

DISTRIBUCION DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL ♦

Por Jaime Alberto Mendieta Pineda.

Sumario: *Introducción. 1. Nacimiento del Contrato de Agencia Comercial. 1.1. Declaración o comportamiento. 1.2 Elementos Característicos del contrato 2. Distribución de Riesgos en la Relación Jurídica Contractual. 2.1. El Riesgo Consecuencia de la Definición Jurídica del contrato de Agencia Comercial. 2.2. La Promoción y la Distribución del Riesgo en la Identificación del Contrato de Agencia Comercial. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.*

Introducción

El contrato de Agencia Comercial como una subespecie de los contratos de colaboración, cobra particular relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en especial, por la posición de la Corte Suprema de Justicia de tener la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio como de orden público y por tanto, no renunciable por las partes. En este sentido, se pretende hacer un aporte a la identificación del contrato de agencia comercial a partir de la distribución de riesgos y la promoción por cuenta ajena, como elementos que determinan la separación conceptual de la agencia con sus figuras afines, como el contrato de concesión, suministro, distribución, comisión y franchising. En este artículo, se abordará la agencia comercial desde el punto de vista de su nacimiento, y se revisarán sus elementos, los cuales, en su totalidad, son comunes a las figuras a fines, salvo cuando se mira quién asume el riesgo del mercado y la promoción por cuenta ajena, elementos determinantes en la configuración de la agencia comercial.

En efecto, la distribución de riesgos del mercado entre empresario y agente no es un elemento que se encuentre expreso en la definición del contrato de agencia comercial. Se desprende de la definición jurídica de esta regulación típica, sin ser un elemento definitorio a la hora de valorar el nacimiento del contrato, toda vez que como se verá en este artículo, por vía de disposición expresa o por la conjugación de varias relaciones contractuales se puede variar la distribución de riesgos.

Así, en la primera parte se tratará el nacimiento del contrato de agencia y los elementos que si bien forman parte de la definición de agencia, su alcance ha sido pacífico. En la segunda se analizará la distribución de riesgos y la promoción como elementos definitorios y que colaboran con la individualización del contrato de agencia con sus figuras afines.

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 26 de abril de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

1. Nacimiento del Contrato de Agencia Comercial.

1.1 Declaración o comportamiento.

La agencia comercial es un negocio jurídico de naturaleza bilateral de regulación típica legal por parte de nuestro Código de Comercio de 1971. Se erige como un acto de autorregulación de intereses o de autonomía privada jurídicamente relevante¹, que se manifiesta en la vida jurídica de múltiples formas. Es decir, este tipo contractual no requiere de la observancia de formalidades especiales o ritual alguno para su nacimiento a la vida jurídica, basta que se recorra su definición jurídica para que se pueda hablar de vínculo contractual, y consigo se desate su integración correspondiente². En verdad, para que este contrato nazca a la vida jurídica no requiere observar formalidad especial. Su composición se puede dar de variadas formas, aún existiendo estipulación expresa en el sentido de no entender tales o cuales conductas como significativas de contrato de agencia comercial.

Este es un negocio jurídico que requiere de una especial valoración de la conducta. Como todo negocio consensual es menester que la conducta vertida en el documento tenga íntima relación con la postura que adopten las partes en la ejecución del contrato.

Si se vierte en un documento la definición de agencia comercial contenida en el artículo 1317 del Código de Comercio, sin duda se tendrá como tal, en cuanto ha nacido a la vida

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, mayo 4 de 1968, Gaceta Judicial números 2297 a 2299, M.P. Fernando Hinestrosa, p. 92: “Concebido el negocio jurídico como un acto de autonomía privada jurídicamente relevante: acto de autorregulación de los propios intereses, que el ordenamiento recibe y dota de los efectos propios de la figura típica utilizada...” Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Colmenares, 2000, Trad. A. Martín Pérez. p. 43 y ss. Cfr. Renato Escognamiglio, *Lezione Sul Negozio Giuridico*, Editorial BARI, 1962 pp. 109 y ss.

² Cfr. Fernando Hinestrosa, *Tratado de Obligaciones*, Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2ª Ed, 2003, p. 890: “Valga aclarar anticipadamente que el negocio jurídico, en cuanto se haya recorrido a plenitud la definición correspondiente, produce de suyo unos efectos comunes a todos: *efectos negociales*, que son reflejo de la naturaleza compromisoria de la figura, de que dan cuenta las expresiones: *lex contractus*, *pacta sunt servanda*, vertidas en todos los códigos en la regla: el contrato tiene fuerza de ley o es ley para las partes.” Cfr. Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 1964 p. 277: “De no recorrerse en la práctica la definición de una de las varias categorías específicas de negocio no puede decirse que haya en verdad disposición de intereses...” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial números 2297 y 2299, Bogotá 21 de mayo de 1968: “El acto de autonomía privada, llamado de por sí a tener preavalecía jurídica, adquiere plena virtualidad a condición del ajuste cabal de la conducta a las prescripciones normativas. Al completarse el recorrido de la definición del tipo negocial empleado por los particulares para proveer a una determinada especie de colaboración intersubjetiva, la figura alcanza existencia jurídica, palpándose entonces su dinámica en el efecto compromisorio o vinculante para sus autores, que le es característico y da aptitud para los resultados prácticos en que seguidamente se proyecta la vinculación típica.”

jurídica y de él se predicarán unos efectos iniciales. Por tanto, las partes quedan obligadas a observar el contenido económico del contrato celebrado de acuerdo con los postulados de la buena fe y sus reglas correspondientes³, de manera que cualquier de ellas puede exigir de la otra acomodar su conducta al contenido del negocio celebrado, so pena de indemnizar los daños, que con su conducta contraria, renuente o tardía pueda causar.

En primer lugar, si las partes, en el desenvolvimiento de los efectos de este negocio jurídico se comportan de buena fe, acomodan su conducta a los parámetros establecidos como contenido del contrato de agencia, podemos decir, que la satisfacción de los intereses de cada una será plena.

Sin embargo, el acto dispositivo de intereses vertido en un documento no es inmutable, ya que la mera conducta de las partes puede variar el tipo contractual celebrado. Así, si dos sujetos jurídicos redactan un contrato de agencia comercial, este nace y genera todos los efectos de un contrato, pero si las partes al ejecutarlo no lo hacen conforme a la definición del contrato de agencia comercial, este puede mutar en uno de sus similares como el suministro, el corretaje, la comisión, la concesión o el franchising.

La significación del acto dispositivo de intereses, de la conducta de las partes, es propia al contrato de agencia comercial, como negocio jurídico que es. El nacimiento de un vínculo jurídico, regulado por las normas de la agencia comercial, no requiere de documento a propósito, basta que la conducta de los sujetos jurídicos intervinientes recorra la definición del negocio de agencia comercial.

Este contrato nacerá aún a contrariedad de las partes. Es decir, si dos personas realizan actividades de tipo comercial que se integran con la definición de agencia comercial, pero han pactado que en ningún caso la conducta desplegada se entenderá como agencia comercial, ésta estipulación es nula por contrariar la definición misma del tipo legal, esto es, las partes no pueden realizar estipulaciones que desintegren la valoración de la conducta adoptada por ellas y de los tipos legales o los contratos típicos, so pena de considerarse inválida por contrariar una norma ordinativa cuya sensibilidad o reacción del ordenamiento jurídico implica la nulidad⁴; y al revés, por más que las partes insistan que su conducta tendrá el significado propio al contrato de agencia comercial, pero si en realidad no se recorre la definición jurídica, no se podrá tener como negocio jurídico de

³Cfr. Renato Scognamiglio, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, *Contratti in Generale*, Trad. Fernando Hinestrosa. p. 191: “Esta concepción encuentra respuesta plena inmediata en la realidad económico- social, en donde el contrato se caracteriza, según el canon del pacta sunt servanda, en su eficacia compromisoria. Y encuentra su reconocimiento expreso en lo dispuesto por el art. 1372 Cód. civ., que con expresión muy dicente atribuye al contrato la fuerza de ley entre las partes.....aplicando la concepción que proponemos, según la cual es factible explicar que el contrato puede perfectamente realizar su eficacia vinculante desde el momento del acuerdo de las partes, o sea desde su celebración...”

⁴ Cfr. Fernando Hinestrosa, “Validez e Invalidez del Contrato en el Derecho Latinoamericano”, *El contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano, Bases Para un Código Latinoamericano Tipo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 202: “De todos modos la nulidad se ofrece doctrinaria y jurisprudencialmente como una sanción negativa del ordenamiento a violaciones precisas y graves de dictados suyos reguladores de la autonomía particular, con disciplina, también minuciosa, de sus motivos, trámite, tratamiento y efectos.”

agencia comercial, con las implicaciones de la regulación establecida para este tipo contractual.

