimo para comunicarse con el agenciado y los clientes, y sus dependientes, pues de todos modos debe recibir una remuneración, mientras que el concesionario, por cuanto se compromete a distribuir productos o servicios del concedente, dado que debe comprar para revender, hacer mantenimiento posventa, entre otros, requiere de local, pago de dependientes, etc.
- Sus diferencias con las legislaciones, francesa, española, italiana y alemana han sido señaladas



en el apartado 8. Agencia comercial y leyes europeas.

- Las diferencias con el mandato, el corretaje, la comisión y la concesión comercial se señalaron en los apartados 5 a 10 de este trabajo.
- Finalmente, afirmo que en América Latina se enfrentan grandes retos para responder a los desafíos del crecimiento.

La idea de enfocar solo resultados y cifras debe transformarse, con base en cambios culturales, admitiendo que mientras los accionistas buscan valores, los ejecutivos resultados económicos halagadores y los empleados mejores condiciones de vida. Teniendo en cuenta que la noción de interés conlleva la idea de inclinaciones hacia diversos bienes que ella ofrece, con fundamento en la necesidad de cada quien, el sistema jurídico debe ser estructurado para tutelar el derecho de todos dentro del respeto a la diferencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1977.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Contratos atípicos. 7ª edición, 1995.
- ALTURO GARCÍA, SANDRA. *Las franquicias: un estudio legal y contractual*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.
- COLOMBIA. *Constitución Política*.
- COLOMBIA. *Código de comercio*.
- ITALIA: *Código de comercio*.
- FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. Algunos problemas de la protección al consumidor en Colombia. *Derecho Procesal Moderno*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988.
- FLÓREZ GACHARNÁ, JORGE. Intereses difusos e intereses colectivos... *Revista Instituto Colombiano Derecho Procesal*, No. 33/2007. Jurisprudencia y Doctrina, enero 1981.
- MESSINEO, FRANCISCO. *Manual de derecho comercial*. Tomo VI. Buenos Aires: EJE, 1971.
- NAIR, SAMI. *El imperio frente a la diversidad del mundo*. Plaza & Janes, 2003.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO. De la agencia comercial y del mandato. *Derecho colombiano*, No. 140.
- VANEGAS SANTORO, ANTONIO. *El contrato de franquicia*. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 1999. ☺