

**EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y LOS CAMBIOS  
INTRODUCIDOS EN LA NEGOCIACIÓN DEL TLC ENTRE ESTADOS UNIDOS  
Y LOS PAÍSES ANDINOS<sup>♦</sup>**

**Adriana Lucía López Alvarez<sup>1</sup>**

**Contenido**

Introducción .....	4
1. El Contrato de agencia comercial en Colombia .....	6
1.1 Antecedentes del contrato de agencia comercial .....	6
1.2 Definición y elementos esenciales del contrato de agencia comercial .....	9
1.2.1 Definición .....	9
1.2.2 Elementos esenciales .....	14
1.2.2.1 Independencia .....	15
1.2.2.2 Estabilidad .....	16
1.2.2.3 Encargo de promoción o explotación .....	17
1.2.2.4 Actuación por cuenta de otro .....	18
1.3 Remuneración del agente comercial .....	20
1.4 Prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio .....	21
1.5 Indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio .....	24
1.6 Causas de terminación del contrato de agencia comercial .....	26
1.7 Agencia comercial de hecho .....	29
2. Negociación del contrato de agencia comercial en el TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos .....	29
2.1 Antecedentes del tema “agencia comercial” en los TLC negociados por Estados Unidos: Dealers Act y cafta .....	29
2.1.1 Costa Rica. Sección “A” de los Compromisos Específicos .....	31
2.1.2 República Dominicana. Sección “B” de los Compromisos Específicos .....	33
2.1.3 El Salvador. Sección “C” de los Compromisos Específicos .....	34
2.1.4 Guatemala. Sección “D” de los Compromisos Específicos .....	35
2.1.5 Honduras. Sección “E” de los Compromisos Específicos .....	35
2.2 Argumentos de Estados Unidos para solicitar cambios en el contrato de agencia comercial colombiano .....	36
2.3 Solicitud de Estados Unidos: primera solicitud, evolución de la primera solicitud durante la negociación y solicitud final .....	38
2.3.1 Primera solicitud .....	39

<sup>♦</sup> *Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y en Negocios Internacionales y Mercados de Capita de la misma universidad. LL.M. en Valores y Regulación Financiera de Georgetown University.

2.3.2 Evolución de la primera solicitud durante la negociación .....	43
2.3.3 Solicitud final.....	45
2.4 Posición de Colombia en caso de asumirse un compromiso .....	47
2.4.1 Posición defensiva de Colombia frente a los cambios propuestos a la legislación sobre el contrato de agencia comercial.....	48
2.4.2 De adquirirse un compromiso, este debería responder al balance general de la negociación .....	49
2.4.3 De adquirirse un compromiso, éste debería ser recíproco .....	49
2.4.4 Derechos adquiridos .....	49
2.4.5 Tiempo de implementación.....	51
2.4.6 Indemnización conforme a los principios generales del Derecho contractual .....	51
2.5 Sector privado colombiano .....	51
2.5.1 Interacción entre el equipo negociador y el sector privado colombianos .....	53
2.5.2 Principales argumentos del sector privado colombiano frente a la solicitud de Estados Unidos.....	53
2.5.2.1 Resumen de los principales argumentos del sector privado en contra de hacer cambios .....	54
2.5.2.2 Resumen de los principales argumentos del sector privado a favor de hacer cambios .....	54
2.5.2.3 Derecho comparado: legislación de Puerto Rico y Directiva europea .....	55
2.5.2.3.1 Legislación de Puerto Rico en materia de contratos de distribución .....	56
2.5.2.3.2 Directiva 86/653 del Consejo de las Comunidades Europeas .....	62
3. Cambios negociados en el TLC para el contrato de agencia comercial y sus implicaciones para la agencia comercial en Colombia.....	70
3.1 Transcripción del texto del compromiso específico en materia de agencia comercial.....	71
3.2 Compromiso bilateral .....	73
3.3 Compromiso de cambio para la prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio.....	73
3.4 Compromiso de cambio para la indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio.....	75
3.5 Compromiso de cambio en términos de la “exclusividad” del contrato de agencia comercial .....	79
3.6 Derechos adquiridos: compromisos frente a la prestación comercial y la presunción de exclusividad. Exclusión de la indemnización equitativa .....	80
3.6.1 La indemnización equitativa del inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio es equivalente en la práctica al “lucro cesante” .....	81
3.6.2 La indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio encuadra en la segunda excepción contemplada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.....	86

3.6.3 La indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio encuadra en la primera excepción contemplada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 .....	87
3.7 Compromisos en materia de bienes y servicios .....	89
3.8 Logros del equipo negociador colombiano en la negociación del contrato de agencia comercial .....	90
3.8.1 Derechos adquiridos .....	90
3.8.2 Fecha de terminación de los contratos de agencia comercial .....	91
3.8.3 Reciprocidad del compromiso.....	91
3.8.4 Reciprocidad en materia de bienes comerciales .....	91
3.8.5 Discrecionalidad para expedir medidas aplicables a la terminación sin justa causa del contrato de agencia comercial .....	92
3.8.6 Entrada en vigencia del acuerdo .....	93
Conclusión .....	94

## Introducción

El contrato de agencia comercial regulado en el Código de Comercio ha generado polémica desde el momento de su aparición en el ámbito jurídico colombiano, hasta nuestros días.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia colombianas han dividido sus opiniones generando voces que van desde justificar y alentar la regulación del contrato hasta criticar dicha regulación, llegando a calificarla como un despropósito jurídico.

Al margen de esta discusión, no pocas veces apasionada, lo que sí podemos observar desde un punto de vista objetivo es un contrato que como mínimo se aleja en algunos de sus aspectos fundamentales de los principios generales que rigen los contratos en el derecho comercial colombiano.

Es indiscutible que la llamada cesantía comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, al igual que la indemnización equitativa consagrada en el mismo artículo en su inciso segundo, son regulaciones que han generado amplia controversia cuando se ha tratado de explicar su naturaleza jurídica y justificación.

Sin embargo, el paso del tiempo hizo que estas discusiones perdieran fuerza, ya fuera porque algunas personas se abstuvieron de utilizar el contrato para evitar eventuales contingencias, remplazándolo con otros contratos afines, o porque quienes lo utilizaron o lo siguen utilizando se familiarizaron con el mismo y perdieron el “miedo” que al principio generó su uso.

No obstante lo anterior, y con ocasión de la negociación del tratado de libre comercio entre los Países Andinos y Estados Unidos, el tema volvió a ser objeto de debate en razón a que Estados Unidos propuso a Colombia la discusión y negociación de algunos de los aspectos más importantes relativos a la regulación del contrato de agencia comercial del Código de Comercio colombiano.

Tomando en consideración que en el tratado de libre comercio se negociaron algunos cambios importantes en la regulación sobre el contrato de agencia comercial, esta investigación tiene como objetivo principal mostrar los puntos fundamentales que fueron negociados por Estados Unidos y por Colombia para este contrato, y mostrar los cambios que el Congreso colombiano tendrá que introducir al Código de Comercio en materia de agencia comercial, para efectos de poder implementar lo negociado en el tratado para este tema.

De igual forma, y para efectos de poner en contexto el tema fundamental que nos ocupa en esta investigación (esto es, lo negociado dentro del tratado de libre comercio con Estados Unidos para el contrato de agencia) haremos una breve reseña sobre la actual regulación para el contrato de agencia comercial en Colombia.

## 1. El Contrato de agencia comercial en Colombia

### 1.1 Antecedentes del contrato de agencia comercial

El contrato de agencia comercial apareció tipificado por primera vez en Colombia en 1971 en los artículos 1317 a 1331 del Decreto-Ley 410, por el cual se expidió el Código de Comercio, bajo el libro IV (De los Contratos y Obligaciones Mercantiles), título XIII (Del Mandato), capítulo V (Agencia Comercial).

Como antecedentes directos de la tipificación de este contrato aparece, por una parte, el Proyecto de Ley 27 “Por el cual se protege el capital nacional y se dictan normas sobre agentes representantes o productos de origen extranjero” tramitado en 1969 por la Cámara de Representantes; y por la otra, algunas normas extranjeras principalmente del Estado de Puerto Rico, de la República Dominicana y de la República de Panamá.

HERNANDO CARDOZO LUNA en su libro *La agencia comercial en el derecho mercantil colombiano* hace un recuento de los antecedentes del contrato de agencia, del cual traemos a colación el siguiente extracto:

Tenemos así que las normas de la agencia comercial tal como hoy lo entiende el Decreto 410 de 1971 “encuentran su fuente inmediata –sin ninguna duda– en el Proyecto de Ley n.º 27, a que dio trámite, en el año de 1969, la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes, “por la cual se protege el capital nacional y se dictan normas sobre agentes representantes o productos de origen extranjero”. Y en los estatutos legales en que este proyecto se inspiraba, a saber: La Ley n.º 75 del Estado de Puerto Rico (1964), la Ley n.º 173 de 1966 de la República Dominicana y el Decreto 344 de 1969 de la República de Panamá. Por disposición de la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes, según consta en oficio de fecha 5 de agosto de 1970 dirigido al Presidente de esa Corporación, se decidió enviar el citado Proyecto n.º 27 lo mismo que las leyes anexas a la respectiva ponencia, a la Comisión Revisora del Código de Comercio, tras haberse expresado “la conveniencia de darle un adecuado y justo tratamiento a la regulación del contrato de mandato muy especialmente en lo relativo a aquellos cuyo objeto recaiga sobre productos importados”<sup>2</sup>.

Aunque no existe discusión en relación a que el contrato de agencia comercial fue tipificado y entró a hacer parte del derecho positivo colombiano solo a partir de la expedición del Código de Comercio de 1971, encontramos algunos autores que afirman que la agencia comercial no fue una novedad introducida con la expedición del nuevo Código, pues ya se le conocía en la práctica mercantil

---

<sup>2</sup> HERNANDO CARDOZO LUNA. *La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 16.

colombiana bajo otros nombres. *A contrario sensu*, se encuentran otros autores que sí consideran la agencia comercial como una figura novedosa solo conocida en la práctica mercantil colombiana desde el año de 1971.

Apoyando el argumento de que la agencia comercial no era una figura novedosa dentro del derecho colombiano, JOSÉ IGNACIO DE NARVÁEZ en su libro *Introducción al Derecho Mercantil* expone lo siguiente:

La figura de la agencia no es nueva en el derecho colombiano. El Código de Comercio que rigió desde 1887 hasta 1971, la tuvo en cuenta en su articulado. Así, el libro primero de dicho Código se intitulaba: *De los comerciantes y agentes de comercio*; el art. 20 de tal estatuto enumeró entre los actos de comercio “las agencias de negocios”. Y además de regular la actividad propia de los agentes de cambio, el art. 36 del Código de Comercio Marítimo aludió a los agentes marítimos<sup>3</sup>.

En este mismo sentido, CARDOZO expuso en su libro sobre agencia comercial lo siguiente:

El contrato de agencia comercial sólo apareció como tal en el Decreto 410 de marzo 27 de 1971 por medio del cual se expidió el Código de Comercio, cuando en el Título V del Libro IV se plasmó como ordenamiento jurídico positivo. La materia allí regulada no era ajena a los doctrinantes colombianos quienes la conocían a través de diversos ordenamientos jurídicos foráneos. De otra parte las actividades, que hoy conocemos como propias del contrato de agencia, eran adecuadas al contrato de comisión que regulaba el anterior Código; sin embargo, había una opinión generalizada que consideraba que esta forma de mandato requería de un ordenamiento especial<sup>4</sup>.

Apoyando la tesis de que el contrato de agencia sí fue una figura nueva introducida por el Decreto Ley 410 de 1971, JUAN PABLO CÁRDENAS en su libro *El Contrato de Agencia Mercantil*, afirmó que el hecho de que en el Código de Comercio de 1887 se hubiera contemplado la agencia de negocios (entendiendo la agencia de negocios como la gestión remunerada de negocios ajenos), no significaba que en ese código se hubiera consagrado la agencia comercial, pues entre la agencia de negocios y la agencia comercial existía una diferencia, la cual se resumía en que la agencia mercantil era una especie de la agencia de negocios.

Para ilustrar lo anterior transcribimos el texto a continuación:

... Establecido lo anterior, es forzoso concluir que entre la agencia de negocios y la agencia mercantil existe una diferencia que se puede precisar diciendo que aquella es el género y esta la especie. O sea, que la agencia mercantil es un

<sup>3</sup> JOSÉ IGNACIO DE NARVÁEZ. *Introducción al Derecho Mercantil*, Bogotá, Ediciones Bonet, 1976, p. 279.

<sup>4</sup> HERNANDO CARDOZO LUNA. *La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 15.

contrato típico por el cual se desarrolla una forma de agencia de negocios. Por ello observamos que el objeto de la agencia de negocios es mucho más amplio que aquel de la agencia mercantil, que consiste en promover la celebración de contratos del agenciado. Además, conviene resaltar que si bien para que exista agencia de negocios es necesaria la estabilidad de la gestión, de manera que constituya un oficio, no se requiere la existencia de un vínculo estable entre el agente de negocios y una persona precisa; por el contrario, lo normal será que tal vínculo no exista y que el agente de negocios ofrezca sus servicios al público en general, al paso que en la agencia mercantil es esencial la existencia de una relación estable entre el agente y determinado empresario. Es decir, que mientras en la agencia de negocios se requiere una actividad estable sin consideración a determinada persona, en la agencia mercantil se requiere una estabilidad en la relación con determinado empresario<sup>5</sup>.

Por otra parte, CÁRDENAS coincide con otros autores en que los contratos de agencia comercial que en la realidad se celebraban bajo la vigencia del Código de Comercio de 1887 eran denominados contratos de representación o de distribución, y al respecto concluye lo siguiente:

La conclusión forzosa es que durante la vigencia del Código de Comercio de 1887, la agencia era una forma de mandato comercial, a la cual, a falta de disposición expresa, debían aplicarse las normas que regulan el mandato civil, como lo ordenaba el art. 182 de aquel estatuto. En consecuencia, el contrato de agencia podía o no implicar la representación por el agente, y terminar por revocación o renuncia; pero, en tal caso, si estas eran sin motivo, el contratante responsable podía ser obligado a indemnizar los perjuicios causados<sup>6</sup>.

En todo caso, de las diversas opiniones expresadas por los diferentes autores podemos encontrar como punto en común el hecho de que a pesar de no existir, antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, el contrato de agencia comercial como contrato típico dentro del derecho positivo colombiano, la figura del agente comercial empezó a dibujarse en la práctica con anterioridad a la expedición de este Código y empezó a utilizarse ampliamente, y esto llevó a la necesidad de regular esta figura en el Código de Comercio expedido en 1971.

Según la opinión de algunos autores consultados, la regulación del contrato de agencia resultó necesaria para efectos de establecer reglas claras al contrato, al igual que para proteger al agente frente a eventuales abusos del empresario, tanto en relación con el desarrollo de su oficio en sí, como en relación con posibles fraudes a la ley laboral, como se ilustra a continuación:

Por una parte, se intentaba proteger a los comerciantes nacionales contra los abusos de otros empresarios, generalmente extranjeros, con quienes habían

<sup>5</sup> JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA. *El contrato de agencia mercantil*, Bogotá, Colombia, Temis, 1984, p. 12.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 14.

celebrado contratos de representación o distribución para promover y vender productos en el territorio colombiano o en determinadas partes de este. Ocurría a menudo que una vez que el comerciante había logrado conquistar una clientela, establecer un mercado, acreditar un producto, el empresario revocaba el contrato, haciendo uso de una facultad consagrada o no en este, y en seguida le concedía a otro comerciante la representación, en condiciones más favorables para aquel, o la asumía por sí mismo, con graves perjuicios para el comerciante nacional<sup>7</sup>.