El encuadramiento y la calificación jurídica no es un rótulo que las partes puedan designar, toda vez, que el título que las partes den a un contrato no fija definitivamente su carácter jurídico. En otras palabras, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el hecho de darle un nombre⁵

En el caso de *Invertexty VS. L.G., Electronics Colombia Limitada*, las partes celebraron un contrato el cual denominaron “*contrato de promoción de ventas*”, con la siguiente cláusula: “*el promotor declara expresamente que no es agencia comercial...*”; la cual fue declarada nula, ya que el tribunal una vez valoró las pruebas encontró que la conducta de las partes se identificaba con la definición jurídica del contrato de agencia comercial, así manifestó: “*El tribunal tampoco comparte esta línea de argumentación por una razón obvia: cuando se llena el modelo legal previsto para la agencia comercial, ella existe, cualquiera sea la denominación que se de a los contratos que se suscriban....*”⁶.

La agencia comercial como negocio jurídico, nace por el mero significado de la conducta de las partes. Por eso, se considera que la redacción del artículo 1331 del Código de Comercio cuando dice que: “*A la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo*”, para relacionar una especie de situación jurídica paralela al contrato no es la más apropiada, ya que el contrato no nace a la vida jurídica cuando: los candidatos a parte no observan las formalidades *ad substantiam actus* o cuando no se ha recorrido la definición jurídica del tipo negocial. En este evento, la agencia no requiere de ritual para su nacimiento, por consiguiente, el recorrer la definición de agencia comercial se puede hacer por manifestación vertida en un documento, manifestación oral, escrita, conducta concluyente o conducta omisiva,⁷ sin que en realidad se pueda hablar de

⁵ Cfr. Francesco Galgano, *Negocio Jurídico*, Valencia, Tirrant lo Blamch, 1992, Trad. Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albentosa. p. 437 y ss. Cfr. Lina Bigliuzzi Geri, Humberto Breccia, Francesco D. Busnelli, Ugo Natoli, *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo 1 Volumen 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992., *Diritto Civile*, trad. Fernando Hinestrosa. p. 975 y 976. Cfr. Laudo Arbitral, Roberto Cavalier & Cia Ltda. VS. Flota Mercante Grancolombiana, 1 de julio de 1992, Árbitros: José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios. : “...pues como lo ha reiterado la Corte, la verdadera naturaleza del contrato no depende de la denominación que se le de, sino del alcance y contenido de las pretensiones que de él nazca. Ha dicho la Corte: “La calificación que los contratantes den a un contrato...no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre”(Casación 9 de septiembre de 1929 XXXVI, 128)

⁶Cfr. Laudo Arbitral, *Invetexty E.U., VS. L.G., Electronics Colombia Limitada*, 30 de agosto de 2004, Árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Martínez y Fabio Silva Torres.

⁷Cfr. William Namén Vargas, “*Forma del Negocio Jurídico y Prevención Notarial de su Ineficacia*”, I *Jornadas Internacionales de Derecho Notarial*, “Manuel Cubides Romero”, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998, P. 344 “La declaración tiene un significado amplio, expresa el comportamiento humano sin interesar el medio utilizado, comprende el lenguaje articulado, verbal o escrito...” y p. 347: “El comportamiento simple proyectado en la realización de actos materiales, sin mediación de palabra verbal o escrita de declaración, es bastante para la expresión del negocio jurídico y forma de éste si se proyecta la disposición del interés....En sentido amplio, la conducta socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses es forma del negocio, atendiendo el marco de circunstancias, los sujetos, la época, el medio social y su sentido unívoco.”. *ibid.*, Cfr. Francesco Galgano, p. 85: “La segunda hipótesis se presenta cuando la voluntad de las partes, o de una de ellas, no se declara, sino que se desprende de su comportamiento (el

relaciones jurídicas paralelas o defectuosas. Es decir, o hay contrato con la consecuente vinculación jurídica o estamos frente a situaciones jurídicas distintas a un acuerdo creador de relaciones jurídicas; y otra cosa distinta será la valoración de la conducta para determinar el tipo contractual en que se encuadra.

1.2 Elementos Característicos del Contrato.

El artículo 1317 del Código de Comercio de 1971 recogió como figura típica legal la agencia comercial en los siguientes términos: *“Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”*; como un mandato comercial especial⁸, definido como negocio consensual, accidentalmente representativo, naturalmente oneroso y esencialmente revocable y renunciabile.

En laudo arbitral de Roberto Cavalier & Cía Ltda., VS Flota Mercante Grancolombiana⁹ se definió, de manera muy afortunada la agencia comercial como: *“un encargo estable, continuo, duradero, que se ejecuta a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta naturaleza encaminadas a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa. El agente, mediante su*

llamado «comportamiento concluyente»): su comportamiento responde a la ejecución de un contrato y por ello, permite presuponer que ellos han querido concluirlo.”

⁸ Artículo 1262 Código de Comercio: “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.” Artículo 1703 del Código Civil Italiano: “Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.” Marcel Planiol y Georges Ripert, Derecho Civil, México, Biblioteca Clásicos del Derecho, Harla, 1997, Trad. Leonel Pereznieta Castro. p. 1089: “Según el art. 1894 el mandato es el contrato por el cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, facultades para realizar en su nombre uno o varios actos jurídicos. El documento en que consta este poder se llama procuración, palabra que el art. 1984 emplea erróneamente como sinónimo de mandato.”. Cfr. Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México, Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen 1, Harla, 1997, Traité Élémentaire du Droit Civile, Trad. Enrique Figueroa Alfonso, p. 951 : “Asimismo, el dominio del mandato es más reducido que el de la representación en general, la cual confiere derecho e impone la obligación de realizar a la vez actos materiales y actos jurídicos.”. Laudo Arbitral, Carlos Rincón Duque e Hijos VS. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., Vecol S.A., 19 de marzo de 1993, Árbitros: Guillermo Gamba Posada; Necty Gutiérrez Sandoval, Carlos Vejarano Rubiano, “Aunque no pocos han criticado la decisión de la comisión revisora del Código de Comercio de calificar al agente comercial como una especie de mandatario, pues encuentra diferencias de peso, es menester reconocer que la intención del legislador quedó plasmada en una parte de la exposición de motivos del libro tercero del Código de Comercio referente al mandato, que es oportuno transcribir: “Otra de las especie de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal.....””.

⁹ Cfr. Laudo Arbitral, Roberto Cavalier & Cia Ltda. VS. Flota Mercante Grancolombiana, 1 de julio de 1992, Árbitros: José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios.

organización propia, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visita a clientes potenciales, todo mediante las instrucciones del agenciado y en coordinación con éste a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado.”, definición que explicaremos a continuación.

En cuanto a los sujetos el código nos exige una calidad especial del agente: debe ser un comerciante independiente, al momento de celebración del contrato o con anterioridad a él. La regulación de este tipo contractual supone que el agente es una persona especializada, en cuanto lo considera como persona natural o jurídica, dedicada profesionalmente al desarrollo de esta actividad comercial. Sin embargo, es posible que se adquiera la calidad de comerciante al momento de celebrar el contrato o que el agente sea un novato en esta específica actividad comercial, calidad que no se exige del agenciado quien puede ser comerciante o no.¹⁰

El agente, persona natural o jurídica, debe desarrollar su actividad comercial, ejecutar o desenvolver a tiempo el contrato de agencia de manera independiente, aunque tiene la obligación de rendir informes al empresario, de acuerdo al contenido del contrato o en el momento en que el empresario requiera conocer de las condiciones del mercado: concurrencia de otros agentes económicos al mismo mercado, posicionamiento de la competencia, conveniencia de cada negocio y en general, toda información de la actividad económica¹¹, que permita al empresario tomar decisiones, e impartir instrucciones al agente, siempre manteniendo la independencia de éste, quien por tener una empresa propia corre con los riesgos de la misma, mas no con el riesgo y ventura de los bienes y servicios ofrecidos por cuenta del empresario.

El agente debe informar al empresario sobre los negocios celebrados y concertados, de tal manera que él tenga las previsiones necesarias para cumplir con las obligaciones adquiridas por medio de su representante, y éste debe proteger los intereses y derechos

¹⁰ Cfr. Fernando Hinestrosa, *Escritos Varios, La Agencia Comercial y figuras Afines*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 774: “El empresario puede ser un comerciante o no serlo; el agente o el concesionario no tiene por que servir necesariamente a un comerciante o a una empresa mercantil. En la doctrina se suele afirmar que el empresario sí tiene que ser comerciante; sin embargo para una replica fácil, piénsese en numerosas agencias que actúan por cuenta y a nombre de establecimientos o empresas públicas que no tienen carácter comercial, o de entidades particulares no mercantiles y que incluso no tienen ánimo de lucro o son de utilidad común.” Gabriel Escobar Sanín, *Negocios Civiles y Comerciales, Negocios de Sustitución*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 1987, p. 404 y s., “Pero no siempre el mandante (o empresario) es comerciante, como las empresas agrícolas y ganaderas, las cooperativas y las asociaciones ajenas al lucro, motivo por el cual no se incluye esta calidad del mandante en el concepto inicial sobre agencia.”

¹¹ Artículo 131 del Código de Comercio: “El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.” Art. 1321 del Cod. de Co, 1746 del Cod. C. Italiano: “....., e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari.”

del empresario, así como responder por los bienes entregados en los términos del Código. Es decir: una vez se reciben los bienes que el proponente entrega al agente en desarrollo del contrato, el agente responde por el deterioro o pérdida de ellos, de acuerdo con el daño generado y la atribución de responsabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se pueda generar un detrimento patrimonial para el empresario.