De otra parte, mediante esta figura se pretendía evitar fraudes a la ley laboral, por cuanto se había popularizado el mecanismo de obligar al empleado a constituir una sociedad, con la cual celebraba el empresario un contrato de representación y distribución, eludiendo así el pago de las prestaciones sociales y, en general, la legislación laboral<sup>8</sup>.

## **1.2 Definición y elementos esenciales del contrato de agencia comercial**

### **1.2.1 Definición**

El contrato de agencia comercial se encuentra definido en el artículo 1317 del Código de Comercio de la siguiente manera:

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

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

De la anterior definición podemos extractar las características principales del contrato de agencia comercial.

#### **a. El contrato es una especie de mandato**

Dentro del Código de Comercio, el contrato de agencia comercial es considerado como una especie de mandato, habiendo sido clasificado en el título XIII (referente al mandato) del libro IV, junto con los contratos de comisión y preposición.

El contrato de mandato comercial se encuentra tipificado en el artículo 1262 del Código de Comercio así:

---

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> ÁLVARO PÉREZ VIVES. “Agencia Comercial”, conferencia dictada el 15 de octubre de 1971 en el seminario organizado por INCOLDA en asocio con la Universidad Javeriana y la Cámara de Comercio de Cali, pp. 1 y 2.

Artículo 1262. 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. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán las normas del capítulo II del título I de este libro.

Como se lee de su definición, el mandato comercial tiene por objeto la celebración o ejecución de actos de comercio por cuenta de otra persona. En esencia, el mandato es un encargo de realizar un acto de comercio.

De lo anterior, podemos concluir que la agencia comercial es una especie de mandato, porque reúne la característica de ser un encargo para promover un acto de comercio, que en el caso de la agencia se concreta en la promoción o explotación de los negocios de un empresario. En conclusión, la agencia es una especie del género, que es el mandato.

Aunque la agencia comercial sea considerada como una especie de mandato, entre ambas figuras existen diferencias tal como lo manifiesta el profesor ÁLVARO PÉREZ VIVES en el siguiente extracto de su concepto, cuando reconoce que aunque la tendencia a considerar la agencia comercial como una forma de mandato es notoria en países como Francia y Estados Unidos, entre estas dos figuras hay diferencias evidentes.

No obstante, las diferencias entre una y otra figura son evidentes. En primer lugar y aunque tanto el mandatario como el agente reciban un encargo, el objeto de éste es diferente y el alcance de la intermediación diverso en uno y otro caso. En la agencia comercial, la promoción y la explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aun en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados éstos, el lazo entre mandante y mandatario y entre éste y su ocasional cliente se extingue. En tanto que el agente busca crear una clientela para las cosas o servicios que distribuye, coloca o promueve por encargo del principal o empresario; de allí, la estabilidad de esta forma de intermediación, en contraste con la transitoria actividad del mandatario. Y el hecho de que terminado el contrato de agencia, subsistan las relaciones entre el principal y la clientela formada por el agente, en beneficio de aquel<sup>9</sup>.

De otra parte, es importante destacar el hecho de que el mandato en la agencia comercial puede ser con o sin representación. A este respecto, el profesor BONIVENTO JIMÉNEZ afirma:

Nótese eso sí, que se exige que el agente actúe *por cuenta de otro* y no *en nombre de otro*. La primera formulación, como es bien sabido, hace referencia a un fenómeno general de intermediación; la segunda, implica un fenómeno específico de representación que no es, como veremos, de la esencia del contrato de agencia. El agente, en síntesis, *tiene* que obrar por cuenta del agenciado, pero puede o no hacerlo en su nombre. Puede o no ser su representante. Y actuar *por*

---

<sup>9</sup> Concepto de ÁLVARO PÉREZ VIVES, publicado en *Derecho Colombiano*, t. 28, año 1973.

*cuenta* de otro, en la estructura legal del contrato de mandato –civil y comercial, y en la agencia como especie de éste– exige, inexorablemente para nosotros, que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se trasladen o se deban trasladar a aquel por cuya cuenta se actúa (mandante o agenciado).<sup>10</sup>

Lo anterior es un desarrollo de la interpretación que sostiene que la representación no es un elemento esencial del mandato. Para ilustrar esta afirmación, FELIPE VALLEJO sostiene:

Ni la representación es de la esencia del mandato ni todo mandato es representativo. La representación no está necesariamente unida al mandato. Cabe perfectamente mandato sin representación. Nuestro Código Civil sancionó esta diferencia en su artículo 2177, cuando dispuso: *El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo (sic: encargo), contestar (sic: contratar) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.* Y también previó sus distintos efectos; especialmente en el artículo 2180, donde claramente se refirió al mandatario que *se ha obligado personalmente*, es decir, que ejecuta un mandato sin representación. La distinción entre las dos especies de mandato –el mandato representativo y el mandato no representativo– fue consagrada con mayor energía en el artículo 1262 del Código de Comercio: *El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.*<sup>11</sup>

La actuación por cuenta de otro (esencia del mandato) es considerada por la mayoría de la doctrina como un elemento esencial del contrato de agencia, y por ende, lo analizaremos con mayor profundidad más adelante.

#### b. El contrato es ejecutado por un comerciante

El agente comercial debe tener la calidad de comerciante, esto es, que debe ser una persona que profesionalmente se ocupe en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles<sup>12</sup>.

De lo anterior se colige que el agente comercial es una persona calificada dentro del mundo de los negocios, al ocuparse en forma profesional de una actividad mercantil.

Así como es explícita la exigencia de que el agente debe ser un comerciante, el artículo 1317 también establece que el agenciado debe ser un empresario. Lo anterior lo explica, a continuación, BONIVENTO JIMÉNEZ:

<sup>10</sup> JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ. *Contratos mercantiles de intermediación, representación, mandato, comisión, preposición, agencia comercial, corretaje. Doctrina-Jurisprudencia*, 2.ª ed., Ediciones Librería del Profesional, p. 150.

<sup>11</sup> FELIPE VALLEJO GARCÍA. *El Contrato de Agencia Comercial*, 1.ª ed., 1999, Legis, p. 37.

<sup>12</sup> Código de Comercio colombiano, art. 10.º.

Resulta, sin embargo, que a la luz de la ley mercantil, tanto en el agente como en el agenciado deben concurrir circunstancias subjetivas específicas para que puedan tener legalmente tal carácter. Es así como el artículo 1317 habla de comerciante, refiriéndose al agente, y empresario, hablando del agenciado. En consecuencia, puede ser agenciado toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que tenga el carácter de empresario, característica ésta que se determina a través de la calificación de la actividad que el sujeto desarrolla, comparada con la definición del artículo 25 del Código de Comercio, según la cual, empresa es “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. En este orden de ideas, la agencia se convierte en mecanismo importante al servicio del desarrollo de la empresa. Por lo que toca con el agente, puede tener tal calidad cualquier persona natural o jurídica siempre que sea comerciante, esto es, al decir del artículo 10.º del Código de Comercio, persona que profesionalmente se ocupa de las actividades que la ley considera mercantiles.<sup>13</sup>

c. El agente comercial es independiente

La independencia es una característica esencial del contrato de agencia comercial. Si el agente no fuere independiente en el desarrollo del contrato de agencia, este contrato se clasificaría con mayor facilidad dentro del ámbito laboral que dentro del ámbito comercial.

Por tratarse de un elemento esencial del contrato, profundizaremos en el desarrollo de este punto más adelante, cuando hagamos la exposición de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial.

d. El contrato está llamado a tener estabilidad en el tiempo

El contrato de agencia es un contrato llamado a tener estabilidad en el tiempo, y esta característica es la que lo diferencia del mandato mercantil, donde el mandatario se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del mandante, sin necesidad de que el contrato deba permanecer en el tiempo, ya que el mandato se agota con la ejecución del acto o actos de comercio encargados.

La estabilidad en el contrato de agencia comercial es considerada un elemento esencial del contrato, el cual desarrollaremos más adelante.

e. El objeto del contrato es promover o explotar negocios de un determinado ramo, dentro de una zona prefijada en Colombia.

---

<sup>13</sup> BONIVENTO JIMÉNEZ. *Contratos Mercantiles de Intermediación, Representación...*, cit., p. 154.

El contrato de agencia comercial es una especie de mandato cuyo objeto fundamental consiste en la promoción o explotación, por parte del agente, de negocios de un determinado ramo dentro de una zona prefijada del territorio nacional.

El objeto característico de la agencia comercial consistente en la promoción o explotación de negocios; esto es lo que diferencia este contrato de otros tipos de mandato, configurándose como un elemento esencial del contrato de agencia, del cual hablaremos con mayor profundidad más adelante.

f. El mandato se ejecuta a título de representante o de agente, ya sea de un empresario colombiano o extranjero o como fabricante o distribuidor de productos de ese empresario.

En la agencia comercial, el encargo de promover o explotar negocios puede ejecutarse en las siguientes calidades:

- i) en calidad de representante o agente de un empresario extranjero o nacional, o
- ii) como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de un empresario extranjero o nacional.

En todo caso, ya sea que el mandatario obre en calidad de representante, agente, fabricante o distribuidor de los productos de un empresario, lo fundamental para que se configure el contrato de agencia comercial es que estos ejecuten la promoción o explotación de los negocios del empresario.

La obligación de promover o explotar los negocios de un empresario, es lo que diferencia a un agente comercial de un simple representante, fabricante o distribuidor de productos.

A continuación transcribimos un aparte de una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia donde la Corte desarrolla, en forma amplia y clara, el anterior argumento, ilustrándolo con un ejemplo donde explica la diferencia entre un agente que distribuye los productos de un empresario y un simple distribuidor de productos.

En esta sentencia la Corte desarrolla el argumento de que el agente es aquel que promueve los negocios de otro comerciante (aunque en forma independiente y a través de su propia empresa), mientras que aquel que fabrica, distribuye, agencia o representa sin ser agente, lo hace no para promover el negocio de otro empresario sino su propio negocio o productos de su propiedad, así estos hayan sido fabricados por un tercero. Es así como la mencionada sentencia establece:

La función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos...

En caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero 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, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor “de uno o varios productos del mismo”. Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.

La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario los productos se desplazan al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después que sean suyos, los beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial que distribuye, coloca pues en el mercado productos ajenos, no propios<sup>14</sup>.

No obstante que todas las anteriores se consideran características del contrato de agencia comercial, no todas son vistas como elementos de la esencia del contrato. A continuación se listarán y explicarán los elementos esenciales del contrato de agencia comercial.

### 1.2.2 Elementos esenciales

Los elementos esenciales de un contrato, tal como aparece consagrado en el artículo 1501 del Código Civil, son aquellas cosas sin las cuales un contrato o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.

---

<sup>14</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, diciembre 2 de 1980, M. P. GERMÁN GIRALDO ZULUAGA.

Como elementos esenciales del contrato de agencia comercial podemos listar los siguientes:

### 1.2.2.1 Independencia

El agente comercial es un profesional que ejerce su oficio de manera independiente y, para que pueda hablarse de independencia, es fundamental que no exista subordinación entre el agente y el agenciado.

La no existencia del elemento subordinación en la relación empresario-agente es lo que determina que entre estos no se llegue a configurar una relación de tipo laboral, u otro tipo de relación que vaya más allá del mandato para actuar como agente comercial.

Es por lo anterior que la “no subordinación” del agente frente al empresario se constituye en elemento fundamental para que la relación entre estos sea una relación comercial de agencia y no una relación entre empleador y trabajador regida por el derecho laboral.

No se presenta subordinación entre el empresario y el comerciante auxiliar, no obstante que éste realiza una actividad que interesa al primero. Un agente de comercio y un empleado de una compañía pueden realizar perfectamente las mismas actividades, pero precisamente la nota de autonomía que acompaña al agente le sirve de distintivo frente al trabajador subordinado. Trabajador y agente pueden actuar por cuenta ajena, pero el primero siempre será subordinado al empresario. Obviamente que en el encargo que realice el agente pueden aparecer instrucciones, e incluso presentarse en forma bastante concreta, lo cual podrá dar lugar a pensar en la subordinación, pero de todas maneras dichas instrucciones sólo pueden redundar sobre la naturaleza o condiciones del encargo, para no desvirtuar la figura del agente de comercio<sup>15</sup>.

Otros autores ven en la “iniciativa”, interpretada como libertad de actuación del agente para efectos de obtener los mejores resultados para sí mismo y para el agenciado, otra de las facetas del elemento independencia dentro del contrato de agencia comercial. Es así como CARDOZO expone lo siguiente:

Otra de las manifestaciones de la independencia es la iniciativa. El agente no sólo se limitará a la promoción del negocio, sino que, independientemente del agenciado, puede realizar toda clase de actos conducentes a obtener el mejor beneficio para su mandante y para sí mismo, y esa capacidad de iniciativa, tan importante en el comercio moderno, será factor de relieve para que agente y agenciado se vinculen jurídicamente por medio de un contrato. No será difícil afirmar que el contrato de agencia comercial puede ser *intuitus personae*, desde el

---

<sup>15</sup> JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Contratos mercantiles, contratos típicos*, t. II, 12 ed., 2008, p. 261.

punto de vista práctico, ya que las capacidades que posea el agente o se presume que tiene, motivan la vinculación jurídica, pues absurdo sería que un comerciante buscara como agente a persona inexperta para encargarla de la promoción, distribución, explotación de un negocio suyo en una zona determinada<sup>16</sup>.

Es claro que aunque el agente ejecuta un encargo por cuenta del empresario, este lo hace en forma independiente y a través de su propia empresa. BONIVENTO así lo expone cuando afirma que “esta independencia debe trascender en el desarrollo del contrato y se manifiesta, por ejemplo, a través de la apertura de oficinas, locales y establecimientos de comercio por parte del agente, vinculación de empleados y, en general, por la realización de actos propios del agente, encaminados a procurar el debido cumplimiento del encargo”<sup>17</sup>.

De lo anterior, concluimos que la independencia es un elemento esencial del contrato de agencia comercial, sin el cual este contrato, o no produciría efectos, o degeneraría en una relación regida por el derecho laboral.

### 1.2.2.2 Estabilidad

La estabilidad es uno de los elementos esenciales del contrato de agencia, pues sin la concurrencia de este elemento el contrato podría derivar en una comisión, un corretaje o en un mandato simple.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo expone así en su Sentencia del 2 de diciembre de 1980 de la cual extractamos el siguiente aparte:

Al puntualizar el legislador que el agente comercial asume el encargo de manera estable, con ello precisa que éste se diferencia del simple mandatario, ya que el segundo no tiene encargo duradero, carece de estabilidad [...] Al agente comercial se le encomienda la promoción o explotación de negocios en una serie sucesiva e indefinida que indica estabilidad...<sup>18</sup>.

En términos generales, la estabilidad supone la continuidad en el oficio del agente, pero esto no significa la duración prolongada del contrato o la infinitud en su término.

Citando a JUAN PABLO CÁRDENAS, “La estabilidad, la permanencia, se derivan de la obligación del agente; éste se obliga a promover el negocio del agenciado y no uno o más contratos individualizados. De suerte que no existe una solución de continuidad, por cuanto el agente no se obliga a fomentar determinado

<sup>16</sup> CARDOZO LUNA. *La Agencia Comercial en el...*, cit., p. 22.

<sup>17</sup> BONIVENTO JIMÉNEZ. *Contratos mercantiles de intermediación, e presentación...*, cit., p. 138.

<sup>18</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, diciembre 2 de 1980, M. P. GERMÁN GIRALDO ZULUAGA.

contrato, celebrado el cual debe promover otro. Como lo explica GARRIGUES: “La estabilidad se centra sobre el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante ha de ocuparse de la promoción de contratos que solo se determinan por su naturaleza y no por su número. Desde otro punto de vista, la estabilidad significa no solo que el agente promueva el negocio del agenciado y no uno o más contratos determinados, sino que tal actividad deba desarrollarse con cierta continuidad. En efecto, solo cuando la actividad del agente tiene esta característica, ella puede constituir una verdadera labor de creación de una clientela y, por consiguiente, de promoción de contratos indeterminados. De esta manera, solo en cuanto haya alguna continuidad, el agente podrá cumplir su obligación de promoción.”<sup>19</sup>.

En todo caso, CÁRDENAS aclara que esta continuidad no significa que el agente deba ejercer su actividad sin interrupción inclusive durante las épocas “muertas” para el negocio, sino que “debe desarrollar una continua actividad de promoción, mientras existan posibilidades objetivas de que tal labor pueda motivar la celebración de contratos, según lo acordado por las partes”<sup>20</sup>.

De otra parte, la estabilidad es un factor que permite al agente conocer mejor el mercado en beneficio de un empresario y en el suyo propio, ya que al no limitarse el agente a ejecutar un encargo esporádico, éste puede profundizar en el conocimiento del mercado y en la manera de hacer la mejor promoción o explotación del mismo.

### 1.2.2.3 Encargo de promoción o explotación

El encargo de promocionar o explotar los negocios del empresario también se configura como un elemento esencial del contrato de agencia, sin el cual el contrato podría derivar en otra modalidad de mandato diferente.

Este encargo especial de promoción o explotación es un elemento diferenciador de otras figuras contractuales tales como el mandato y la comisión. HERNANDO CARDOZO LUNA así lo indica cuando dice que “el encargo de promocionar o explotar un negocio implica, necesariamente, una modalidad de intermediación diferente a la del mandato y la comisión. En la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena a través de la cual se persigue vincular una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, etc., al paso que en el mandato las relaciones entre el mandatario y cliente son ocasionales y esporádicas, ya que finalizado el encargo, termina su relación con mandante y cliente”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> CÁRDENAS MEJÍA. *El contrato de agencia...*, cit., pp. 21 y 22.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>21</sup> CARDOZO LUNA. *La agencia comercial en el...*, cit., p. 28.

En resumidas cuentas, “el agente comercial se encarga de promover o explotar el negocio del agenciado conquistando, ampliando o reconquistando un mercado en beneficio del principal”<sup>22</sup>.

De lo anterior se concluye que la función del agente va mucho más allá de vender un producto o recibir ofertas, dado que debe actuar sobre la clientela para conquistar, ampliar o reconquistar un mercado a favor del empresario. El agente es fundamental para lograr el desarrollo del negocio del empresario, pues éste no se limita a cerrar o facilitar el cierre de una o varias ventas, sino que abre mercados, los mantiene, los amplía o los recupera, aportando en forma fundamental a la prosperidad del negocio del agenciado.

#### 1.2.2.4 Actuación por cuenta de otro

Gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia colombiana sostiene que la actuación del comerciante por cuenta del empresario es elemento esencial del contrato de agencia comercial, opinión que compartimos plenamente.

En este sentido, JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ destacó que la misma Corte Suprema de Justicia consideró la actuación por cuenta de como elemento esencial del contrato de agencia cuando expuso lo siguiente:

En forma más explícita, aunque con otras connotaciones que destacaremos cuando abordemos el tema de la relación de la agencia comercial con otras figuras afines o similares, la Corte, en sentencia del 31 de octubre de 1995, aludió directamente a la actuación por cuenta de como elemento tipificador de la entidad contractual en cuestión:

“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de su actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de ‘promover o explotar negocios’ del empresario ‘en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional’ (art. 1317 C. Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona...”<sup>23</sup>.

El anterior argumento también se ve consignado en el Proceso Arbitral de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. contra Fiberglass Colombia S. A., cuando el mencionado laudo expone lo siguiente:

Como la agencia es una forma de mandato, esto significa la actuación por cuenta de otro. Aunque no debemos soslayar algunas tesis que sostienen que el

<sup>22</sup> PÉREZ VIVES. “De la agencia comercial y del mandato”, *Derecho Colombiano* n.º 140, pp. 126.

<sup>23</sup> BONIVENTO JIMÉNEZ. *Contratos mercantiles de intermediación, representación...*, cit., p. 147.

elemento *la actuación por cuenta de* no es de la esencia del contrato de agencia, somos de la opinión de que esta modalidad contractual exige la actuación del agente por cuenta del agenciado...<sup>24</sup> (el destacado es del texto).

En el mismo sentido de apoyar la tesis de que la actuación por cuenta de es elemento esencial de la agencia comercial, transcribimos el siguiente aparte del libro *Contratos Mercantiles de Intermediación* de JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ:

Sin entrar en consideraciones de conveniencia sobre cuál debería ser la regulación legal sobre la materia, estrechamente ligadas, por lo demás, a la equilibrada aplicación de fundamentales principios de justicia y equidad, tema intrínsecamente complejo en nuestro sentir, lo cierto es que encontramos una realidad jurídica irrefutable, y suficiente –pensamos– para encuadrar cabalmente la discusión: el Código de Comercio tipificó la agencia comercial como una modalidad –al lado de la comisión y la preposición– del contrato de mandato mercantil, a la luz del cual, con presencia de los elementos propios de la modalidad específica en cuestión (encargo de promover o explotar, independencia y estabilidad), es imprescindible la actuación del intermediario –agente en este caso– por cuenta de quien realiza el encargo –agenciado, en nuestra hipótesis–, de modo que se debe concluir que estamos ante un elemento que sí es de la esencia de la forma contractual *sub-examine*. Por fuera de esa consideración, la relación contractual vinculada a actividades de intermediación en el campo de la fabricación y distribución de bienes de un empresario, no podrá calificarse con el rótulo de la agencia comercial y deberá analizarse, bien como otra forma contractual típica (suministro con distribución, por ejemplo), ora como una modalidad contractual atípica, no por ello desprovista, así sea con contenido diferente, de reconocimiento legal.<sup>25</sup>

En cuanto a la utilidad y los riesgos del negocio ejecutado por el agente, estos corren por cuenta del agenciado, en el sentido de que el riesgo de los negocios que celebre el agente comercial por cuenta de éste y la utilidad que generen los mismos, recaerán sobre el empresario agenciado.

No obstante, y tal como lo expone JUAN PABLO CÁRDENAS, lo anterior no implica que el agente comercial no corra con algunos riesgos. “Que se actúe por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso el agenciado, las utilidades del negocio<sup>11</sup>. Esto no quiere decir que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia implica que asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello, si no se perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción sin obtener utilidad. Si bien el agente recibe una remuneración por el negocio celebrado, la utilidad o la pérdida propiamente

<sup>24</sup> Laudo Arbitral Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. vs. Fiberglass Colombia S. A., 19 de febrero de 1997.

<sup>25</sup> BONIVENTO JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 150.

dicha que de aquel se deriven corresponden al agenciado, porque el agente actúa por cuenta de aquél”<sup>26</sup>.

De lo anterior podemos concluir categóricamente que la actuación por cuenta de otro es uno de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial, sin el cual éste no se podría tipificar como contrato de agencia comercial o no produciría efecto alguno.

### **1.3 Remuneración del agente comercial**

Una de las características del contrato de agencia es que es un contrato oneroso, dado que es un contrato que se ejecuta dentro del ámbito del derecho mercantil. El agente comercial tiene derecho a recibir una remuneración por parte del agenciado como retribución a la ejecución de sus funciones.

En cuanto a la forma de remuneración del agente, usualmente ésta consiste en una comisión equivalente a un porcentaje de los negocios que el agente realice, pero también puede ser una suma predeterminada y fija, pues la ley no hace distinción respecto a la forma en que debe pagarse la remuneración.

A este respecto la ley solo menciona algunas de las formas que puede tomar la remuneración del agente, tal como lo hace en el artículo 1323 del Código de Comercio cuando da a entender que una de las formas de remuneración del agente puede consistir en un tanto por ciento de las utilidades del negocio, o en el artículo 1324 del Código de Comercio cuando menciona que la prestación comercial será equivalente a la doceava parte del promedio de la “comisión, regalía o utilidad” recibida por el agente.

En cuanto al derecho del agente a recibir una remuneración, el Código de Comercio en su artículo 1322 se ocupa de proteger este derecho cuando se presenten las siguientes circunstancias bajo las cuales éste podría verse vulnerado:

- a. Cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario.
- b. Cuando el negocio sea efectuado por el empresario directamente, y el negocio se ejecute dentro del territorio asignado al agente.
- c. Cuando el empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.

---

<sup>26</sup> CÁRDENAS MEJÍA. *El contrato de agencia mercantil*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pp. 20 y 21.

Así como la ley protege la remuneración del agente cuando se presentan las circunstancias antes mencionadas, la ley también provee al agente de ciertas acciones específicas para asegurar el pago de su remuneración.

Tal como lo indica HERNANDO CARDOZO LUNA: “La remuneración a que tiene derecho el agente está protegida por la Ley no sólo por las acciones ordinarias sino a través de los derechos de retención y privilegio que le da sobre los bienes o valores de su agenciado, y que tenga en su poder o a su disposición hasta cuando se le cancele su crédito. Claro que dicha retención no podrá abarcar más allá del límite de la remuneración más la indemnización”<sup>27</sup>.

#### **1.4 Prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio**

La prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio es uno de los elementos más controvertidos de la regulación del contrato de agencia. Esta prestación consiste en un pago cuyo derecho se constituye a favor del agente al momento de la terminación del contrato, tal como lo establece el inciso primero del artículo recién mencionado, el cual transcribimos a continuación:

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

Este pago del inciso primero debe efectuarlo el empresario al agente a la terminación del contrato, y se genera por el solo hecho de la terminación sin importar si el contrato terminó con justa o sin justa causa.

Es discutida la naturaleza de esta prestación comercial, pues hay quienes sostienen que la prestación tiene naturaleza indemnizatoria, y hay otros quienes sostienen que se trata de una remuneración al agente por la creación de clientela.

Para nosotros, la naturaleza de esta prestación no es indemnizatoria, pues no tiene como propósito resarcir el daño sufrido por el agente por la terminación injustificada del contrato, ya que el derecho al pago se genera a la terminación del contrato, ya sea justa o injusta.

Tampoco estamos de acuerdo en que este pago remunere la creación de la clientela, pues ese propósito ya está cubierto por la comisión o remuneración

---

<sup>27</sup> CARDOZO LUNA. La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 84 y 85.

que el empresario paga al agente por la ejecución de sus funciones, en las cuales se encuentra la promoción o explotación de los negocios del empresario, que, como hemos visto, implica la conquista, ampliación o reconquista de un mercado en beneficio del principal<sup>28</sup>, lo que necesariamente lleva a la creación o conservación de la clientela del empresario.

Siendo así, no vemos justificación alguna para que se pague una retribución adicional a la comisión por el mismo concepto que ya es retribuido por la comisión, más aun cuando la forma de calcular la prestación comercial responde a una fórmula matemática subjetiva prefijada por la ley, la cual no refleja per se ninguna realidad relacionada con el servicio prestado por el agente.

No obstante nuestra posición, algunos doctrinantes tienen opiniones serias que argumentan que la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 remunera la clientela creada por el agente a favor del empresario.

Entre los argumentos en ese sentido, consideramos que vale la pena resaltar el expuesto por el doctor JUAN PABLO CÁRDENAS en su libro *El Contrato de Agencia Mercantil*, cuando señala:

... ¿Cuál es, pues, el fundamento de esta prestación? La explicación parece ser la siguiente: El contrato de agencia tiene como objeto crear una clientela para el agenciado que, como se observa en el desarrollo práctico del contrato, y como lo hemos tratado de precisar en este estudio, es también un poco del agente; podría entonces afirmarse, como lo hace el profesor RIPERT respecto de los VRP en Francia, que existiría una especie de “propiedad colectiva” del agente y del agenciado sobre la clientela, “propiedad” que surge en virtud de un contrato de colaboración, como lo es la agencia. Pero prescindiendo de esta concepción por el reparo que merece –en cuanto la clientela como tal no es susceptible de un derecho de propiedad–, debe aceptarse que el fundamento establecido en el proyecto de 1958 era bastante aproximado, pues el agente desarrolla un factor de la empresa del agenciado, la clientela. Hace entonces un aporte a la empresa del agenciado que entra a formar parte de esta de modo permanente, independientemente de la existencia del contrato de agencia y que por ello no puede entenderse compensado con las comisiones pagadas al agente por los contratos perfeccionados, porque estos son apenas una manifestación parcial del verdadero valor que para el agenciado representa la clientela aportada por el agente; además, la labor de creación de un mercado es un proceso lento, cuyos resultados no se reflejan necesariamente en las comisiones que, durante su fase inicial, ha recibido el agente por los contratos perfeccionados. De esta manera, dicha prestación tiene su fundamento en la estructura misma del contrato de agencia y en su función...<sup>29</sup>

A manera de conclusión y a pesar de las diversas posiciones a este respecto, somos de la opinión que la prestación comercial es una forma de retribuir

<sup>28</sup> PÉREZ VIVES. “De la agencia comercial...”, cit., p. 126.

<sup>29</sup> JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA. Ob. cit., Bogotá, Librería Temis Editorial, 1984, pp. 108 y 109.

doblemente los esfuerzos del agente, los cuales ya son retribuidos con la comisión.

En este punto, somos del mismo sentir que FELIPE VALLEJO cuando en su libro *El Contrato de Agencia Comercial* recoge el siguiente extracto contenido en el Laudo arbitral de 1.º de julio de 1992:

La prestación contemplada en el inciso primero del artículo 1324 (cesantía comercial), tal como está definida en el texto, es una retribución suplementaria (diferida) establecida a cargo del empresario y a favor del agente comercial. La ley consagra el derecho a esta prestación en forma automática y sin calificarla siquiera. Siendo ella procedente en todo caso de terminación del contrato, medie o no culpa del empresario, se ha dicho que reviste naturaleza de retribución extraordinaria o pago diferido instituido por la ley.<sup>40</sup> La llamada cesantía comercial es eso y nada más que eso; porque así lo quiso el legislador<sup>30</sup>.