Este tipo contractual es ordinariamente oneroso, pues se espera que la actividad del agente sea remunerada. Sin embargo, nada se opone a que sea gratuito, como en ocasiones cuando el comerciante para convencer de su conocimiento y profesionalismo en el ramo, establece un término gratuito a prueba, con miras a que el contrato adquiera su calidad de durabilidad y se espere una remuneración, la cual es de libre autonomía. Así, se puede pactar por negocio celebrado un valor mínimo y por negocio celebrado una vez se supere un estándar determinado, valores atados al crecimiento en el mercado de los bienes o servicios del empresario, o de acuerdo como las partes conciban el pago a favor del agente.

La prestación contenida en el artículo 1324 del Cod. de Co., se causa por la sola terminación del contrato¹², con independencia de ser una causa justa contemplada en el artículo 1325 del citado Código o las del mandato. Es decir, además de las causas señaladas dentro del título correspondiente a la agencia comercial se aplican las contenidas sobre mandato por expresa remisión del artículo 1324 del C. de Co., cuando nos dice que el “contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato”. En todo caso y cualquiera sea la causa de terminación de la relación contractual, se debe la prestación del artículo 1324 numeral 1 del Cod. de Co., sin perjuicio de los daños y perjuicios que se deban pagar, cuando se haya causado un detrimento patrimonial a cualquiera de las partes por culpa imputable a una de ellas¹³.

En cuanto a la prestación contenida en el artículo 1324 numeral 1 del Co. de Co., la Corte Suprema de Justicia, en el caso de Cacharrería Mundial VS. Jorge Iván Merizalde y Gilberto Merizalde de Uribe, consideró que esta solo era renunciable una vez terminado en contrato pero no de manera anticipada. En el momento actual la jurisprudencia considera que la prestación del citado artículo 1324 es de orden público, por tanto, las partes no pueden pactar una renuncia anticipada, so pena de invalidez de la cláusula que pacte la no aplicación de esta norma al finalizar el contrato; para la Corte esta prestación solo será renunciable una vez finalice la relación contractual.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de marzo de 2003, Partes: Sociedad RICCARDI LTDA. contra ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A, M.P. Jorge Santos Ballesteros: “No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento.”

¹³ Cfr. Felipe Vallejo García, *El Contrato de Agencia Comercial*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 87 y s. Cfr. Adriano de Cupis, *El Daño, Teoría General de La Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, 1975, Il Danno, Teoria Generale Della responsabilità Civile, p. 133.

Con todo, en sentencia del 28 de febrero de 2005, la Corte Suprema de Justicia¹⁴ aceptó que se realice el pago anticipado y periódico de la prestación del artículo 1324. En efecto, entre Industrias Jomar Ltda., contra Curtiembres Búfalo se celebró un contrato de agencia comercial, donde se consagró que la prestación citada se pagaría periódicamente en la medida en que se fuera ejecutando el contrato. Es decir, se pactó un pago anticipado o previo a la terminación del contrato según la siguiente redacción de la cláusula quinta del mismo: *“Dentro del porcentaje estipulado en la cláusula anterior, como comisión, los suscritos han incluido la doceava parte que como promedio de la comisión le pueda corresponder al representante, al tenor del artículo 1324...en consecuencia a la terminación de este contrato el representante no tendrá derecho a recibir la doceava parte del promedio de la comisión antes mencionada.”* La corte consideró que la cláusula se acomodaba al orden jurídico que disciplina este tipo contractual, por cuanto el pago anticipado de la prestación no significa renuncia de la misma y por tanto, las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, pueden consagrar este tipo de cláusula. Al respecto dice la Corte que: *“Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligada a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, ex ante, vea retribuido – o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del Código de Comercio, resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados.”* Por tanto, se puede decir que es perfectamente válido que las partes pacten y desagreguen los valores que debe recibir el agente como contraprestación a su esfuerzo, por ejemplo: el agente recibirá un cuatro por ciento sobre negocio celebrado más una doceava parte del promedio de la comisión mensual, lo cual reflejará el pago anticipado del promedio de la comisión de los tres últimos años.

De otro lado, es factible que como parte del precio se pacte a cargo de quién quedan los gastos correspondientes a publicidad, pues si bien se dice en voces del artículo 1317 que el agente tiene el encargo de promover y explotar negocios en un determinado ramo, nada obsta para que las partes en búsqueda de una satisfacción plena de sus intereses, busquen una manera distinta de regular quién corre con el gasto económico de la publicidad. En efecto, es posible que sea el empresario quien asuma en todo o en parte, los gastos de la publicidad o de la promoción, y eso no desfigura el contrato de agencia, ya que quien debe realizar la promoción es el agente con independencia que el empresario asuma total o parte de esos gastos, lo cual no resta libertad al agente, quien deberá de acuerdo con sus conocimientos del mercado, de manera independiente o de acuerdo con las instrucciones, escoger la mejor forma de promover los negocios del empresario con su propia organización administrativa. Es decir, se mantiene su obligación de *facere* que lo caracteriza y lo identifica para promover los negocios del agenciado, manteniendo el mercado o logrando mejor posicionamiento en el mismo.

¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de febrero de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Sin más, es necesario decir que los aparentes motivos de tener como de orden público la citada prestación, fueron bajo la consideración de un agente débil y de alguna manera sometido a la voluntad del empresario. Con todo, el agente puede tener una posición económica equivalente y superior a la del empresario, con toda la posibilidad de discutir libremente y en mejores condiciones el contenido contractual del negocio a celebrar. Se observa que en tratándose de esta prestación como norma imperativa, no fue explicada la posición adoptada por la Corte Suprema, por el contrario, se observa una argumentación débil, sin claridad respecto a la cadena argumentativa que la llevó a concluir que esta prestación no se puede renunciar sino después de causada.

En este sentido, me separo de quienes piensan que esta posición de la Corte acabó con el contrato de agencia comercial, ya que nada obsta y en nada debe asustar a un comerciante profesional, el celebrar un negocio de esta naturaleza, pues es lógico que en la misma celebración de un contrato de este tipo y teniendo presente que al final del mismo se debe pagar la prestación, el empresario amortice de alguna manera ese pago final, es decir, si el empresario ha previsto que además del rubro correspondiente al pago pactado por la gestión del agente debe pagar una prestación final, sin duda influirá en la valoración que este realice al momento de celebrar el contrato. Así, por ejemplo, en el valor pactado por la gestión se acuerda el pago anticipado de la prestación, el cual sin duda al momento de la negociación se tendrá como un valor global previsto por el empresario y correspondiente a lo que se considere es la labor desarrollada por el agente.

Considero que el temor al contrato de agencia comercial, es más producto de la manera como se ha presentado, pues se cree que es una forma de empobrecimiento del empresario y enriquecimiento del agente, cuando es perfectamente lógico que el empresario amortice el pago de esa prestación final, pues recordemos que ésta es proporcional al esfuerzo realizado por el agente en promover los negocios del empresario, lo que quiere decir que entre más hábil sea el agente en posicionar los bienes o servicios del empresario, mayor será su beneficio a la terminación del contrato y por supuesto mayores ganancias habrá generado para el empresario y mejor posicionamiento en el mercado. Lo malo o negativo no es que la prestación sea o no de orden público, sino la inseguridad jurídica que generó la adopción por parte de la Corte una posición sin mayor argumentación, ya que el empresario lo que en realidad requiere o necesita es seguridad jurídica que le permite amoldar a su actividad económica las regulaciones normativas. Quien va a celebrar un contrato de agencia tendrá en cuenta dentro de su margen de ganancia, lo que deba pagar por la prestación, al final del contrato o anticipadamente y de igual manera, el agente sopesará dentro de su margen de ganancia, lo que corresponda como contraprestación por su esfuerzo en la promoción de los negocios del agenciado y el beneficio a la terminación del contrato.