Sobre el tema de la renunciabilidad de la prestación comercial, a continuación transcribimos el siguiente fragmento de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, diciembre 2 de 1980:

... Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324, inciso primero, es irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente en el patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación.

Sobre el mismo tema, la Superintendencia de Sociedades, en su Oficio 13.534 de octubre 4 de 1971 dijo:

... En realidad no existe inconveniente legal alguno en que las partes en un contrato de agencia comercial pacten que el agente gozará de la especie de prestación a que se refiere el artículo 1324 o que gozará de una inferior o superior a la establecida, en razón de que dicha disposición es de carácter dispositivo supletivo y no imperativo, puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación.

---

<sup>30</sup> Felipe Vallejo García. Ob. cit., 1.ª ed., 1999, Legis, p. 87.

## 1.5 Indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio

La indemnización equitativa que debe pagar el empresario al agente cuando este termina el contrato unilateralmente y sin justa causa comprobada se encuentra consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio de la siguiente manera:

Artículo 1324. ... Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa (fijada por peritos)\*, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

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 concepto.

\*Nota: la expresión “fijada por peritos”, encerrada entre paréntesis en el inciso segundo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-990 de 29 de noviembre de 2006 (&6299)<sup>31</sup>.

Mucho se ha discutido acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

Mientras que algunos argumentan que se trata de una verdadera indemnización de perjuicios, otros critican esta disposición por encontrarla deficiente y confusa, entre otros calificativos<sup>32</sup>.

Respecto a la naturaleza de la llamada “indemnización equitativa”, somos del criterio de que ésta no corresponde en estricto sentido jurídico a una verdadera indemnización.

Los artículos 1613 y 1614 del Código Civil colombiano consagran la definición de la indemnización de perjuicios cuando establecen que esta comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o haberse retardado el cumplimiento,

<sup>31</sup> Código de Comercio, art. 1324, Legis.

<sup>32</sup> VALLEJO GARCÍA. *El contrato de agencia...*, cit., p. 86.

entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

De la lectura del inciso segundo del 1324, concluimos que la verdadera naturaleza de esta mal llamada indemnización es “retributiva” y no indemnizatoria, puesto que su finalidad consiste en “retribuir” los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Otro aspecto que reconfirma el hecho de que la naturaleza de la “indemnización” equitativa no es indemnizatoria sino retributiva es que el inciso segundo establece que 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.

La extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó no son consagrados en este artículo como parámetros para calcular el daño sufrido por el agente por la terminación injustificada de su contrato ni como parámetros para calcular el posible lucro cesante, sino que son elementos consagrados con el único propósito de fijar el valor de la retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, línea de productos o servicios objeto del contrato.

Si se hace una lectura aislada del inciso tercero, podría llegar a interpretarse que la extensión, importancia y volumen de los negocios son los parámetros para calcular la indemnización del agente en cuanto al daño emergente y lucro cesante incurrido. Si se hace esta interpretación aislada, podría afirmarse que la llamada indemnización equitativa sí tiene naturaleza indemnizatoria.

Sin embargo, es evidente que el inciso tercero debe leerse de la mano con el inciso segundo para lograr la correcta interpretación del mismo, el inciso tercero establece los parámetros que han de ser utilizados para calcular el monto de la retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, línea de productos o los servicios del contrato según lo indica el inciso segundo, y esto en su conjunto constituye la llamada indemnización equitativa.

A pesar de ser de la posición de que la indemnización equitativa no es una verdadera indemnización de perjuicios, hay algunos autores que consideran que la misma, a pesar de no ser una indemnización de perjuicios, sí es una indemnización de naturaleza “especial”.

La indemnización prescrita en el segundo inciso del artículo 1324, no obstante dársele este nombre (lo que supone incumplimiento), ofrece una redacción extraña a la idea de una verdadera indemnización por rompimiento de un contrato. Más que una indemnización, esta norma describe una fórmula para fijar la retribución del esfuerzo realizado por el agente, en cuanto se traduce en una clientela o good will para los negocios del empresario. Su razón de ser y su propósito nos han sido revelados por la ley, aunque de manera oscura. Es preciso profundizar en el concepto en busca de mayor claridad, porque si nos limitamos a lo dicho duplicamos la solución del inciso primero (cesantía comercial); y la ley no puede interpretarse para concluir en su inutilidad (C. C., arts. 25 y ss.). Retengamos por el momento que la indemnización del inciso segundo del artículo 1324 está conectada con la clientela y que sólo procede en caso de incumplimiento del empresario. Es indudable que estamos colocados frente a una indemnización especial y no ordinaria de perjuicios.

[...]

Tal indemnización es únicamente la retribución que merece el agente por haber creado, conservado o aumentado una clientela para el empresario; pero sólo en la medida que él pierde el beneficio que habría obtenido –en conexión con esa clientela– de no haberse incumplido el contrato por el empresario. (Aunque la ley habla de retribuir, esta indemnización tiene por objeto resarcir un lucro cesante, según se explica adelante)<sup>33</sup>.

No obstante la existencia de interesantes interpretaciones en relación con la naturaleza jurídica de la indemnización equitativa, seguimos considerando que esta no es en realidad una indemnización, sino que es una retribución adicional al agente, el cual se ve retribuido doblemente, tanto por la comisión como por la llamada “indemnización equitativa” que en realidad ostenta un carácter retributivo.

Por lo anterior, y si consideramos que la mal llamada indemnización equitativa es en realidad una retribución adicional al agente por sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato, es lógico afirmar que el agente podrá solicitar la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que resulte aplicable a la terminación injustificada del contrato de agencia. En cuanto a la concurrencia de la llamada indemnización equitativa y de la indemnización de perjuicios, será el juez o arbitro el llamado a cuidar que el agente reciba lo que le corresponde, sin incurrir en enriquecimiento sin justa causa.

## 1.6 Causas de terminación del contrato de agencia comercial

<sup>33</sup> FELIPE VALLEJO GARCÍA. *El contrato de Agencia Comercial*, 1.ª ed., 1999, Legis, pp. 87 y 91.

El artículo 1324 en su inciso primero establece que el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato. A su vez, el artículo 2189 del Código Civil establece que el mandato termina por:

- a) El desempeño del negocio para que fue constituido.
- b) La expiración del término o por el evento de la condición prefijado para la terminación del mandato.
- c) La revocación del mandante.
- d) La renuncia del mandatario.
- e) La muerte del mandante o del mandatario.
- f) La apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del mandante o del mandatario.
- g) La interdicción del mandante o del mandatario.
- h) La cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

De todas las anteriores causales, vale la pena profundizar en la causal de revocatoria del mandato respecto a la cual el artículo 1279 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1279. El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa.

De lo anterior se concluye que el contrato de agencia, al igual que el mandato, puede ser revocado en forma total o parcial por parte del empresario, esto es, que el empresario puede terminar el contrato en forma unilateral en cualquier momento.

Para ilustrar lo anterior transcribimos la siguiente cita de FELIPE VALLEJO, donde expone que la indemnización equitativa presenta una redacción extraña a la de una indemnización de perjuicios, pero la explica como una indemnización especial que indemniza o resarce el lucro cesante generado por la terminación injusta del contrato:

Sin embargo, esta terminación del contrato no puede ser abusiva, pues tal como lo consagra el artículo 1280 del Código Civil, “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”.

Para el caso del contrato de agencia comercial las consecuencias de la terminación unilateral del contrato por parte del empresario son claras: el pago de la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324, el pago de la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 en caso de que la terminación sea sin justa causa y el pago del daño emergente y lucro cesante que sea demostrado y que no haya quedado inmerso en los pagos anteriormente mencionados.

De otra parte, el artículo 1325 consagra las justas causas para la terminación unilateral del contrato de agencia, tanto por parte del empresario como por parte del agente.

Las justas causas para la terminación unilateral del contrato por parte del empresario son las siguientes:

- a) Incumplimiento grave del agente de sus obligaciones contractuales o legales.
- b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.
- c) Apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del agente.
- d) Liquidación o terminación de actividades.

Las justas causas para la terminación unilateral del contrato por parte del agente son las siguientes:

- a) Incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales o legales.
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente.
- c) Apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del empresario.
- d) La terminación de actividades.

Se observa que las causales para terminar unilateralmente el contrato por parte del empresario y del agente son prácticamente iguales, salvo la primera referente al incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales, donde para el caso de la terminación por parte del empresario se requiere que el

incumplimiento del agente sea “grave”, mientras que para el caso del agente no se requiere que el incumplimiento sea calificado como “grave”.

De lo anterior se deduce que esta norma es proteccionista del agente, pues califica el tipo de incumplimiento que debe ejecutar el agente para que el empresario pueda terminar el contrato con justa causa, haciendo que este incumplimiento deba ser grave; mientras que en el caso contrario, el incumplimiento del empresario no está calificado, y un simple incumplimiento de este en sus obligaciones contractuales o legales es causal suficiente para que el agente pueda dar por terminado el contrato con justa causa.

En todo caso, si el empresario termina el contrato con justa causa, este no tendrá que pagar al agente la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324, mientras que si el contrato es terminado por el agente por justa causa imputable al empresario, este tendrá que pagarle a aquel la mencionada indemnización.

## **1.7 Agencia comercial de hecho**

La agencia comercial de hecho está consagrada en el artículo 1331 del Código de Comercio y su objetivo es que las normas del Código de Comercio sobre agencia comercial se apliquen a relaciones comerciales o que no hayan sido denominadas por las partes como de agencia comercial, o cuyos términos no se hayan plasmado por escrito en un contrato de agencia comercial, pero que en la realidad presenten los elementos esenciales del contrato de agencia, configurándose por ende un contrato de agencia comercial de hecho.

Esta norma también tiene como propósito proteger al agente comercial que preste servicios que cumplan con los elementos esenciales del contrato de agencia, para que sus actuaciones sean reguladas por el Código de Comercio aunque éste no haya firmado un contrato o aunque el contrato que haya firmado se denomine en forma diferente a la agencia comercial.

## **2. Negociación del contrato de agencia comercial en el TLC entre Estados Unidos y los Países Andinos**

### **2.1 Antecedentes del tema “agencia comercial” en los TLC negociados por Estados Unidos: Dealers Act y *cafta***

En el año 2004 Colombia, Ecuador y Perú iniciaron las negociaciones encaminadas a suscribir un tratado de libre comercio entre estos países, denominados “países andinos” para efectos de la negociación, y Estados Unidos.

En los días previos a iniciar las negociaciones, el equipo negociador de Estados Unidos remitió a los equipos de los Países Andinos un documento en el cual aparecían los capítulos que iban a ser negociados por las partes dentro del tratado.

En ese momento el tema de la agencia comercial no aparecía mencionado en dicho documento, razón por la cual Colombia no estaba esperando que ese tema fuera objeto de negociación dentro del tratado.

No obstante lo anterior, poco antes de iniciarse la primera ronda de negociación, el equipo negociador colombiano fue informado por su similar de Estados Unidos, sobre su interés de incluir un tema adicional denominado por ellos “Dealers Act”, el cual sería tratado como punto de negociación dentro del capítulo de “Servicios Transfronterizos”.

De igual forma, Estados Unidos manifestó su interés en conocer más en detalle los aspectos relevantes del contrato de agencia comercial del Código de Comercio colombiano.

Con base en esa información, el equipo negociador colombiano comenzó a investigar en qué consistía el tema “Dealers Act”, sus antecedentes en tratados previamente negociados por el equipo de Estados Unidos y su posible relación con el contrato de agencia comercial consagrado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio colombiano.

En la primera ronda de negociación, la cual se llevó a cabo en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, durante la semana contada a partir del día 18 de mayo de 2004, el equipo de Estados Unidos para el capítulo de “Servicios Transfronterizos” le indicó al equipo negociador colombiano que “Dealers Act” era un tema que Estados Unidos había negociado previamente en el Tratado DR-CAFTA (sigla para “Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement”), más comúnmente conocido como CAFTA.

CAFTA fue el tratado de libre comercio negociado entre Estados Unidos y República Dominicana y países Centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Honduras y Nicaragua), cuya negociación inició en el 2003 y cuyo texto fue adoptado por los países parte en el año 2004 (CAFTA entró en vigencia en el 2006).

El equipo de Estados Unidos también indicó que Dealers Act sería negociado únicamente con Colombia y no con Perú y Ecuador, puesto que habían notado la existencia en la legislación colombiana del contrato de agencia comercial, sobre el cual querían hacer algunas solicitudes, y que en Perú y Ecuador no habían encontrado contratos o figuras similares.

El equipo negociador de Estados Unidos comentó al equipo colombiano que los países de CAFTA que negociaron el tema Dealers Act fueron Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala y Honduras y que las leyes o los contratos encontrados en esos países en relación con el tema constituían a su modo de ver obstáculos al comercio, razón por la cual debieron ser modificados.

Haremos aquí una corta descripción de las leyes o contratos consagrados en la legislación centroamericana que fueron objeto de la negociación con Estados Unidos dentro del tema Dealers Act en CAFTA, al igual que veremos los compromisos principales asumidos por los países centroamericanos en su TLC, para estos contratos.

En la legislación centroamericana Estados Unidos observó la existencia de algunas leyes o contratos en los países, que bajo su punto de vista resultaban obstáculos al comercio en razón a un excesivo proteccionismo que privilegiaba de manera desproporcionada la estabilidad y posición del comerciante local (llámese representante, fabricante, distribuidor, agente, etc.) dentro de los contratos, perjudicando la posición de la contraparte del contrato y, por ende, desestimulando el comercio.

En particular, las leyes o contratos comerciales de Centroamérica que regulaban la distribución, la representación o la agencia, contenían disposiciones que hacían muy complicado terminar los contratos, pues en la mayoría de los casos debían renovarse por periodos indefinidos, y las indemnizaciones no se calculaban con base en los principios generales del derecho contractual sino con base en fórmulas estatutarias, percibidas como muy gravosas, consagradas en la regulación comercial de los países.

Por lo anterior, Estados Unidos solicitó incluir en la negociación del tratado algunas leyes o contratos sobre los cuales los países hicieron compromisos en el anexo 11.13 de “Compromisos Específicos” del capítulo 11 “Comercio Transfronterizo de Servicios” de CAFTA.

Los siguientes son algunos de los compromisos más relevantes de CAFTA en relación con el tema Dealers Act  
(ver:  
[http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6\\_12s.asp#Anexo11.13](http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6_12s.asp#Anexo11.13)  
):

### **2.1.1 Costa Rica. Sección “A” de los Compromisos Específicos**

*Norma interna negociada:* Ley 6209 denominada “Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras”, del 9 de marzo de 1978.

*Principales compromisos hechos dentro de CAFTA*

- Derogar los artículos 2.º y 9.º de la Ley 6209 y su reglamento y el inciso b del artículo 361 del Código de Comercio a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado.
- Promulgar un nuevo régimen legal aplicable a los contratos de representación, distribución o fabricación.
  - i) Donde se apliquen los principios generales del derecho contractual.
  - ii) Que sea consistente con las obligaciones del tratado y con el principio de libertad contractual.
  - iii) Que establezca una relación exclusiva solo si el contrato explícitamente lo establece.
  - iv) Que disponga que la terminación de los contratos, ya sea en su fecha de vencimiento o cuando una de las partes lo termine con preaviso por no tener fecha de vencimiento, sea justa causa para que el proveedor de mercancías o servicios de otra parte pueda terminar el contrato o permitir que el contrato venza sin que sea renovado.
  - v) Que permita que los contratos que no tengan fecha de vencimiento puedan ser terminados por cualquiera de las partes previa notificación con diez meses de anticipación.
- Establecer que las controversias en los contratos de representación, distribución o fabricación sean dirimidas a través de arbitraje vinculante (el cual podrá desarrollarse en Costa Rica), salvo que haya una disposición expresa en contrario dentro de los contratos, o salvo que una de las partes objete el arbitraje.
- Estados Unidos y Costa Rica alentarán a las partes en los contratos existentes de representación, fabricación o distribución a renegociar dichos contratos para sujetarlos al nuevo régimen legal que Costa Rica adopte en cumplimiento a los compromisos específicos adquiridos en el TLC.
- La derogatoria de los artículos 2.º y 9.º de la Ley 6209 no podrá menoscabar ningún derecho adquirido.
- Costa Rica alentará y facilitará el uso del arbitraje para a solución de disputas en los contratos de representación, distribución o fabricación.

### 2.1.2 República Dominicana. Sección “B” de los Compromisos Específicos

*Norma interna negociada:* Ley 173 denominada “Ley sobre Protección a los Agentes Importadores de Mercancías y Productos” del 6 de abril de 1966 (y sus modificaciones).

*Principales compromisos hechos dentro de CAFTA*

- República Dominicana no aplicará la Ley 173 a ningún contrato cubierto firmado después de la fecha de entrada en vigor del TLC, a menos que el contrato explícitamente disponga la aplicación de esa ley.
- Por contrato cubierto se entenderá un contrato de concesión según lo define la Ley 173, del cual forme parte un proveedor de mercancías y servicios de Estados Unidos o cualquier empresa controlada por dicho proveedor.

En reemplazo de la Ley 173, República Dominicana:

- i) Aplicará al contrato cubierto los principios de su Código Civil.
- ii) Tratará al contrato cubierto de manera consistente con las obligaciones del tratado y el principio de libertad contractual.
- iii) Considerará la fecha de vencimiento de un contrato como justa causa para que un proveedor de mercancías o servicios termine el contrato o permita que el contrato expire sin ser renovado.
- iv) Permitirá que si el contrato cubierto no tiene fecha de terminación, este pueda ser terminado por cualquiera de las partes dando un preaviso con seis meses de anticipación.
- v) Establecerá que después de la terminación de un contrato cubierto o de la decisión de no renovarlo:
  - a) Si el contrato contiene una disposición de indemnización (o disposición que establece la no indemnización), se regirá por esta.
  - b) Si no existe indemnización pactada, cualquier indemnización se basará en los daños económicos reales y no en una fórmula estatutaria.
  - c) El concedente honrará las garantías pendientes y compensará al distribuidor por el valor de cualquier inventario que éste no pueda vender en razón de la terminación o de la decisión de no renovar el contrato.

- vi) Permitirá que las disputas que surjan del contrato sean resueltas a través de un arbitraje vinculante
- Cuando la Ley 173 aplique a contratos cubiertos ya sea porque fueron firmados antes de que el tratado entre en vigor o porque el contrato explícitamente lo disponga, República Dominicana dispondrá que:
  - i) El monto de una indemnización por la terminación de un contrato cubierto no sea mayor que lo disponible para el demandante bajo el Código Civil de la República Dominicana.
  - ii) Las partes puedan acordar resolver la disputa a través de un arbitraje vinculante.
  - iii) Se promoverá la resolución de disputas para los contratos cubiertos por medio del arbitraje vinculante.
- Que para todos los contratos cubiertos la terminación de un contrato por justa causa o por vencimiento no generará el pago de daños o de una indemnización.
- Que en los contratos cubiertos solo habrá exclusividad de una distribución si el contrato lo establece en forma explícita.

### **2.1.3 El Salvador. Sección “C” de los Compromisos Específicos**

Norma interna negociada: artículos 394 al 399-B del Código de Comercio

Principales compromisos hechos dentro de CAFTA:

- Los artículos 394 al 399-B no se aplicarán a los contratos de distribución que una persona de Estados Unidos suscriba luego de la entrada en vigencia del tratado, cuando el contrato así lo estipule.
- En caso de controversia en un contrato de distribución, las partes dispondrán, de común acuerdo, el foro para resolver la misma.
- Si un contrato establece una forma de indemnización (o el no pago de la misma), esta disposición aplicará por encima del pago de la indemnización consagrada en el artículo 397 del Código de Comercio.
- El contrato de distribución será exclusivo, solo si el contrato así lo establece.

- El Salvador promoverá que los contratos de distribución suscritos con posterioridad a la entrada en vigor del tratado establezcan el arbitraje obligatorio de controversias para determinar toda indemnización.

#### **2.1.4 Guatemala. Sección “D” de los Compromisos Específicos**

Norma interna negociada: Decreto 78-71 que regula los contratos de agencia, distribución o representación.

Principales compromisos hechos dentro de CAFTA:

- Se reconoce que Guatemala derogó el Decreto 78-71 y creó un nuevo régimen para agentes comerciales, distribuidores y representantes.
- Durante el año siguiente a la entrada en vigencia del tratado, Estados Unidos y Guatemala alentarán a quienes tengan contratos regidos por el Decreto 78-71 para que los renegocien y los sujeten a lo que establezcan las partes de mutuo acuerdo y al Código de Comercio de Guatemala.
- Si un contrato de agencia, distribución o representación no indica una forma de solución de controversias, se presumirá que la forma de solución será el arbitraje vinculante.
- Estados Unidos y Guatemala alentarán a las partes de contratos de agencia, distribución o representación a arreglar sus diferencias a través de arbitraje vinculante, incluyendo la fijación de la indemnización en caso de ser aplicable, y en caso de que su monto y forma de cálculo no estuvieran establecidos en el contrato.

#### **2.1.5 Honduras. Sección “E” de los Compromisos Específicos**

Norma Interna negociada: Decreto Ley 549.

Principales compromisos hechos dentro de CAFTA:

- Lo acordado en el tratado no aplicará a condiciones expresamente establecidas dentro de los contratos de agencia, representación o distribución, o a contratos vigentes con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado.
- Honduras no podrá requerir a un proveedor de mercancías o servicios de otra parte, para que:

- i) Suministre mercancías o servicios en Honduras por medio de un representante, agente o distribuidor, salvo por motivos de salud, seguridad o protección a los consumidores.
  - ii) Ofrezca o introduzca mercancías o servicios en Honduras a través de concesionarios existentes, salvo que el contrato entre ellos requiera una relación de exclusividad.
  - iii) Pague indemnización o daños cuando el contrato de representación o agencia termine con justa causa o expire sin renovación por justa causa.
- Los representantes, agentes o distribuidores no tendrán que ser hondureños o ser una empresa controlada por hondureños.
  - La expiración del término de un contrato de agencia o representación será justa causa para su terminación, y no se requerirá su renovación.
  - Cualquier daño o indemnización por la terminación de un contrato de agencia, distribución o representación, deberá basarse en la ley general de contratos.
  - Si el monto y forma de pago de cualquier indemnización no está establecido dentro del contrato de agencia, distribución o representación, y una parte quiere terminar el contrato, las partes podrán acordar resolver cualquier disputa sobre tal pago mediante arbitraje en el cual se aplique los principios generales de la ley de contratos.
  - El Decreto Ley 549 solo se aplicará a los contratos escritos de representación, distribución o agencia suscritos cuando esa ley estaba vigente, siempre y cuando el representante, distribuidor o agente esté registrado en la Secretaría de Estado en los Despacho de Industria y Comercio.
  - Un contrato de representación, distribución o agencia solo será exclusivo si el contrato lo establece expresamente.

## **2.2 Argumentos de Estados Unidos para solicitar cambios en el contrato de agencia comercial colombiano**

El equipo negociador de Estados Unidos manifestó al equipo negociador colombiano que el contrato de agencia comercial consagrado en el Código de Comercio colombiano constituía desde su punto de vista un obstáculo al comercio, de manera similar en que constituían obstáculos al comercio los contratos o leyes centroamericanas que fueron objeto de negociación en CAFTA.

Los argumentos “iniciales” que presentó el equipo negociador norteamericano para justificar su solicitud respecto a negociar las disposiciones del contrato de agencia comercial colombiano fueron los siguientes:

- La prestación del inciso primero del artículo 1324 es una fórmula impuesta por ley que no necesariamente responde a la realidad de las relaciones contractuales.
- Si ha de haber una prestación, que la misma responda a la voluntad contractual de las partes y no a una fórmula prefijada.
- La prestación resulta gravosa, da incertidumbre a las partes del contrato (sobre cuánto va a costar) y puede constituirse como un obstáculo al comercio al desincentivar el uso de este contrato.
- La comisión percibida por el agente debe ser descontada del monto a ser liquidado como indemnización equitativa, puesto que la comisión ya remunera este concepto.

Tal como se observa de los puntos anteriores, la preocupación principal del equipo negociador de Estados Unidos frente al contrato de agencia comercial colombiano en principio se enfocó en la comúnmente conocida “cesantía comercial”, prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Sin embargo, aunque no se manifestó inicialmente, en etapas posteriores de la negociación el equipo negociador de Estados Unidos también expuso su preocupación en relación con la indemnización equitativa consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, y en relación con la presunción de exclusividad a favor del agente consagrada en el artículo 1318 del Código de Comercio.

En cuanto a la prestación del inciso primero del artículo 1324, el equipo negociador de Estados Unidos consideró que esta prestación respondía a una fórmula fijada en la ley, que no era objetiva y que no respondía necesariamente a la realidad de la relación comercial.

De otra parte, el equipo norteamericano percibía que la prestación del inciso primero del artículo 1324 era excesivamente gravosa, que desestimulaba el uso del contrato de agencia comercial y que por ende constituía un obstáculo al comercio.

Adicionalmente, el equipo norteamericano consideraba que la remuneración por excelencia del agente comercial era la comisión, y que la prestación comercial del inciso primero se constituía como una remuneración adicional al esfuerzo del

agente, la cual hacía gravosa, esto es, más costosa la utilización del contrato para las personas naturales o jurídicas que aspiraban a comercializar sus bienes o servicios a través de un agente comercial en Colombia.

El equipo norteamericano también sugirió que de existir alguna prestación para la agencia comercial, esta debería ser fijada de común acuerdo por las partes del contrato de agencia, y no debería responder a una fórmula determinada por la ley, tal como era el caso colombiano.

En cuanto a la indemnización equitativa consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, ésta fue considerada por el equipo negociador norteamericano como gravosa para la parte que quisiera contratar a un agente comercial en Colombia, por tratarse también de una remuneración adicional por los servicios prestados por el agente comercial, los cuales ya se encontraban remunerados a través de la comisión.

Durante la fase inicial de la negociación el equipo norteamericano manifestó que la comisión percibida por el agente debía ser restada del monto que fuera liquidado como indemnización equitativa en razón a que la comisión ya remuneraba este concepto.

No obstante lo anterior, en etapas más avanzadas de la negociación, el equipo negociador norteamericano modificó su solicitud inicial en relación con la indemnización equitativa y solicitó la no aplicación de la indemnización del inciso 2.º del artículo 1324, para que en su lugar si un contrato terminara sin justa causa, la indemnización se calculara con base en los principios generales del derecho contractual, esto es, el daño emergente y el lucro cesante aplicables.

Como se mencionaba, los anteriores fueron los argumentos que el equipo negociador norteamericano expuso para efecto de hacer solicitudes de modificación al contrato de agencia comercial colombiano. Sin embargo, estos argumentos fueron evolucionando durante la negociación y en etapas posteriores se concretaron con algunos cambios en relación con los argumentos presentados inicialmente.

A continuación presentamos las solicitudes concretas del equipo negociador norteamericano frente al contrato de agencia comercial colombiano, y el estudio de la evolución de estas solicitudes a través de las etapas iniciales de la negociación, hasta llegar a la solicitud definitiva.

### **2.3 Solicitud de Estados Unidos: primera solicitud, evolución de la primera solicitud durante la negociación y solicitud final**

Aquí hacemos un estudio de las solicitudes elevadas por el equipo negociador de Estados Unidos al equipo negociador de Colombia en relación con el contrato de agencia comercial.

Las primeras cuatro rondas de negociación se centraron en el intercambio de información entre los equipos negociadores, y solo hasta la quinta ronda de negociación el equipo negociador norteamericano expuso formalmente una primera solicitud sobre el contrato de agencia.

Tal como lo mencionamos, esta primera solicitud fue evolucionando durante el transcurso de la negociación. La anterior evolución respondió a que durante las siguientes rondas de negociación el equipo norteamericano solicitaba más información al equipo negociador colombiano y entendía mucho mejor la estructura de la regulación consagrada en el Código de Comercio para el contrato de agencia.

En la medida en que el equipo estadounidense iba ampliando su comprensión frente a la regulación del contrato de agencia comercial, éste iba haciendo algunos cambios a su solicitud inicial.

A continuación presentamos el desarrollo que tuvo la primera solicitud del equipo negociador norteamericano frente al contrato de agencia comercial, estudiando los puntos principales de su solicitud inicial y la evolución de la primera solicitud durante las siguientes etapas de la negociación, para concluir con la exposición de la solicitud final.

### **2.3.1 Primera solicitud**

Durante la primera ronda de negociación el equipo negociador norteamericano explicó su interés en revisar las disposiciones aplicables al contrato de agencia comercial colombiano, explicó el tema Dealers Act negociado en CAFTA e hizo preguntas al equipo negociador colombiano respecto al contrato de agencia comercial colombiano.

A partir de la segunda ronda los equipos norteamericano y colombiano comenzaron un intercambio activo de información en relación con el contrato de agencia comercial, pero solo fue hasta la quinta ronda de negociación que el equipo norteamericano presentó formalmente una primera solicitud con relación al mencionado contrato.

Los puntos principales de la primera solicitud del equipo norteamericano fueron los siguientes:

- a) Eliminar la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324 Código de Comercio.

- b) Modificar el inciso 2.º de artículo 1324 del Código de Comercio para hacer que del monto correspondiente a la indemnización equitativa se descuente el valor equivalente a lo recibido por el agente a título de comisiones.
- c) No exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario.
- d) Que la fecha de terminación del contrato sea considerada justa causa de terminación del contrato de agencia comercial.
- e) Que todo lo anterior sea aplicable a la agencia de hecho.

A continuación hacemos una breve reseña de cada una de las solicitudes formuladas por el equipo norteamericano durante la quinta ronda de negociación:

*a) Eliminar la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324 del Código de Comercio*

Esta solicitud fue hecha con base en la percepción del equipo norteamericano de que la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324 del Código de Comercio era una fórmula estatutaria, esto es, impuesta por la ley, que no respondía necesariamente a la realidad de la relación comercial y que resultaba incierta y costosa para el empresario. De otra parte, también percibían que esta prestación se constituía como una doble remuneración a los servicios prestados por el agente comercial.