La abundante crítica a la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha tenido eco en la justicia arbitral, donde en el caso de *Invertexty E.U., VS L.G., Electronics Colombia Limitada*, el tribunal en la parte considerativa se refiere a la prestación contenida en el artículo 1324 inciso 1 del Cod. de Co., y sin mayor argumentación toma la posición contraria a la asumida por la Corte, sin referirse o hacer un estudio detallado de ésta, para llegar a la conclusión de que estamos en presencia de un orden público relativo y la ilicitud o litud de la renuncia a la prestación está determinada por consideraciones subjetivas y objetivas como que el “*agente constituyera una parte débil en el proceso de*

contratación”; por lo que este laudo, al separarse del antecedente, aunque en los solos considerandos, deja más preguntas que soluciones, en el proceso argumentativo.¹⁵

En esa misma línea, en el Laudo Arbitral de Cellular Trading de Colombia LTDA contra Comunicación Celular S.A. – COMCEL-¹⁶ se consideró que la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Cod. de Co, no es de orden público, alejándose de la jurisprudencia de la Corte Suprema, con base en citas de la doctrina colombiana que critican la posición de la Corte (Gabriel Escobar Sanin, Jaime Arrubla Paucar, Felipe Vallejo, José Alpiniano García, Hernando Cardozo Luna, Asecolda), en un concepto de la Superintendencia de Sociedades y en los artículos 4, 15 y 16 del Código Civil para concluir que : “*la prestación objeto de controversia y análisis es de contenido remuneratorio, de carácter patrimonial, de formación continuada y de carácter eminentemente particular y subjetivo. No ve por parte alguna que la renuncia que de ella haga un agente comercial pueda atentar contra el orden o contra las buenas costumbres*”, para finalmente afirmar que “*Tampoco acepta el Tribunal que el legislador con esta disposición haya querido blindar con una especial protección al gremio de los agentes, en prevención o represión por los abusos eventuales o ciertos del empresario....El aceptar la protección gremial como tesis válida conduciría a reconocer un trato discriminatorio de la ley....,y por ende sería violatorio del derecho fundamental a la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política*”. Aunque no todo trato diferencial es contrario a la C. P.,¹⁷ si se debe registrar que en los tribunales de arbitramento se abre paso la tesis contraria a la sostenida por la Corte respecto de si la prestación contenida en el artículo 1324 del Cod. de C., es o no ordenativa.

El encargo de promover y explotar negocios, debe ser, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada; se debe analizar la importancia de estos dos elementos como

¹⁵Cfr. Laudo Arbitral, Invetexty E.U., VS. L.G., Electronics Colombia Limitada, 30 de agosto de 2004, Árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Martínez y Fabio Silva Torres.: “Desde luego, si se demuestra que hubo abuso de posición dominante, para que la parte débil renuncie a sus derechos, esa renuncia es nula pero por otras causas. Es bueno señalar que lo que prohíbe la ley laboral es la renuncia a las prestaciones en abstracto, como figura jurídica de protección al trabajador. Y que una cosa diferente es la renuncia que haga el empleado de las obligaciones contractuales a su favor y a cargo del patrono (medidas ya en pesos y centavos). Testigos de esta aseveración numerosas conciliaciones, en las cuales el trabajador renuncia a una suma determinada teniendo en cuenta las condiciones económica del patrono” y más adelante se dice: “ como ya se dijo, que se regulan en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio no son de orden público, al contrario de los laborales. La actora entonces no tiene la razón.....si bien en principio el agente puede renunciar al beneficio que se estudia, pueden existir consideraciones subjetivas y objetivas que hagan ilícita tal renuncia...Dentro de las condiciones subjetivas que podrían invalidar la renuncia estaría la que el agente constituyera una parte más débil en el proceso de contratación, y de que por consiguiente estuviera protegido por la ley para salvaguardar el principio de igualdad. Eso en teoría no es cierto.”

¹⁶ Cfr. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, 18 de marzo de 2002, Partes: Cellular Trading de Colombia LTDA., - CELLPOINT- Contra Comunicación Celular – COMCEL., Árbitros: Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer, Gustavo Cuberos Gómez.

¹⁷ La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha manifestado que la Constitución Política acepta el tratamiento desigual como un medio para obtener un fin, siempre que exista una justificación objetiva y razonable. La discusión sería si es justificado y razonable que se proteja a un gremio (agentes comerciales) respecto de sus contratantes. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 70 y ss.

determinantes en el contrato de agencia. Se pensaría que la agencia solo se puede celebrar para determinados servicios, negocios o bienes específicos, lo cual no es acertado ya que el empresario bien puede entregar a un agente la promoción de algunos bienes o negocios de la empresa o de todos los negocios de la misma, por lo que este término se debe entender en sentido amplio y será el empresario el que defina qué negocios le entrega al agente para su promoción.

El territorio puede delimitarlo el empresario a varios países, un país, una región, departamento o municipio. Si no se manifiesta un territorio específico en el contrato de agencia, no por ello el negocio deja de nacer a la vida jurídica, se entenderá que el agente está legitimado para celebrar o promover negocios por cuenta del empresario en todo el territorio nacional, salvo que por las circunstancias de tiempo, modo o lugar, se infiera claramente de la conducta del empresario, que se está limitando el territorio a un lugar geográfico particular.

Es posible que en el mismo territorio concurren dos o tres agentes, de acuerdo como se hayan integrado los distintos negocios. Así, el artículo 1318 del Cod. de Co., estipula: “*Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos*”, sin embargo, debe observarse la manera como se forma el contrato y en todo caso, es necesario valorar todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar

2. Distribución de Riesgos en La Relación Jurídica Contractual.

2.1 El Riesgo Consecuencia de la Definición Jurídica del Contrato de Agencia Comercial

Como elemento fundamental aparece la obligación de *hacer* a cargo del agente, en tanto en cuanto el encargo primordial es promover, estimular y atraer clientela. El agente de manera independiente debe mantener la posición económica del agenciado en el mercado o lograr un mejor posicionamiento. El riesgo que asume el agente en el desarrollo de este contrato es el propio de su empresa, su preocupación de pérdida está limitada a las relaciones internas de su empresa, a su organización administrativa y económica, el único riesgo que asume es no recibir ingresos por no lograr mantener el mercado para el agenciado o lograr su incremento, como pérdida de ingreso esperado.¹⁸

¹⁸Cfr. Laudo Arbitral, Medellín, 1 de septiembre de 1999, Partes: Faro Publicidad S.A., contra El Colombiano Limitada y Cia S.C.A., Árbitros: Ignacio Sanin Bernal, Beatriz Maria Arango y Enrique Gaviria Gutierrez. “Y en verdad que tal es la razón de ser de la agencia comercial: que el empresario, asumiendo los riesgos de la colocación de sus productos o servicios, entregue o descargue en otros los riesgos que implica el estructurar toda una empresa comercial para que el producto llegue al cliente y al mercado...En tratándose del contrato de agencia comercial es el empresario, no el agente, el que asume el riesgo en el negocio..., es decir, que éste asume las consecuencias patrimoniales, sean benéficas o adversas, ya que los efectos jurídicos realizados por el agente se “trasladan o deben trasladarse a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es este quien está llamado a asumir los riesgos.”; Fernando Hinestrosa, Escritos Varios, *ibid*, p. 758: “El agente, fundamentalmente, promueve, auxilia al empresario con autonomía jurídica, obra por cuenta y riesgo de dicho empresario, por intermedio de su propia empresa, con o sin exclusividad unilateral o mutua.”

De otro lado, el empresario asume todo el riesgo de los bienes y productos que el agente promueve en el mercado. Con todo, esta distinción de riesgos no es absolutamente rigurosa y las partes pueden por vía de disposiciones *accidentalia negotia* establecer riesgos conjuntos.

Obsérvese que el agente actúa por cuenta de otro, con o sin representación, es decir, el empresario dispone de sus intereses, pero puede legitimar a otro sujeto jurídico para que promueva de manera estable sus negocios y celebre los mismos en representación suya, caso en el cual estamos hablando de una agencia con representación. Ahora bien, es posible que el agenciado solamente mediante el contrato de agencia permita al agente promover los negocios a través de un encargo continuo y duradero, pero sin la legitimación para celebrar negocios en representación del empresario, evento en el cual su obligación consistente en *facere*, se limitará a mantener o conquistar un mercado, pero los negocios serán celebrados directamente por el agenciado.

Por otro lado debemos preguntarnos si se desfigura el contrato de agencia comercial cuando el poder otorgado está configurado de tal manera que el agente debe actuar en nombre propio, pero por cuenta y en interés ajeno,¹⁹ donde el agente además de promover bienes, celebra los negocios como titular del interés, para después transferir los efectos al empresario, y como en este caso se trata de venta, serán los riesgos económicos producto del coste de los bienes en el mercado. Es sin duda un contrato de agencia comercial, ya que el mismo no se configura, por como lo vean las personas externas a la relación jurídica, sino como lo configuren las partes.

Así el caso de Exxonmobil Colombia S.A., VS. Muñoz Real y Cia Ltda, se celebró un contrato de agencia comercial, para lo cual la sociedad Exxonmobil entregó en comodato, el inmueble y los equipos de una estación de servicio (surtidores y tanques de almacenamiento) y celebraron un contrato de depósito por una cantidad de combustible. De tal manera que las personas que celebraban negocios con el que llamaron agente lo tenían como propietario del combustible.²⁰

¹⁹ Cfr. Fernando Hinestrosa, “Poder y representación”, I *Jornadas Internacionales de Derecho Notarial*, p. 122: “La llamada representación indirecta, derivada del hecho de que el agente obra en nombre propio, pero por cuenta y en interés ajenos, que puede obedecer a exigencias de la relación de gestión o del propio *dominus*, o deriva de iniciativa del gestor.”. Cfr. Luigi Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, *Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano*, Trad. Manuel Albadaejo. 589: “De poder no se puede hablar porque éste es fuente de representación directa (art. 1.392, en unión con el 1.388 c.c.); de mandato y de comisión tampoco, porque estos negocios regulan las relaciones internas en el terreno obligatorio y, además, el primero puede enlazarse a la representación directa y, aún más, generalmente, se enlaza a ésta (arts. 1.704 y 1.705 C.C.; lo contrario hay que decir de la comisión: art. 1.731 C.C.). En nuestra opinión, un solo término ya ha sido utilizado por alguno en tal sentido: la autorización (*Ermächtigung*), entendida como “el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente en nombre de derechos del autorizante”. Entendida así, la autorización toma un significado específico y propio, y se contrapone a un concepto lato y en realidad impropio de autorización, entendido como cualquier acto o negocio por el que el interesado da su asentimiento al negocio ajeno, que debe producir directa o indirectamente efectos en su patrimonio. La autorización, así como el poder, puede encontrarse fundida o unida con un contrato de mandato sin representación directa (art. 1.075 C.C., donde se dice simplemente “mandato sin representación”, sólo por que el término “representación”, en la ley, se limita a la directa) o a un contrato de comisión.”

²⁰ De la lectura de este pacto arbitral, de las pruebas citadas, no queda muy claro que se esté en presencia de una agencia comercial, pues al parecer el que llamaron agente, nunca actuó en nombre, por cuenta o en interés

Cundo riesgos del mercado son del agenciado y el agente adquiere los bienes para promoverlos, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que no hay contrato de agencia, toda vez que ya no se actúa por cuenta y riesgo ajeno sino por cuenta y riesgo propio, distinguiendo la labor de agente con la labor de quien promueve bienes propios por dedicarse a la reventa así, *“En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir a título de adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por el empresario. Por que cuando un comerciante difunde un producto comprado para él mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocios que le es propio....Por tal razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos.”*²¹

Evocando la regulación del contrato de agencia comercial en España, mediante ley 12 del 27 de mayo de 1992, se concibe *“como aquel por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y a nombre ajeno, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales*

ajeno, como tampoco se ve la promoción o explotación de mercados. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio, Exxonmobil de Colombia S.A., VS. Muñoz Real y Cía. Ltda., 28 de abril de 2004.

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No 4701, 30 de agosto de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 6270, 8 de marzo de 2000, M.P. Jorge Santos Ballesteros, Partes: “Delkita y CIA. LTDA., VS. Cervecería Unión S.A., a pesar de resultar probado que la sociedad demandada trataba a la demandante como agente ante terceros, de tener un reglamento de precios de compra y cuidado de la clientela, de capacitar a los vendedores de Delkita y CIA. LTDA., sobre técnica de venta, manejo y cuidado de la clientela y de tener una zona geográfica determinada, la Corte determinó que no se actuaba en calidad de agente, toda vez que la sociedad demandante compraba los bienes, y explotaba su propio negocio. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1989, M.P. Germán Giraldo Zulúaga, Partes: Cacharrería Mundial VS Jorge Iván Merisal de Soto y otro : “ Y que finalmente, “puede asumir el riesgo de la venta de sus propios productos, descargando en otro u otros el riesgo de los costos de la organización en las varias zonas. Es cuando surge el contrato de agencia. El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio riesgo y en condiciones de autonomía la colocación de los productos o servicios ajenos..... Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.”

operaciones.”. Así, la legislación en principio acepta que el agente no debe asumir el riesgo y ventura, salvo que las partes por pacto a propósito desplacen el riesgo y ventura del agenciado al agente.

Entre nosotros el riesgo y ventura podría llegar de alguna manera a asumirlo el agente, en la medida en que se amarre la retribución del agente a ciertas eventualidades del mercado. Así cuando se establece un valor fijo para el agente por su promoción y un mínimo de negocios para que este tenga derecho a una comisión por negocio celebrado, aún se puede pactar que la comisión por negocio celebrado sea proporcional a la utilidad que reciba del agenciado. Si los precios bajan en el mercado dejando una utilidad mínima o nula el agente también correrá con ese riesgo y a la inversa.

El agente sí puede asumir con el empresario las pérdidas de pudieran arrojar las ventas de los productos si su comisión está determinada por un porcentaje sobre la utilidad del empresario, de tal manera que si el empresario ve afectada su utilidad, el agente ve mermadas sus expectativas. Se puede pensar que sería inválido el pacto de comisión del agente sobre la utilidad del empresario ya que los riesgos del mercado en principio le corresponden a éste, pero nada obsta para que el agente quiera beneficiarse de una mayor utilidad que logre para el empresario y la correlativa participación en los riesgos del agenciado cuando no logre esa mayor utilidad; por pactarse una relación proporcional entre utilidad y comisión del agente.

La Corte Suprema de Justicia en el caso de Eduardo González contra Ico Pinturas,²² encontró que en la relación jurídica constituida entre estos dos sujetos jurídicos se daban algunos elementos que se encuentran en la definición del contrato de agencia comercial, toda vez que resultó probado que el señor Eduardo González promovió los productos de Ico Pinturas S.A., en el departamento de Antioquia, utilizó los signos distintivos y se pactó un incentivo por la venta de los productos y con calidad de distribuidor exclusivo.

Como se observa de los hechos probados se recorrió parte de la definición del contrato de agencia comercial, Eduardo González, como comerciante promovió de manera independiente, estable, en un territorio determinado los bienes de la empresa Ico Pintura, lo que en principio llevó a pensar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que se trataba de un típico contrato de agencia comercial. Sin embargo, en el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia se encontró que Eduardo González promovió productos propios y no ajenos, es decir, no actuó en beneficio exclusivo del empresario, en efecto afirmó que: *“Y aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo el empresario, los que este ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo”* y más adelante afirma que: *“resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las soportaría el agente”*. Así, la Corte fundamenta su tesis sobre los riesgos del mercado, lo cual no es en estricto sentido acertado, ya que el agente si corre con riesgos del mercado por que ve afectado el ingreso proyectado y más si su comisión es un porcentaje de las utilidades del empresario.

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, Partes: Eduardo González VS. Ico Pinturas S.A.

Con todo, se determinó que no se estaba en presencia de un contrato de agencia comercial, por cuanto el señor González adquirió los bienes. Es decir, el agente asume los riesgos de su empresa para promover bienes o servicios ajenos, pero los riesgos del mercado, de los productos que promueve corresponden al agenciado; así, se dijo en la sentencia: “era el señor González, y no la sociedad demandada, quien asumía el riesgo de las negociaciones de reventa, desde luego que no actuaba ni a nombre ni por cuenta de ésta. Entonces la insolvencia de los compradores, las posibles bajas de precios en las existencias, la pérdida de mercancías, etc., todo corría por cuenta y riesgo del distribuidor revendedor, quien en la enajenación de los productos adquiridos de la sociedad demandada, actuaba a nombre propio y no de ésta y actuaba también por cuenta y riesgo suyos y no de la empresa productora.” Siendo entonces fundamental y concepto distintivo de la agencia comercial la distribución de riesgos en el mercado a la hora de proveer y aún de explotar negocios ajenos.

La distribución de los riesgos en este tipo contractual depende de la calidad de agente o representante que se tenga al momento de promocionar los bienes o servicios del agenciado, por lo que nos acercaremos a estos dos conceptos que son propios a la definición consagrada en el artículo 1317 del Código Civil.

El agente como comerciante independiente, que asume el encargo de promover los bienes y servicios del empresario y buscar negocios de manera continua, puede concretar su obligación de *facere* que lo caracteriza con la mera procura de clientes para el proponente, sin representación o legitimación jurídica para celebrar negocios a nombre y por cuenta ajena. Es decir, la actividad profesional y autónoma a cargo del agente, se puede traducir en la estimulación del mercado, a través de publicidad, acercamiento y contacto permanente con los posibles clientes, acudir a estrategias de convencimiento para lograr la mayor cantidad de negocios, con el fin de lograr mantener o lograr un mejor posicionamiento en el mercado, agotando su obligación en la promoción sin celebración de los negocios. Esto implica, que el agente actúa dentro del marco de instrucciones dadas por el proponente, sin representación para concluir los negocios buscados²³. El agente tiene un encargo estable e independiente que no se agota en la mera publicidad de un negocio, sino que debe entrar en contacto con los posibles clientes y convencerlos de concluir el negocio con el empresario, quien celebrara de manera directa todos los negocios buscados por el agente.

Veamos, Joaquín Garrigues nos dice que el contrato de agencia tiene por objeto “*la promoción o conclusión de contratos a nombre y en interés de otro*”²⁴, así el agente solamente se puede dedicar a la promoción y acercamiento sin tener legitimación jurídica

²³ *Ibid.* Cfr. Fernando Hinestrosa, *Escritos Varios*, p. 763: “Y, complementariamente, por lo mismo que el agente no es sino un promotor que eventualmente tiene un poder de representación del empresario, no asume, como se ha repetido insistentemente, riesgo distinto a los de su propia empresa.”