Sin perjuicio de la solicitud respecto a eliminar el inciso primero del artículo 1324, el equipo negociador norteamericano manifestó que veía viable la aplicación de una prestación que remunerara en forma adicional a la comisión los esfuerzos del agente, solo si su aplicación respondía a la voluntad de las partes del contrato de agencia, las que estaban en libertad de fijar una prestación con base en la fórmula que éstas consideraran justa.

Lo que el equipo negociador de Estados Unidos no consideraba conveniente era que esta prestación comercial fuera de naturaleza obligatoria y respondiera a una fórmula legalmente establecida, que no necesariamente respondía a la realidad de las relaciones comerciales.

*b) Modificar el inciso 2.º de artículo 1324 del Código de Comercio para hacer que del monto correspondiente a la indemnización equitativa se descuente el valor equivalente a lo recibido por el agente, a título de comisiones*

El equipo negociador norteamericano manifestó que la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 también se constituía una remuneración

adicional a favor del agente comercial, ya que la comisión era la figura llamada a remunerar los esfuerzos del agente.

El equipo norteamericano anotó que la llamada indemnización equitativa no era en realidad una indemnización, puesto que no buscaba reparar o indemnizar un daño causado. Por el contrario, esta indemnización equitativa tenía en realidad naturaleza remuneratoria, en el sentido de que estaba llamada a aplicarse como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, línea de productos o los servicios objeto del contrato, debiendo tener en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

En ese orden de ideas, la llamada indemnización equitativa, al tener en realidad una naturaleza remuneratoria, debía ser modificada para establecerse que el monto correspondiente a la indemnización equitativa debía descontarse del valor equivalente a lo recibido por el agente comercial a título de comisiones.

De esta manera el agente comercial no recibiría una doble remuneración por la prestación de sus servicios.

*c) No exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario*

Esta solicitud fue motivada con base en la norma consagrada en el artículo 1318 del Código de Comercio, la cual establece que, 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.

El equipo negociador norteamericano mostró su desacuerdo con esta norma por tratarse de una “presunción” de exclusividad dentro de los contratos de agencia comercial, motivo por el cual sugirieron la no exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario.

Para el equipo de Estados Unidos una presunción de exclusividad a favor del agente obstaculiza el comercio, perjudicando tanto al agente como al empresario. La existencia de la exclusividad en el contrato de agencia perjudicaría al empresario, pues limitaría su posibilidad de servirse de varios agentes en una misma zona y ramo de actividades o productos, al igual que perjudicaría a los agentes como grupo, pues se restringiría y disminuiría el número de agentes que pudieran actuar en una misma zona, para el mismo ramo de actividades o productos.

Con base en la anterior argumentación, la propuesta del equipo de Estados Unidos consistió en que se eliminara la presunción de exclusividad y que se dejara la posibilidad de que la relación fuera exclusiva, solamente si las partes así lo acordaban en forma expresa y voluntaria dentro del contrato de agencia comercial.

*d) Que la fecha de terminación del contrato sea considerada justa causa de terminación del contrato de agencia comercial*

En gran parte de la legislación de los países centroamericanos el hecho de que un contrato llegara a la fecha contemplada dentro del mismo como vencimiento de su término, no era justa causa para que el mismo terminara y no fuera renovado.

Lo anterior hacía muy difícil que un contrato de agencia, distribución o representación en Centroamérica pudiera darse por terminado al llegar su fecha de vencimiento. La motivación para lo anterior era tratar de proteger al máximo al agente, distribuidor o representante, al hacer que sus contratos contaran con vigencia indeterminada y así pudieran contar con un oficio estable.

En razón a su experiencia en CAFTA, el equipo de Estados Unidos tenía la percepción de que la legislación colombiana era similar a la centroamericana en ese punto en particular, razón por la cual incluyeron en sus solicitudes iniciales que la fecha de terminación del contrato de agencia comercial fuera considerada como justa causa para la terminación del contrato de agencia.

Desde el mismo momento en que el equipo negociador de Estados Unidos presentó esa solicitud, el equipo negociador colombiano les explicó que no existía necesidad de que la fecha de terminación del contrato fuera considerada justa causa para la terminación del contrato, puesto que en Colombia la fecha de terminación del contrato conllevaba necesariamente que el contrato terminara (sin que se generaran penalidades por dicha terminación), salvo que las partes quisieran renovarlo voluntariamente.

Lo anterior significaba que en Colombia no era necesario establecer que la fecha de terminación de un contrato es justa causa para su terminación, porque sencillamente al llegarse la fecha de terminación el contrato expira automáticamente, salvo pacto voluntario en contrario hecho por las partes del contrato.

El equipo negociador de Estados Unidos fue receptivo al argumento del equipo colombiano, pero fueron necesarias varias rondas adicionales de intercambio de información para que aceptaran la explicación otorgada y retiraran esta solicitud de su lista de solicitudes de modificación al contrato de agencia comercial colombiano, por resultar improcedente e innecesaria.

*e) Que todo lo anterior sea aplicable a la agencia de hecho*

Esta solicitud apuntaba a lo consagrado en el artículo 1331 del Código de Comercio que establece que a la agencia de hecho se le aplicarán las normas del capítulo v del Código sobre agencia comercial.

Tal como lo hemos comentado, la agencia de hecho permite que aquellas relaciones comerciales en que se presenten los elementos del contrato de agencia comercial, aunque no exista contrato de agencia por escrito, sean reguladas por las disposiciones consagradas en el Código de Comercio para el contrato de agencia comercial.

Por lo anterior, el equipo negociador de Estados Unidos quería que sus solicitudes sobre el contrato de agencia comercial también cubrieran las relaciones de agencia de hecho.

### **2.3.2 Evolución de la primera solicitud durante la negociación**

Tal como lo hemos mencionado, la primera solicitud elevada por el equipo negociador norteamericano fue evolucionando en la medida en que la negociación avanzaba y se daba un mayor intercambio de información.

El equipo colombiano dio una amplia explicación a todas las preguntas del equipo norteamericano y se aseguró de que los norteamericanos entendieran a fondo el sentido de las normas consagradas en el Código de Comercio para el contrato de agencia.

A continuación haremos una breve reseña del intercambio de información que se dio entre los equipos sobre la solicitud inicial de Estados Unidos:

a) Eliminar la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324 Código de Comercio:

De todos los temas consagrados en la legislación colombiana sobre el contrato de agencia comercial, el que más “interesó” al equipo negociador norteamericano fue la llamada cesantía comercial, o prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324, junto con el tema de la indemnización equitativa consagrada en el inciso 2.º del mismo artículo.

El equipo negociador colombiano explicó al equipo norteamericano el significado y alcance del inciso 1.º del artículo 1324, el cual establece que a la terminación del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la duodécima 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.

El equipo norteamericano percibía la mal llamada cesantía comercial como una fórmula estatutaria impuesta por el legislador, cuyo criterio no necesariamente correspondía a la realidad de las relaciones comerciales. De igual manera, el equipo percibía este inciso como un pago doble por los servicios del agente, los

cuales ya eran remunerados por la comisión. Por lo anterior la solicitud fue drástica, en el sentido de que se eliminara por completo este inciso.

b) Modificar el inciso 2.º de artículo 1324 del Código de Comercio para hacer que del monto correspondiente a la indemnización equitativa se descuente el valor equivalente a lo recibido por el agente, a título de comisiones.

Al igual que con el inciso 1.º, el equipo norteamericano percibía que el inciso 2.º del artículo 1324 se constituía como una doble remuneración a los esfuerzos del agente, los cuales ya eran retribuidos por la comisión que éste recibía.

A pesar de denominarse “indemnización equitativa”, el equipo norteamericano decía no considerar que lo preceptuado en el inciso 2.º fuera una verdadera indemnización, puesto que su propósito no era resarcir un daño, sino que tenía naturaleza “retributoria”, y se constituía en un pago como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar una marca, línea de productos o servicios objeto del contrato, cuando el empresario revocara o diera por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada.

Para el equipo norteamericano, de aplicarse esta “indemnización”, la misma debería modificarse para que el monto de la indemnización fuera descontado del valor equivalente a lo recibido por el agente por comisiones. De esta forma el agente no recibiría una doble remuneración por sus esfuerzos.

c) No exclusividad del contrato, salvo pacto en contrario

En relación con esta solicitud, el equipo de Estados Unidos manifestó que consideraba que la exclusividad a favor del agente, consagrada en el Código de Comercio colombiano, obstaculizaba el comercio en razón a que restringía la posibilidad de que los empresarios utilizaran un mayor número de agentes para la promoción de su negocio, al mismo tiempo que perjudicaba a los agentes al restringirse la cantidad que podían actuar en representación de un empresario para una misma zona y un mismo ramo de actividades o productos.

d) Que la fecha de terminación del contrato sea considerada justa causa de terminación del contrato de agencia comercial

Tal como lo mencionamos antes, el equipo norteamericano creía que, en principio, tal como sucedía en CAFTA, en Colombia la llegada de la fecha de terminación de un contrato no era justa causa para que el contrato fuera terminado. Ellos consideraban que era necesario que se dispusiera expresamente que la llegada a la fecha de terminación de un contrato fuera justa causa para su terminación, sin que la misma generara ningún tipo de pago por este concepto, ni la obligación de renovación automática del contrato.

El equipo colombiano explicó al norteamericano que la solicitud elevada a este respecto no era necesaria, puesto que la fecha de terminación de un contrato dentro de la legislación colombiana no se constituía en justa o en injusta causa para la terminación de un contrato, sino que simplemente se determinaba el momento en que las partes habían acordado voluntariamente dar por terminado un contrato, sin que lo anterior generara la obligación de ningún pago por concepto de pena o indemnización en razón a dicha forma de terminación, y tampoco generara la obligación de renovación automática e indefinida del contrato, tal como sucedía en la legislación de varios de los países centroamericanos que hicieron parte del CAFTA.

e) Que todo lo anterior sea aplicable a la agencia de hecho

Esta solicitud no tuvo mayor discusión en razón a que era consecuente que si la legislación sobre el contrato de agencia comercial se aplica a la agencia comercial de hecho, esto es, a aquellas relaciones comerciales que tuvieran los elementos esenciales del contrato de agencia, aunque no estuvieran plasmadas por escrito en un contrato de agencia, las solicitudes hechas por el equipo negociador norteamericano debían también aplicarse a las relaciones de agencia comercial de hecho.

### 2.3.3 Solicitud final

Como producto del intercambio de información y de la discusión entre los equipos negociadores colombianos y estadounidenses durante las rondas quinta a la duodécima, finalmente Estados Unidos depuró su solicitud, para reflejar todas sus pretensiones e intereses con relación a la legislación del contrato de agencia comercial colombiano.

En la ronda XIII de negociación Estados Unidos manifestó que su solicitud final recaería sobre los siguientes tres puntos:

- No aplicación de la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324.
- No aplicación de la indemnización equitativa del inciso 2.º del artículo 1324 y, en su lugar, si un contrato termina sin justa causa, la indemnización se determine por los principios del derecho contractual, daño emergente y lucro cesante.
- No exclusividad, salvo pacto en contrario.

De lo anterior se concluye que como producto del intercambio de información entre los equipos durante las doce primeras rondas de negociación, el equipo norteamericano solo conservó tres de los cinco puntos inicialmente solicitados en relación con la legislación del contrato de agencia comercial.

En cuanto a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324, la solicitud de no aplicación de la misma quedó inmodificada, puesto que el equipo norteamericano se sostuvo en su argumentación inicial, según la cual dicha prestación era una fórmula estatutaria que no necesariamente respondía a la realidad de las relaciones comerciales, además de ser una doble remuneración a los esfuerzos del agente, los cuales ya estaban siendo retribuidos por la comisión.

En cuanto a la indemnización equitativa del inciso 2.º del artículo 1324, la solicitud tuvo una variación importante en la medida en que ya no estaban solicitando que el monto de la indemnización fuera descontado del monto pagado por comisiones, sino que solicitaron que si un contrato de agencia terminaba sin justa causa, la indemnización por dicha terminación injusta se determinara por los principios generales del derecho contractual, esto es, con base en el daño emergente y el lucro cesante, y no fuera calculada como una retribución a los esfuerzos del agente, los cuales ya eran retribuidos por la comisión.

En esta solicitud el equipo negociador norteamericano reafirmó su argumentación en relación a considerar que la indemnización equitativa del inciso 2.º del artículo 1324 no respondía en realidad a una naturaleza indemnizatoria por la terminación sin justa causa de un contrato de agencia, sino que era un pago retributivo a los esfuerzos del agente, tal como explícitamente aparecía consignado en el mismo inciso 2.º cuando dice: "... 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 bastardilla es nuestra).

El equipo norteamericano reconoció el derecho que un agente tiene a recibir una indemnización en caso de la terminación injustificada de un contrato de agencia comercial, pero resaltó que dicha indemnización debía responder a los principios generales del derecho contractual como parámetro fundamental para determinar el monto de dicha indemnización.

El tercer punto de la solicitud final fue el de la no exclusividad del contrato de agencia comercial salvo pacto en contrario de las partes. Este punto fue conservado en la solicitud norteamericana por considerar que la exclusividad del contrato se constituía como un obstáculo al comercio, que debía ser eliminado en aras de la promoción del comercio entre Estados Unidos y Colombia.

Los tres puntos principales de la solicitud final del equipo norteamericano fueron formalizados y presentados ante el equipo negociador colombiano durante la Ronda XII de negociación de la siguiente manera:

1. Modificar una medida similar a la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324, haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y dejando abierta la posibilidad de que se adopten o mantengan otras medidas diferentes con relación a pagos asociados a la terminación de un contrato de agencia en mala fe o en violación a los términos del contrato.
2. Modificar una medida similar a la indemnización equitativa del inciso 2.º del artículo 1324, haciendo que el requerimiento de pagar la indemnización equitativa sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y, en su lugar, hacer que cualquier indemnización derivada de la terminación por parte de principal, de un contrato de agencia comercial sin justa causa, sea determinada de conformidad con los principios del derecho contractual daño emergente, lucro cesante y *detrimental reliance*, según lo acordado voluntariamente por las partes.
3. Modificar una medida descrita en el artículo 1318 (exclusividad a favor del agente) estableciendo que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica para el mismo ramo de actividades o productos, salvo pacto en contrario.

La esencia de los tres puntos anteriores quedó plasmada en el compromiso que Colombia adquirió para la regulación en materia de agencia comercial, en texto del Tratado de Libre Comercio entre los Países Andinos y Estados Unidos, con algunas diferencias en la redacción y forma de presentación de los compromisos.

En el siguiente capítulo se analizan los anteriores tres puntos, al igual que los demás puntos que quedaron incluidos en el compromiso finalmente adquirido por ambas partes.

## 2.4 Posición de Colombia en caso de asumirse un compromiso

Con posterioridad a que Estados Unidos diera a conocer los tres puntos fundamentales de su solicitud frente a la legislación para el contrato de agencia comercial, el equipo negociador colombiano, como producto de las deliberaciones con el sector privado colombiano y del estudio hecho a la solicitud norteamericana, dejó claro al equipo de Estados Unidos que en caso de asumir un compromiso, el compromiso de Colombia respondería a los siguientes argumentos y parámetros:

- Colombia siempre manifestó que no era su intención cambiar el contrato de agencia comercial mediante el TLC. Posición defensiva, no ofensiva.