²⁴ Cfr. Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá, Edt. Temis, 1987, pp. 121 y 122: “Esta nota nos explica la obligación del agente de concluir contratos a nombre y en interés de otro y es que separa la actividad de los agentes como actividad parcial de la actividad del mediador como actividad imparcial...., el agente no tiene que esperar a recibir encargos concretos del empresario un cuyo nombre actúa, sino que tiene la obligación positiva de esforzarse en promover a concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta de aquel....”

para concluir los contratos a nombre y por cuenta del empresario. Diríamos que en este evento el agente no tiene representación para la conclusión de los negocios

El empresario puede o no otorgarle legitimación al agente para que éste celebre los negocios jurídicos, a nombre y por cuenta del proponente²⁵. En tal sentido, podrá definirse de forma clara cuáles son las facultades e indicar qué negocios o actos se pueden ejecutar con la autorización respectiva, así como los límites a que está sometido el agente al momento de celebrar los negocios promovidos. Como tal, el acto de apoderamiento del agente se encuentra en el contrato de agencia comercial, sin que se confunda con éste, ya que es un acto libre de formalidades y como tal no se requiere observar ritual alguno para que el empresario apodere al agente. En igual sentido es posible que el empresario otorgue libertad al agente para que este celebre los negocios jurídicos y diseñe el contenido económico de los mismos por vía de las cláusulas accidentales o limitar su actividad a ciertos negocios con ciertos topes, reservándose el proponente la celebración de negocios que por su naturaleza y cuantía se consideren de suma importancia, por último, corresponderá al empresario definir en qué términos debe actuar el agente.

El agente al momento de celebrar los negocios, que ha promocionado de manera estable e independiente, debe manifestar que obra en nombre y por cuenta ajena, a fin que los efectos jurídicos del negocio celebrado se radiquen en cabeza del proponente. Es decir, para que los efectos de la declaración se radiquen en la esfera jurídica del empresario, el agente debe manifestar que es el empresario el titular del interés en disposición. Si el agente calla y no dice que actúa a nombre y por cuenta ajena los efectos de los negocios celebrados recaerán en su esfera jurídica y él será el responsable de todas las vicisitudes que resulten de los negocios concluidos.

La representación que ejerce el representante puede ser la llamada indirecta, donde el agente obra en nombre propio pero por cuenta y en interés ajeno, evento en el cual para los terceros el dueño de los bienes objeto de la promoción aparecerán como de propiedad del agente, teniendo este la obligación de transferir los efectos jurídicos al empresario.²⁶

²⁵ *Ibid.* Cfr Laudo Arbitral, Medellín, 1 de septiembre de 1999, Partes: Faro Publicidad S.A., contra El Colombiano Limitada y Cia S.C.A., “Siendo el agente un mandatario, los actos que ejecuta por cuenta del empresario pueden llevar la representación o no llevarla, es decir, que al momento de colocar el producto al consumidor, el agente obra ante terceros en nombre propio o en nombre ajeno. En otras palabras, el agente puede manifestarle al tercero el nombre del empresario y que actúa a su nombre, o no revelarlo y actuar como si el negocio fuera de él. Pero en ambos casos, siempre, estará actuando por cuenta del empresario que es el que, en últimas, va a sumir el riesgo patrimonial.”

²⁶ Cfr. Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1986, *Dottrina Generale del Contratto*, 1948 Trad. R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra, pp. 238: “Aquí el llamado representante declara una voluntad propia, con la finalidad de conseguir un resultado que concierne al círculo de intereses ajenos, es decir, del llamado representado; *pero, exteriormente, este es, en relación a los terceros a quien dirige su propia declaración, no aparece que él persigue el cuidado de intereses ajenos...*, porque la esencia de la representación indirecta está en el hecho de que el declarante declara en nombre propio (representación en nombre propio), con la consecuencia de que los *efectos jurídicos de su actividad* contractual repercuten, en sentido activo y pasivo (ya en el sentido de adquisición de derechos, ya en el de asunción de obligaciones) en su propio círculo jurídico (arg. Art. 1705, primer inciso) ”

Entonces una característica primordial y que distingue la agencia comercial es el riesgo, no de la empresa, sino de los bienes y servicios que se promueven en este contrato, toda vez que el agente promueve intereses ajenos no propios; como si sucede en el contrato de concesión o en el de suministro donde se promueven y explotan bienes propios.

2.2. La Promoción y la Distribución del Riesgo en la Identificación del Contrato de Agencia Comercial.

El riesgo del mercado a cargo del empresario, respecto de la variación del mercado, costos de los bienes y servicios promocionados, oferta y demanda, resulta de la misma definición del contrato de agencia, de acuerdo como se ha explicado. Con todo, el anterior axioma no es totalmente aplicable para distinguir el contrato de agencia comercial, ya que en sentencia del 30 de agosto de 1993, en el caso de DISTRIMORA LTDA contra SHELL COLOMBIA S.A., el Magistrado Javier Tamayo Jaramillo aclaró el voto, en el sentido de indicar que la agencia comercial puede coexistir con un contrato de *suministro*, afirmando que: *“Pero nada impide que, además de la simple compraventa, el distribuidor, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa mediante remuneración adicional...a impulsar el producto y, en general, a ser su representante o agente...”*.

Esta Tesis fue recogida en el Laudo Arbitral de Colombina S.A. VS. Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A.,²⁷ donde el tribunal aceptó que un contrato de suministro puede coexistir con un contrato de agencia comercial, cuando quiera que se haya recorrido la definición jurídica de cada uno de estos negocios en particular. En efecto, estas dos sociedades celebraron un contrato el 6 de mayo de 1986 que denominaron *“Contrato de Suministro para Posterior Distribución”*, otro con algunas modificaciones el 23 de septiembre de 1986 y otro en 1993 en iguales condiciones. Valorados junto con las pruebas por el tribunal, se determinó la coexistencia del contrato de agencia comercial con el de suministro. En efecto, la sociedad convocante compraba de manera continua y permanente los bienes que ofrecía en el mercado a la sociedad convocada, lo que en principio evocaba un mero contrato de suministro, compra continuada para la reventa posterior; pero se encontró que Colombina S.A., además de revender productos adquiridos, actuaba como mandataria de Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A., en cuanto actuaba como un buscador de negocios, proporcionaba clientes, incrementó el mercado y promocionaba en calidad de mandatario. En este caso lo que determinó la existencia del contrato de agencia comercial fue la promoción y los actos materiales realizados por Colombina S.A. en calidad de mandataria, así afirmó el laudo: *“Es éste efectivamente el fin del contrato en cuestión, pues como modalidad especial del mandato comercial, la agencia mercantil se caracteriza por tener como objeto que el agente promueva o explote negocios del agenciado: su finalidad constituye la conquista, conservación o ampliación de un mercado específico”* y para explicar el concepto de explotación acude al Laudo Arbitral de Roberto Cavalier y Cia VS Flota Mercante Grancolombiana en el cual se dijo: *“tratándose de una obligación de hacer, el agente debe adelantar todas aquellas actividades encaminadas a obtener en la zona correspondiente*

²⁷ Cfr. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Cali, 26 de mayo de 2005, partes: Colombina S.A., Contra Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A., Arbitro: José Ricardo Caicedo Peña, Jaime Valenzuela Cobo y Jorge Restrepo Potes.

la elevación y el mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios...la ampliación de los negocios y los clientes existentes y el fomento, obtención y conservación de los mercados para el aprovechamiento de los negocios del empresario....,deberá poner en movimiento todos los medios publicitarios para anunciar el producto o el servicio y atraer clientela, deberá mantener contacto estrecho con ésta, visitándola periódicamente....”.

Para el tribunal el contrato celebrado tiene los elementos esenciales y naturales del contrato de suministro, sin embargo, se incorporaron obligaciones ajenas a la naturaleza y a la esencia de los contratos de suministro, como fueron *“la posibilidad de que PURINA fijara unilateralmente los precios de los productos”*, la obligación *“de COLOMBINA de Suministrar a PURINA informes de todos los pormenores sobre ventas”*, igualmente Colombina S.A., *“permitía a las personas que PURINA designe visitaran sus bodegas”*; y en las pruebas practicadas se determinó que Colombina S.A, actuaba como mandataria ante los almacenes de cadena y recibía instrucciones *“referentes a la forma como deben adelantar las promociones y el mercadeo”*. Así, se afirmó: *“Para el Tribunal es claro que Colombina aumentó la clientela y el mercado de Purina ejecutando labores de promoción y de mercadeo, no independientemente sino como mandataria de Purina”*.

El caso mencionado cobra particular relevancia en cuanto se reconoce la coexistencia del contrato de suministro con el contrato de agencia comercial, o mejor, un contrato de suministro que por cláusulas accidentales incluyó elementos propios de la agencia comercial, aunado a una ejecución donde las conductas de las partes recorrieron la definición del contrato de agencia comercial, llevó al tribunal a reconocer la existencia de este último al afirmar que *“Del análisis del contrato de suministro para posterior distribución, encuentra el Tribunal que el elemento diferenciador de esa figura con la agencia es que su objeto fue al compra para posterior reventa, pero hay evidencias de que el encargo de PURINA a COLOMBINA, adicionalmente, comprendía adelantar actividades de promoción para ampliar, conservar y aumentar el mercado de los “Productos del Contrato” en beneficio de COLOMBINA y de PURINA, que se dieron en la práctica. Circunstancia, unida al hecho de que PURINA vendía en Colombia alimentos para mascotas, en tamaños más grandes, evidencian que las labores de promoción de “productos” beneficiaban directamente a PURINA en cuanto consolidaban el mercado de alimento para mascotas en su beneficio.”*. Es sin duda como se revela el elemento promoción, como determinante a la hora de valorar si se ha recorrido o no la definición de contrato de agencia comercial.

Por el contrario en el caso de TECNOQUÍMICAS S.A, contra SMITHKLINE BEECHAM CORPORATION,²⁸ se celebró un contrato donde la sociedad convocante como entidad empresarial independiente adquiriría bienes de la convocada, de manera estable, para venderlos en un territorio determinado y promocionar los mismos. Sin embargo, el Tribunal al evaluar las pruebas presentadas desechó la pretensión encaminada a solicitar la declaración del contrato de agencia comercial, por no encontrar que la sociedad Tecnoquímicas S.A., actuara como mandataria o tuviera un encargo para la promoción de los bienes de la sociedad convocada.

²⁸ Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Cali, 30 de septiembre de 2004, Partes: TECNOQUÍMICAS S.A, contra SMITHKLINE BEECHAM CORPORATION, Árbitros: José Ricardo Caicedo Peña, Ramón Eduardo Madriñan La Torre y Francisco Chaves Cajiao.

Pues bien, no obra por cuenta ajena quien promociona y explota su propio negocio, premisa que en principio bajo la distribución de riesgos del mercado permite identificar la agencia de los tipos contractuales afines. Sin embargo, como se ha estudiado en los laudos arbitrales citados, el elemento promoción por cuenta del proponente es definitorio a la hora de observar si se ha recorrido o no la definición jurídica del contrato en ciernes. En tendida la promoción como el conjunto de métodos y técnicas tendientes a dar a conocer al mercado un producto o un servicio, las calidades del producto o servicio, persuadir al público con el fin de incrementar las ventas, estimular el mercado de tal manera que este se mantenga o se incremente, en beneficio del empresario. Así, es necesario recordar que la agencia comercial entre nosotros es una especie de mandato sui generis, consagrado en el Código de Comercio como “*un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.*”²⁹, y definido en el Código Civil, como un contrato “*en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera*”; donde el elemento promoción tiene una naturaleza material y no jurídica.

La promoción por cuenta del proponente es fundamental para identificar el contrato de agencia comercial; en el Laudo Arbitral de Oscar Mario Mora Trujillo y CIA. S. en C., ISUCAMPO e ISUCAMPO E. A. T. contra AVENTIS CROPSCIENCE COLOMBIA S.A., donde se celebró en el año de 1998, un contrato de depósito, el cual en su ejecución las partes adoptaron una conducta cuya significación recorrió la definición de agencia comercial, a pesar que en la cláusula quinta del negocio celebrado negaban el nacimiento probable de un contrato de agencia: “*Este contrato no podrá interpretarse en el sentido de que EL DEPOSITARIO es mandatario, agente o representante de AgrEvo S.A., EL DEPOSITARIO no podrá ejercer ninguna labor de promoción de los productos depositados ni se anunciará como mandatario, agente o representante de AGREVO S.A.,.....*”. Con todo, el tribunal concluyó que coexistió el contrato de depósito con el de agencia, por la configuración de este último en el desarrollo y ejecución del primero.

Después de afirmar que la agencia es una especie de mandato, por encontrarse en el título XII del libro IV del Código de Comercio, encontró, el Tribunal, en la valoración de las pruebas que la sociedad convocante desarrolló actividades de promoción en beneficio y por cuenta de la convocada, teniendo según las pruebas que ISUCAMPO adquiriría los bienes de AVENTIS después de venderlos: “*al final de cada mes..., un empleado de esta última verificaba la variación de las existencias, con lo que se le facturaba a ISUCAMPO*

²⁹ Código Civil Italiano, artículo 1703: “El mandato es el contrato por el cual una persona se obliga uno o más actos jurídicos por cuenta de otra.”. Cfr. En este código no se contempla actividades de carácter material, “solo tiene el concepto de actos jurídicos, como ya sabemos (n.40), los negocios jurídicos, Por ello, el encargo de realizar un acto puramente material aunque se realice a título gratuito (como puede serlo también, si así se hubiere estipulado, el mandato) no estará sujeto a las normas de este último, sino que constituirá un contrato atípico. El mandato general para todos los asuntos del mandante, no comprende los actos de administración extraordinaria, salvo que así se indique expresamente.” Cfr. Ludovico Barassi, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1955, Trad. Ramon García de Haro de Goytisolo. pp. 292 a 294. en igual sentido, Alberto Trabuchi., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1967, Trad. Luis Martínez Calcerrada. p. 316: “El contenido de la actividad a que se obliga el mandatario, y que es el cumplimiento de ciertos actos jurídicos, distingue al contrato de mandato del contrato de obra, que tiene por objeto actividades materiales o intelectuales de distinto género.”

el valor de los bienes salidos de bodega”, de tal manera que cuando se compraban los bienes estos ya estaban vendidos, y los riesgos permanecían a cargo de la sociedad convocada, quien además imponía el valor de los bienes al consumidor final.³⁰

La promoción por cuenta la encuentra el Tribunal en que la sociedad convocada participaba en las labores de promoción, debatiendo con la convocante los planes y metas de ventas y realizando eventos promocionales. Uno de los testigos afirmó *“con frecuencia se organizaban eventos que llamaban días de campo, cuyos costos los asumía AGREVO. En tales eventos se hacía propaganda compartida..”*, la organización y desarrollo se planeaba de manera conjunta, y en muchos casos bajo la dirección de la convocada según resulta, dice el Tribunal, de comunicaciones enviadas por AVENTIS que aparecen como material probatorio. De igual manera, resultó probado que la convocada llevaba la iniciativa para la adopción de acciones y estrategias de comercialización.

Otro punto encontrado por el Tribunal es la labor de formación del personal de ISUCAMPO por parte de AVENTIS, hecho que se confirma con los siguientes apartes: *“Dentro del plan de Mercadeo de este año tenemos incluido un programa de capacitación de nuestros depositarios.”*; un testigo declaró que: *“la compañía AGREVO de vez en cuando y dependiendo de algunas circunstancias se hacían por ejemplo cursos, se hacían foros, se hacían entrenamiento para el personal de la compañía.”*, y más adelante afirma un testigo que: *“los ingenieros que él tenía (refiriéndose a ISUCAMPO) eran agrónomos de ventas y agrónomos de promoción prácticamente todos los pagaba AGREVO, estaban dentro de la nómina de ISUCAMPO”*

El tribunal también encontró el elemento promoción, en cuanto las partes elaboraban de manera conjunta los planes anuales de venta, en los cuales se fijaban metas a la sociedad convocante, con reconocimientos económicos. Así manifestó un testigo: *“que las metas de venta se establecían una vez al año y que AVENTIS era quien las fijaba...el cumplimiento de las metas iba ligado a un descuento por el logro de objetivos.”*

Finalmente, el tribunal encuentra que los riesgos de cartera fueron, asumidos conjuntamente, toda vez que el fabricante apoyaba al distribuidor en el recaudo de cartera y castigaba las deudas que la sociedad convocante cuando no podía pagar por imposibilidad de recuperar la cartera. De todo lo anterior el tribunal llegó al *“convencimiento de que actos de promoción llevados a cabo por la convocante reflejan que esta los ejecutó por cuenta de la demandada.”*

La promoción no solamente es propia a la definición que tiene nuestro Código de Comercio, sino que también se encuentra en el derecho Italiano en el artículo 1742 del Código que dice: *“Por el contrato de agencia una parte asume establemente un encargo de promover, por cuenta de otra, contra retribución la conclusión de contratos en una*

³⁰ Ibid., Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, 21 de marzo de 2002, Partes: OSCAR MARIO MORA TRUJILLO..... *“Así las cosas, este esquema de “compra para revender” hace perder nitidez al criterio diferenciador a que antes se hizo referencia, pues en estricto sentido no se compra para revender, pues cuando se adquiere ya se ha vendido a terceros....., En verdad los bienes nunca ingresaban a su patrimonio, pero sin embargo, contaba con autorización o el encargo de venderlos, lo que denota que esta actividad la desarrollaba por cuenta ajena.”*

*zona determinada.*³¹. Concepto no consagrado expresamente en el Decreto 58/1345 de 1958 francés el cual reza: “*Es agente comercial el mandatario que, a título de profesión habitual e independiente, sin estar ligado a un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios, en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciales.*”, el Código Suizo nos dice el artículo 418 que: “*Agente es aquel que asume a título permanente la obligación de negociar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en su nombre y por cuenta, sin estar ligado hacia ellos por un contrato de trabajo.*”, la Directiva del Consejo 86/653 del 18 de diciembre de 1986 de la Comunidad Económica Europea señala que: “*se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociador por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el empresario, la venta o la compra de mercancías, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.*”, y la ley 12 de 1992 española nos dice que: “*Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.*”³²

Como se observa el elemento promoción no es común a todas las legislaciones, sin embargo, los actos materiales que realice el agente deben ser por cuenta del empresario, para lo cual debe tener una calificación jurídica especial atribuida por éste, resultado de un documento escrito o de la significación de la conducta del proponente, para que se pueda actuar por cuenta del empresario. La sola promoción que realice un comerciante en beneficio de otro, no constituye elemento suficiente para constituir el negocio jurídico de agencia comercial, pues debe recorrerse a plenitud la definición jurídica de este contrato.