- De adquirirse un compromiso, éste debería responder al balance general de la negociación.
- De adquirirse un compromiso, este debería ser recíproco (EE. UU. también debía obligarse).
- Derechos adquiridos: Colombia no alentaría a las partes a renegociar sus contratos existentes.
- Tiempo de implementación: Estados Unidos quería que el compromiso fuera exigible a la firma del tratado. Colombia pidió tiempo para la implementación de una ley para modificar el Código de Comercio.
- Indemnización: como mínimo, esta debería responder a daño emergente, lucro cesante y a aquello que las partes pactaran voluntariamente.

A continuación haremos un breve análisis de cada uno de los puntos que Colombia expuso como base de cualquier compromiso que eventualmente adquiriera dentro de la negociación del tema relativo a agencia comercial:

#### **2.4.1 Posición defensiva de Colombia frente a los cambios propuestos a la legislación sobre el contrato de agencia comercial**

Para el equipo negociador colombiano siempre fue claro que la intención de Colombia no era cambiar la legislación sobre el contrato de agencia comercial del Código de Comercio colombiano a través del TLC. Dentro de los intereses de Colombia en el tratado nunca estuvo hacer un cambio en la regulación de este contrato.

La razón por la que la legislación colombiana, para el contrato de agencia comercial, fue objeto de la negociación del TLC obedeció a que el tema se trajo a la mesa por el equipo negociador de Estados Unidos –no por el equipo negociador colombiano–, en razón a que el equipo norteamericano consideraba que las normas consagradas en la legislación colombiana para la agencia comercial constituían un obstáculo para el comercio entre los dos países.

Como no era del interés de Colombia hacer reformas a la agencia comercial mediante el TLC, pues tal tratado no era el conducto regular para llevar a cabo reformas a legislación interna de los países, el equipo colombiano asumió desde el principio de la negociación una posición defensiva, no ofensiva, frente a la solicitud de Estados Unidos en materia de agencia comercial.

Si de la negociación hecha con Estados Unidos para el tema de agencia comercial surgían compromisos de efectuar cambios en la legislación colombiana, estos cambios deberían ser efectuados por el órgano competente para llevarlos a cabo, esto es, por la rama legislativa colombiana.

#### **2.4.2 De adquirirse un compromiso, este debería responder al balance general de la negociación**

Al igual que para todos los temas de la negociación del TLC, un eventual compromiso en materia de agencia comercial debía responder al balance general de la negociación. Ningún tema se negociaba y ningún punto se concedía sin analizar el balance general de la negociación.

En toda negociación es claro que cada una de las partes debe ceder algunos de sus intereses, en aras de obtener otros, y de esa manera lograr un balance equitativo entre lo cedido y lo obtenido. Para el equipo negociador era claro que cualquier compromiso o concesión que se hiciera en este tema debía responder a los compromisos y concesiones que Estados Unidos hiciera en otros temas de la negociación, para lograr de esta forma un balance equitativo en el panorama general de la negociación.

En este sentido el equipo negociador colombiano siempre actuó guiado por la clara directriz dada por el jefe del equipo negociador HERNANDO JOSÉ GÓMEZ, consistente en que “nada está negociado hasta que todo esté negociado”.

#### **2.4.3 De adquirirse un compromiso, éste debería ser recíproco**

A pesar de que en CAFTA los compromisos de los países centroamericanos fueron unilaterales, el equipo colombiano siempre tuvo como pretensión que si se llegaba a adquirir algún compromiso en materia de agencia comercial, los Estados Unidos también debería hacer compromisos frente a Colombia en materia de Dealers Act, refiriéndose esto en términos generales, a temas de distribución.

El equipo colombiano fue claro en que de asumirse un compromiso, este debería ser bilateral.

#### **2.4.4 Derechos adquiridos**

El equipo colombiano le hizo énfasis al equipo norteamericano que de asumirse algún compromiso en materia de agencia comercial, este compromiso no incluiría disposición alguna relativa a que Colombia se comprometería a alentar

o animar a las partes de un contrato de agencia comercial a renegociar sus contratos existentes.

Colombia fue enfática en este punto, puesto que en CAFTA algunos de los países centroamericanos, como fue el caso de Costa Rica y Guatemala, incluyeron en sus compromisos que alentarían a las partes de los contratos de representación, distribución o fabricación en el caso de Costa Rica, y de agencia comercial, distribución o representación en el caso de Guatemala, a renegociar sus contratos existentes para sujetarlos al nuevo régimen legal que se adoptara en el país para dar cumplimiento a los compromisos específicos adquiridos en el TLC.

Colombia explicó a Estados Unidos que su Constitución Política en el artículo 58 consagraba el principio de los derechos adquiridos. El artículo 58 de la Constitución Política, el cual se encuentra consagrado en el capítulo segundo “De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, del título segundo “De los Derechos, las Garantías y los Deberes” de la Constitución, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

En atención a lo anterior, y para efectos de dar cumplimiento a los preceptos constitucionales, el equipo negociador colombiano dejó en claro al equipo norteamericano que su pretensión en relación a alentar a las partes de los contratos a renegociar los mismos para sujetarlos a la nueva legislación que se

expidiera para honrar el compromiso plasmado en la negociación no era una solicitud aceptable para Colombia.

#### **2.4.5 Tiempo de implementación**

Estados Unidos manifestó que de llegarse a un compromiso, este debería ser exigible a partir de la fecha de firma del tratado.

Esta solicitud tenía como antecedente lo negociado en CAFTA, donde Costa Rica se comprometió a derogar su legislación interna en materia de contratos de representación, distribución o fabricación a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado, y donde El Salvador se comprometió a que su legislación interna sobre los contratos de distribución no se aplicaría a los contratos que una persona de Estados Unidos suscribiera luego de la entrada en vigencia del tratado.

El equipo colombiano explicó al equipo norteamericano que de llegarse a adquirir un compromiso, se requeriría de un tiempo prudencial mientras el Congreso de la República de Colombia expidiera una ley que modificara el Código de Comercio en aras de honrar el compromiso específico adquirido por Colombia, razón por la cual no era posible que un eventual compromiso fuera exigible a partir de la fecha de firma del tratado.

#### **2.4.6 Indemnización conforme a los principios generales del Derecho contractual**

El equipo negociador colombiano manifestó al equipo norteamericano que de llegarse a hacer algún compromiso en materia de indemnización para los contratos de agencia comercial, esta indemnización debería responder, como mínimo, a los conceptos de daño emergente, lucro cesante y a aquello que las partes pactaran voluntariamente.

#### **2.5 Sector privado colombiano**

El sector privado colombiano se constituyó desde el primer momento como un actor fundamental en el desarrollo de las negociaciones del tratado de libre comercio entre los Países Andinos y Estados Unidos.

Finalmente, las negociaciones del tratado estaban llamadas a afectar de diversas formas al sector privado colombiano, que tenía grandes intereses alrededor de los temas objeto de negociación.

Desde la primera ronda de negociación hasta la última, el sector privado colombiano sostuvo una interacción permanente con el equipo negociador colombiano.

La dinámica que se mantuvo durante toda la negociación consistió en que al finalizar cada una de las rondas de negociación se llevaba a cabo una presentación que el equipo colombiano hacía al público en general, donde se hacía primero un resumen general de los temas más importantes abarcados durante la respectiva ronda de negociación, y segundo, una presentación de cada una de las mesas de negociación, donde estas exponían lo sucedido durante la ronda en su capítulo del tratado y exponían los avances presentados en cada uno de los temas objeto de negociación.

Además de hacerse una exposición, esas reuniones eran un espacio abierto para que el sector privado interesado en cada uno de los temas de negociación, y el público en general, expusiera al equipo negociador sus opiniones, inquietudes, dudas y solicitudes en relación con los temas objeto de negociación que les interesaban.

El equipo negociador colombiano recogía todas las opiniones, dudas, solicitudes e inquietudes del sector privado colombiano y las exponía durante la siguiente ronda de negociación ante el equipo norteamericano, convirtiéndose de esta manera en un puente de comunicación entre el sector privado colombiano y el equipo negociador norteamericano.

El público que asistía a las presentaciones del equipo negociador colombiano, realizadas con posterioridad a cada una de sus rondas, no solo estaba integrado por empresarios privados colombianos sino que también había estudiantes, maestros, miembros de organizaciones no gubernamentales, miembros de asociaciones, periodistas etc., ya que las puertas estaban abiertas a cualquier colombiano que estuviera interesado en conocer la evolución de la negociación.

La dinámica de cada una de las reuniones post-ronda consistía en una presentación general hecha por el jefe del equipo negociador colombiano, HERNANDO JOSÉ GÓMEZ, donde exponía ante el público asistente los puntos principales que se deben resaltar con relación a los avances presentados en cada ronda para cada una de las mesas de negociación.

Con posterioridad a la presentación general del estado de la negociación para la última ronda, cada una de las mesas negociadoras (cada mesa correspondía a un capítulo del texto de la negociación) se reunía con el público interesado en cada capítulo de la negociación, para mostrarles el texto del tratado, y exponer la evolución de este durante la negociación, e informar sobre lo discutido con el equipo negociador norteamericano en cada uno de los puntos.

A continuación, expondremos cómo fue la evolución de la interacción entre el sector privado colombiano y el equipo negociador colombiano, para el tema del contrato de agencia comercial.

### **2.5.1 Interacción entre el equipo negociador y el sector privado colombianos**

Para el tema de agencia comercial se llevaron a cabo aproximadamente veintiséis reuniones entre el equipo negociador y el sector privado, incluyendo las reuniones que se hacían a la terminación de cada una de las rondas, como las que se llevaban a cabo entre rondas, en las instalaciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En adición a las reuniones, el equipo negociador colombiano formuló encuestas dirigidas a empresarios, estudiantes y a rectores y directores de los departamentos de Derecho Comercial de las universidades más reconocidas de Colombia, para efectos de conocer sus opiniones sobre la legislación del Código de Comercio colombiano en materia de agencia comercial.

De igual forma, y para fomentar el debate, el equipo colombiano elaboró un cuadro con argumentos del sector privado a favor y en contra de hacer cambios al contrato de agencia comercial colombiano, cuadro que fue publicado en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

De la interacción con el sector privado se evidenció que para el tema de agencia comercial existían dos posiciones encontradas en el sector privado. Una posición estaba a favor de hacer cambios a la legislación sobre agencia comercial, y la otra posición estaba en contra de hacer cambios.

En el siguiente numeral vemos los principales argumentos del sector privado colombiano frente a las solicitudes hechas por Estados Unidos en materia de agencia comercial.

### **2.5.2 Principales argumentos del sector privado colombiano frente a la solicitud de Estados Unidos**

Como lo mencionábamos, el sector privado colombiano estaba dividido entre quienes pensaban que la solicitud de Estados Unidos en materia de agencia comercial era conveniente, por lo que apoyaban que se hicieran compromisos para el cambio de la legislación sobre agencia comercial, y quienes pensaban que la solicitud estadounidense perjudicaba a los agentes comerciales colombianos, razón por la cual no estaban de acuerdo con que se hicieran compromisos para modificar la legislación existente.

Los principales argumentos del sector privado, tanto de quienes estaban de acuerdo como de quienes no lo estaban en hacer compromisos para modificar el Código de Comercio colombiano en materia de agencia comercial, fueron, en resumen, los siguientes (es pertinente aclarar que el siguiente resumen fue elaborado por el autor con base en los argumentos aportados por el sector privado, pero no corresponde siempre al aporte textual de los representantes del sector privado mencionados).

### **2.5.2.1 Resumen de los principales argumentos del sector privado en contra de hacer cambios**

- El contrato de agencia surgió para proteger a los comerciantes nacionales del abuso de los empresarios, puesto que una vez que los agentes conquistaban la clientela para el empresario, el empresario les terminaba el contrato y seguía beneficiándose de la clientela.
- El contrato de agencia busca equilibrar la relación empresario-agente, pues los agentes no tienen la misma capacidad económica y poder de negociación que los empresarios.
- La llamada cesantía comercial protege al agente como la parte débil del contrato y le da poder de negociación.
- La comisión al agente remunera una transacción individual, mientras que la cesantía comercial remunera la creación de una clientela y los gastos de infraestructura del agente.
- Suprimir la cesantía comercial equivale a suprimir la agencia comercial, pues sin cesantía comercial el contrato se asimilaría a uno de distribución o a cualquier otro contrato de mandato.
- La cesantía comercial es una norma imperativa.
- La Directiva 86/653 de la Comisión Europea señala el desequilibrio en la relación empresario-agente. Puerto Rico tiene normas sobre distribución aún más gravosas que las del contrato de agencia comercial colombiano.

### **2.5.2.2 Resumen de los principales argumentos del sector privado a favor de hacer cambios**

- En 1971 la tendencia era proteccionista, pero hoy en día el agente comercial es un completo empresario, persona de negocios que tiene una actividad de las más lucrativas con mínima inversión, comparada con la del empresario y mínimo riesgo.

- En la actualidad los agentes comerciales no son una parte débil dentro del contrato de agencia.
- La regulación para el contrato de agencia no responde a los principios generales del derecho contractual al incluir conceptos como el de la cesantía comercial, que es un concepto traído de la legislación laboral y la indemnización equitativa, y en realidad no responde a una naturaleza indemnizatoria sino retributiva.
- La cesantía comercial no compensa nada en realidad, puesto que la comisión remunera la labor del agente, y la indemnización equitativa, la clientela. Adicionalmente, una vez terminado el contrato es frecuente que el agente comercial se quede con la clientela si trabaja en el mismo ramo de negocios que el empresario.
- La cesantía comercial no es un elemento esencial del contrato de agencia comercial. La Sentencia de la CSJ de 1980 estableció que la prestación del artículo 1324 aunque es irrenunciable antes de celebrar el contrato o durante su ejecución, una vez terminado el contrato puede renunciarse, esto indica que no es una norma de orden público.
- La Directiva 86/653 de la Comisión Europea no prevé nada parecido a la cesantía comercial, ni alude a la supuesta debilidad del agente.

Tal como se mencionaba antes, el equipo negociador colombiano elaboró un cuadro de pros y contras respecto de la solicitud de Estados Unidos para la agencia comercial, con base en argumentos aportados por el sector privado colombiano para efectos de la elaboración de dicho cuadro, que fue publicado en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

### **2.5.2.3 Derecho comparado: legislación de Puerto Rico y Directiva europea**

Entre los argumentos presentados por el sector privado colombiano a favor y en contra de introducir cambios a la legislación del contrato de agencia comercial estuvo el derecho comparado, y en especial la Ley 75 de Puerto Rico sobre Contratos de Distribución, y la Directiva 86/653 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas (hoy, Unión Europea), que señaló parámetros para la coordinación de sus Estados miembros en relación con los agentes comerciales independientes.

Las mencionadas regulaciones internacionales le sirvieron al sector privado colombiano para reforzar sus argumentos tanto a favor como en contra de introducir cambios en la legislación colombiana para el contrato de agencia.

A continuación hacemos un estudio más detallado tanto de la Ley de Puerto Rico como de la Directiva 86/653 de la hoy Unión Europea.