En efecto en el caso de Prebel S.A., contra L`oreal³³, mediante documento del 10 de julio de 1974, se firmó un contrato de concesión, donde la sociedad concesionaria podía utilizar las marcas de L`oreal para la fabricación, venta, distribución y promoción de los productos, relación jurídica que se mantuvo durante 17 años y una vez finalizó se discutió en el Tribunal de Arbitramento si existió un negocio jurídico de agencia comercial. El Tribunal una vez valoradas las pruebas, encontró que se trataba de una relación jurídica entre empresarios independientes, estable y en una zona prefijada. Sin embargo, la promoción y el posicionamiento de los productos de L`oreal en el mercado fue producto de la naturaleza misma del contrato de concesión de licencia de marca, toda vez que la promoción realizada no fue en rigor por cuenta de la convocada.

³¹Cfr. Giuseppe Ferri, *Manuale Di Diritto Commerciale*, Milan, Edt. Etet, 1980. p. 961 y ss.

³²Cfr. Fernando Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, Duodécima edición, 1986, p. 426: “Esa actividad, por la que percibe una remuneración que normalmente depende de sus resultados, está dirigida a realizar o preparar contratos por cuenta de otro empresario; en ocasiones tiene poder de representación para concluir esos contratos; pero en otras ha de limitarse a promoverlos.”, téngase en cuenta que la edición es anterior a la tipificación del contrato.

³³ Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, 23 de mayo de 1997, Partes: Sociedad Preparación de Belleza S.A. Prebel S.A., contra L`oreal, Árbitros: Hernando Tapias Rocha, Francisco Zuleta H y William Salazar.

Así, el elemento promoción por cuenta del empresario resulta signo distintivo de la agencia comercial, pues se requiere de una especial calificación jurídica para que se este en presencia de la agencia comercial, cuando quiera que se realice promoción de bienes o servicios ajenos.

CONCLUSIÓN

La agencia comercial como un negocio de naturaleza consensual, solo requiere para su nacimiento que se recorra a plenitud la definición jurídica de este tipo contractual, ya sea mediante declaración vertida en un documento o por conducta cuyo significado se amolde con la definición jurídica. Como tal, este negocio nace a la vida jurídica, aún existiendo disposición que niegue su configuración, si la conducta valorada recorrió la definición del tipo contractual, ya que se entendería que el significado de la conducta modificó la estipulación preexistente.

Los más de los elementos de la agencia comercial, son comunes a figuras afines como el suministro, la comisión, la concesión y el contrato de franchising. Sin embargo, la distribución de riesgos se muestra como un elemento definitorio, que sin estar expresa en la definición, es producto de ella y permite identificar una actividad propia a la función práctica, económica y social de la agencia comercial. Con todo, la coexistencia de contratos puede redistribuir los riesgos del mercado y dejar como elemento definitorio la promoción por cuenta de, permitiéndonos identificar de mejor manera cuándo estamos en presencia de un contrato de agencia comercial y cuándo se trata de un negocio jurídico distinto, como los mencionados.

BIBLIOGRAFIA

1. Barassi Ludovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1955, Trad. Ramon García de Haro de Goytisolo.
2. Bernal Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
3. Betti Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Colmenares, 2000, Trad. A. Martín Pérez.
4. Bigliuzzi Geri Lina, Breccia Humberto, Busnelli Francesco, Ugo Natoli, *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo 1 Volumen 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992., *Diritto Civile*, trad. Fernando Hinestrosa.
5. Cariota Ferrara Luigi, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, *Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano*, Trad. Manuel Albadaejo.

6. De Cupis Adriano, *El Daño, Teoría General de La Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, 1975, *Il Danno, Teoria Generale Della responsabilità Civile*.
7. Escobar Sanín Gabriel, *Negocios Civiles y Comerciales, Negocios de Sustitución*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 1987.
8. Escognamiglio Renato, *Lezione Sul Negozio Giuridico*, Editorial BARI , 1962.
9. Galgano Francesco, *Negocio Jurídico*, Valencia, Tirrant lo Blamch, 1992, Trad. Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albentosa.
10. Hinestrosa Fernando, “*Poder y representación*”, I *Jornadas Internacionales de Derecho Notaria*.
11. Hinestrosa Fernando, “*Validez e Invalidez del Contrato en el Derecho Latinoamericano*”, *El contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano, Bases Para un Codigo Latinoamericano Tipo*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
12. Hinestrosa Fernando, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 1964
13. Hinestrosa Fernando, *Escritos Varios, La Agencia Comercial y figuras Afines*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.
14. Hinestrosa Fernando, *Tratado de Obligaciones*, Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2ª Ed, 2003.
15. Julien Bonnecase, *Tratato Elemental de Derecho Civil*, México, Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen 1, Harla, 1997, *Traité Élémentaire du Droit Civile*, Trad. Enrique Figueroa Alfonso.
16. Messineo Franchesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1986, *Dottrina Generale del Contratto*, 1948 Trad. R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra.
17. Namén Vargas William, “*Forma del Negocio Jurídico y Prevención Notarial de su Ineficacia*”, I *Jornadas Internacionales de Derecho Notarial*, “*Manuel Cubides Romero*”, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998.
18. Planiol Marcel y Ripert Georges, *Derecho Civil*, México, Biblioteca Clásicos del Derecho, Harla, 1997, Trad. Leonel Pereznieto Castro.
19. Scognamiglio Renato, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, *Contratti in Generale*, Trad. Fernando Hinestrosa.

20. Trabuchi Alberto., *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1967, Trad. Luis Martínez Calcerrada.
21. Vallejo García Felipe, *El Contrato de Agencia Comercial*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 87 y s.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial numero 2297 y 2299, Bogotá 21 de Mayo de 1968
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, mayo 4 de 1968, Gaceta Judicial números 2297 a 2299, M.P. Fernando Hinestroza
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, Partes: Cacharrería Mundial Vs Jorge Iván Merisal de Soto y otro.
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2 de diciembre de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga, Partes: EDUARDO GONZÁLEZ Vs. ICO PINTURAS S.A.
5. Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No 4701, 30 de agosto de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta. Partes: Sociedad DISTRIMORA LTDA contra SHELL COLOMBIA S.A.
7. Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
8. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 6270, 8 de marzo de 2000, M.P. Jorge Santos Ballesteros. Partes: DELKITA Y CIA LTDA contra CERVECERIA UNION S.A
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de marzo de 2003, M.P. Jorge Santos Ballesteros. Partes: Sociedad RICCARDI LTDA contra ALITALIA LINEAS AEREAS ITALIANAS S.P.A,
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 7504, 28 de febrero de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Partes: INDUSTRIAS JOMAR Vs. CURTIEMBRES BUFALO S.A.

12. Laudo Arbitral, Roberto Cavlier & Cia Ltda. Vs. Flota Mercante Grancolombiana, 1 de Julio de 1992, Árbitros: José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios
13. Laudo Arbitral, Roberto Cavlier & Cia Ltda. Vs. Flota Mercante Grancolombiana, 1 de Julio de 1992, Árbitros: José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios.
14. Laudo Arbitral, Carlos Rincón Duque E Hijos Vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., Vecol S.A., 19 de marzo de 1993, Árbitros: Guillermo Gamba Posada; Necty Gutiérrez Sandoval, Carlos Vejarano Rubiano.
15. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, 23 de mayo de 1997, Partes: Sociedad Preparación de Belleza S.A. Prebel S.A., contra L'oreal, Árbitros: Hernando Tapias Rocha, Francisco Zuleta H y William Salazar.
16. Laudo Arbitral, Medellín, 1 de septiembre de 1999, Partes: Faro Publicidad S.A., contra El Colombiano Limitada y Cia S.C.A., Árbitros: Ignacio Sanin Bernal, Beatriz Maria Arango y Enrique Gaviria Gutiérrez. °
17. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, 18 de marzo de 2002, Partes: Cellular Trading de Colombia LTDA., - CELLPOINT- Contra Comunicación Celular – COMCEL., Árbitros: Miguel Camacho Olarte, Beatriz Leyva de Cheer, Gustavo Cuberos Gómez.
18. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio, Exxonmobil de Colombia S.A., Vs. Muñoz Real y Cía. Ltda., 28 de abril de 2004.
19. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá, Invetexty E.U., Vs. L.G., Electronics Colombia Limitada, 30 de agosto de 2004, Árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Martínez y Fabio Silva Torres.
20. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Cali, 30 de septiembre de 2004, Partes: TECNOQUÍMICAS S.A, contra SMITHKLINE BEECHAM CORPORATION, Árbitros: José Ricardo Caicedo Peña, Ramón Eduardo Madriñan La Torre y Francisco Chaves Cajiao.
21. Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Cali, 26 de mayo de 2005, partes: Colombina S.A., Contra Nestlé Purina Pet Care de Colombia S.A., Arbitro: José Ricardo Caicedo Peña, Jaime Valenzuela Cobo y Jorge Restrepo Potes.