### **2.5.2.3.1 Legislación de Puerto Rico en materia de contratos de distribución**

Entre los argumentos aportados por el grupo del sector privado que no estaba de acuerdo en que se introdujeran cambios a la legislación para el contrato de agencia comercial en el TLC hubo un argumento en especial que llamó mucho la atención en razón a que dejaba expuesto el hecho de que en algunos estados estadounidenses existía regulación similar o más gravosa a la del contrato de agencia comercial colombiano.

Como ejemplo del anterior argumento trajeron a colación la Ley 75 de Puerto Rico sobre Contratos de Distribución. El sector privado que estaba en contra de introducir cambios a la agencia comercial manifestó que no consideraba correcto que Estados Unidos solicitara a Colombia hacer cambios en una regulación interna que consideraban se constituía en un obstáculo para el comercio, a sabiendas de que uno de sus estados (Puerto Rico) consagraba una legislación similar a la que ellos pretendían que Colombia se comprometiera a modificar.

Con el objetivo de ilustrar en forma más completa el anterior argumento, a continuación hacemos un resumen de los puntos más relevantes de la Ley de Puerto Rico en materia de contratos de distribución.

Resumen de los aspectos principales de la Ley 75 de contratos de distribución, Puerto Rico

- El contrato de distribución abarca tanto la distribución de bienes como la de servicios.
- Aunque haya una cláusula en el contrato de distribución reservándoles a las partes el derecho unilateral de terminar la relación, ningún principal podrá dar por terminada dicha relación directa o indirectamente o a negarse a renovar dicho contrato a su vencimiento normal, excepto por justa causa.
- Justa Causa. Incumplimiento de alguna de las obligaciones esenciales del contrato de distribución por parte del distribuidor, o cualquier acción u omisión por parte de este, que afecte adversamente y en forma sustancial los intereses del principal o concedente en el desarrollo del mercado o distribución de la mercancía o servicios.

- No se configura como justa causa la violación o incumplimiento por parte del distribuidor de cualquier disposición incluida en el contrato para impedir cambios en la estructura de capital del negocio del distribuidor o cambios en el control gerencial de dicho negocio, a menos que el principal pueda demostrar que tal incumplimiento afecta en forma adversa y sustancial los intereses del principal en el desarrollo del mercado, distribución de la mercancía o prestación de los servicios.
- Se presumirá que un principal ha menoscabado la relación si éste establece en Puerto Rico facilidades para la distribución directa de mercancía o servicios que estaban a cargo del distribuidor o si el principal establece una relación de distribución con uno o más distribuidores adicionales para el área de Puerto Rico o cualquier parte de dicha área, contraria al contrato existente.
- Si no hay justa causa para terminar un contrato de distribución, para el menoscabo de la relación o para no renovar el contrato, el principal habrá ejecutado un acto torticero contra el distribuidor y deberá indemnizarle en la medida de los daños que le cause, y cuya cuantía se fijará con base en:
  - a)** el valor actual de lo invertido por el distribuidor para la adquisición y adecuación de locales, equipo, etc., en la medida en que estos no fueren fácil y razonablemente aprovechables para una actividad diferente a la que el distribuidor estuviere normalmente dedicado.
  - b)** El costo de las mercaderías, partes, piezas, accesorios y útiles que el distribuidor tenga en existencia, y de cuya venta o explotación no pueda beneficiarse.
  - c)** La plusvalía del negocio, o aquella parte de esta atribuible a la distribución de la mercadería o a la prestación de los servicios de que se trate, deberá ser determinada tomando en consideración los siguientes factores:
    1. Número de años que el distribuidor ha tenido a su cargo la distribución.
    2. Volumen actual de distribución de la mercancía o prestación de los servicios de que se trate y la proporción que representa en el negocio del distribuidor.
    3. Proporción del mercado de Puerto Rico que dicho volumen representa.
    4. Cualquier otro factor que ayude a establecer equitativamente el monto de dicha plusvalía.

- d) El monto de los beneficios que se hayan obtenido en la distribución de la mercancía o en la prestación de los servicios, durante los últimos cinco años, o si no llegaren a cinco, cinco veces el promedio de los beneficios anuales obtenidos durante los últimos años, cualesquiera que fuesen.
- Los contratos de distribución se interpretarán y regirán por las leyes de Puerto Rico, siendo nula toda estipulación en contrario. Se considerará en contravención a la política pública que informa este capítulo y, por ende, nula e inexistente toda estipulación que obligue a un distribuidor a dirimir, arbitrar o litigar fuera de Puerto Rico o bajo leyes foráneas cualquier controversia que surja en torno a su contrato de distribución.
  - Las disposiciones para el contrato de distribución son de orden público y los derechos que tales disposiciones determinan no pueden renunciarse.

Para el sector privado que aportó la ley puertorriqueña para los contratos de distribución como argumento a favor de no modificar las normas sobre agencia comercial, esta ley contenía disposiciones incluso más gravosas que las colombianas en materia de agencia comercial. Adicionalmente, aportaron, como refuerzo a su punto de vista, un argumento expuesto por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de Estados Unidos que con relación a la Ley 75 de Puerto Rico señala lo siguiente:

... el Estado de Puerto Rico no puede permanecer indiferente al crecimiento de numerosos casos en los cuales empresas nacionales y extranjeras, sin justa causa, eliminan a sus distribuidores o agentes [...] tan pronto como ellos han creado un mercado favorable y sin tener en cuenta sus intereses legítimos.

Las provisiones tradicionales que regulan los contratos entre las partes han mostrado su ineficacia en proteger los derechos legítimos de los representantes o agentes, siendo necesario legislar con el propósito de regular esta relación y garantizar que los fabricantes actúen de buena fe, justamente, y no de una manera arbitraria para salvaguardar los derechos y expectativas justificadas inherentes a la relación de los representantes y agentes.

Con base en la existencia de la Ley 75 de Puerto Rico, el sector privado colombiano, que estaba en contra de hacer modificaciones a la ley sobre agencia, manifestó que Estados Unidos no podía solicitar cambios a la agencia comercial en Colombia en consideración a que Puerto Rico tenía legislación en materia de distribución, similar o más gravosa a la de la agencia comercial colombiana.

Esa parte del sector privado argumentaba que la Ley de Puerto Rico tenía disposiciones similares o más gravosas a la cesantía comercial colombiana, como era el concepto de “plusvalía” del negocio, cuyo valor se determinaba con base en el número de años que el distribuidor había tenido a su cargo la

distribución, el volumen actual de distribución de la mercancía o prestación de los servicios de que se tratara, la proporción que representaba en el negocio del distribuidor, la proporción del mercado de Puerto Rico que dicho volumen representaba, y cualquier otro factor que ayudara a establecer equitativamente el monto de dicha plusvalía.

No obstante lo anterior, y en opinión personal del autor, aunque la Ley de Puerto Rico para la distribución aparentemente parecía más gravosa que la ley colombiana sobre agencia comercial, la misma no consagra ningún concepto asimilable a la cesantía comercial colombiana por las razones que se exponen a continuación:

- La ley puertorriqueña establece que si un contrato se termina sin justa causa, el principal habrá ejecutado un acto torticero contra el distribuidor y por lo tanto deberá indemnizarle en la medida de los daños que le hubiere causado.
- La cuantía de esa indemnización se deberá fijar con base en parámetros tales como el valor de lo invertido por el distribuidor para el negocio, el valor de las mercancías que tenga en stock y de las cuales no vaya a poder beneficiarse, la plusvalía del negocio y el monto de los beneficios que se hayan obtenido en la distribución durante los últimos cinco años o si fueren menos de cinco, cinco veces de los beneficios anuales obtenidos durante los últimos años, cualesquiera que fuesen.
- El valor de lo invertido por el distribuidor para la adquisición y adecuación de locales, equipo, etc. (si este no puede aprovecharlos razonablemente en otras actividades), como parámetro para fijar el valor de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, es asimilable al daño emergente de la legislación colombiana, puesto que busca indemnizar el daño económico causado al distribuidor por lo invertido por este para adecuar la explotación del negocio, y que vaya a perder por el hecho de que su contrato fuera terminado sin justa causa. Como se observa, este es un concepto de naturaleza indemnizatoria, para resarcir los daños económicos causados en forma injustificada.
- El costo de las mercaderías, piezas, accesorios y útiles que el distribuidor tenga en existencia y de cuya venta y explotación no pueda beneficiarse, como parámetro para fijar el valor de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa puede asimilarse al lucro cesante consagrado en la legislación colombiana, puesto que busca resarcir por aquello que no va a poder ser percibido en el futuro por el distribuidor, como consecuencia del daño causado por el hecho de la terminación injustificada del contrato.

- La llamada plusvalía del negocio, como parámetro para fijar el valor de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, es, como la misma ley puertorriqueña lo indica, uno de los parámetros para fijar la cuantía de la “indemnización” al distribuidor por el hecho de que el principal termine el contrato sin justa causa.
- Aunque para el cálculo de la plusvalía se utilicen conceptos tales como el número de años de la distribución, volumen de la distribución, proporción del mercado de Puerto Rico que dicho volumen representa, y cualquier otro factor que ayude a establecer equitativamente el monto de dicha plusvalía; la plusvalía solo aplica como parámetro para fijar la cuantía de la *indemnización* que deba pagarse al distribuidor con ocasión de la terminación en forma injustificada de su contrato, y en la medida de los daños que se le causen al distribuidor por el hecho de la terminación injustificada del contrato.
- En Colombia la cesantía comercial o prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio debe ser aplicada obligatoriamente a la terminación del contrato de agencia, sin importar si la terminación fue justificada o no. A diferencia de la plusvalía puertorriqueña, que está llamada a ser aplicada como indemnización en la medida de los daños causados, la cesantía comercial colombiana se aplica a la terminación del contrato no como una forma de indemnizar por un daño causado, sino como una retribución adicional a la comisión, aplicable a la terminación del contrato cualquiera que fuere la causa de su terminación.
- Para ilustrar la posición de que la plusvalía puertorriqueña se utiliza como un parámetro para calcular la indemnización para un daño realmente causado, transcribimos a continuación un fragmento de la Sentencia CC-2002-427 de fecha 6 de abril de 2005 del Tribunal Supremo de Puerto Rico dentro del expediente de Puerto Rico Oil Company, Inc. vs. Dayco Products, Inc.:

Los factores enumerados son solo guías para la determinación de la cuantía de los daños y no obligan al Tribunal a conceder automáticamente indemnización aplicando todos y cada uno de los factores. El Tribunal tiene discreción para aplicar los factores enumerados a la luz de las circunstancias específicas de cada caso conforme la prueba desfilada.

... No se trata de una fórmula matemática definitiva o de aplicación mecánica, pues no existe una cantidad específica asignada a cada factor. Serán los tribunales los que aprecien la prueba documental [...] y así determinarán los daños que correspondan según la prueba demostrada.

No obstante, esta determinación tiene como su punto de partida los factores guías de la Ley 75 [...] No surge del estatuto, ni podemos interpretar del espíritu que lo inspiró, que la concesión de ciertos daños, compensables

bajo alguno de los factores enumerados, excluyan otros, resarcibles bajo otro criterio. Los daños reconocidos en cada criterio que se evaluará por el Tribunal sentenciador no son excluyentes.

En el caso de marras están en discusión el inciso c relacionado a la plusvalía y el inciso d relativo al monto de los beneficios que se hayan obtenido de la distribución durante los últimos cinco años, cantidad que corresponde a la pérdida de ingresos.

La plusvalía es uno de los factores que se deben considerar para fijar la cuantía de los daños en una acción bajo la Ley 75, supra. Dicha ley no define el concepto de plusvalía, pero este ha sido definido por reconocidos tratadistas y por este Tribunal en decisiones anteriores. La Real Academia Española define la plusvalía como el “acrecentamiento del valor de una cosa por causas extrínsecas a ella”. En *Calvo Mangas vs. Aragonés Jiménez* definimos la plusvalía como “el valor comercial desarrollado”. También los tratadistas la han definido como la capacidad de un negocio de obtener una ganancia sobre sus activos netos en exceso del rendimiento normal que obtienen otras firmas en la misma línea de negocios [...] para determinar la cuantía de la plusvalía existen varios métodos aceptados en el campo de la valoración de negocios. Existe el método de capitalización del exceso de ingresos y el de beneficios futuros descontados al presente, ambos reconocidos y frecuentemente utilizados en tal campo. La ley no dispone qué método específico utilizar para calcular la partida de la plusvalía [...] La cantidad de \$719,445, concedida en concepto de las ganancias de los últimos cinco años, representa el ingreso futuro dejado de percibir a causa de la terminación o menoscabo del contrato, o sea la pérdida de ingresos. La cantidad de \$124,461, en concepto de plusvalía, representa el menoscabo al valor creado a la operación del establecimiento comercial con el desarrollo del mercado de un producto.

Es ese valor añadido de un negocio en operación o de un producto que surge del patrocinio del distribuidor o de su esfuerzo, de la lealtad de los clientes o de la mera localización. Estamos de acuerdo con el planteamiento de la parte peticionaria cuando señala lo siguiente: Se trata pues de un reconocimiento al aumento de valor y al rendimiento, en exceso del rendimiento promedio reportado por la industria para productos similares, que Proico logró crear para la línea de productos Dayco en Puerto Rico durante el periodo en que fue su distribuidor. Concluimos que procede la concesión de daños por menoscabo a la plusvalía y por pérdida de ingresos cuando los hechos del caso lo ameriten y cuando se presente la prueba que apoye el resarcimiento de ambos tipos de daños...

- Por lo anterior, la plusvalía puertorriqueña y la cesantía comercial colombiana son figuras totalmente diferentes y no asimilables, en razón a su fin y función a cumplir dentro de los respectivos contratos. Mientras que la plusvalía puertorriqueña está llamada a ser un parámetro para calcular una *indemnización* en la medida del daño causado que se genera al distribuidor en razón de la *terminación injustificada* del contrato de distribución, la cesantía comercial colombiana se constituye en una

retribución adicional al agente por el servicio prestado, sin estar llamada a cumplir una función indemnizatoria. Simplemente se aplica siempre que se presente la terminación del contrato de agencia, ya sea con justa o sin justa causa.

- Para concluir, la Ley 75 de Puerto Rico no establece concepto alguno asimilable a la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324, puesto que dentro de la legislación puertorriqueña no se deriva la obligación de ningún pago a favor del distribuidor cuando un contrato de distribución ha sido terminado con justa causa, mientras que en la legislación colombiana se debe pagar al agente la prestación comercial del inciso 1.º del artículo 1324, aunque el contrato haya sido terminado con justa causa.
- No obstante lo anterior, sí es notorio que la ley puertorriqueña en materia de distribución contiene algunos elementos más gravosos que la ley de agencia comercial colombiana, al ser más proteccionista en relación a la posibilidad de terminar el contrato con justa causa; y en la medida de la complejidad y cantidad de parámetros que deben ser utilizados para la fijación de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa.

En todo caso, cerrando el anterior paréntesis y retomando el recuento del desarrollo de la negociación, el argumento aportado por el sector privado en relación a la Ley de Puerto Rico fue un argumento muy interesante para enriquecer la discusión de los equipos negociadores de Colombia y Estados Unidos, y fue llevado a la mesa de negociación por el equipo negociador colombiano para reforzar su interés de solicitar al equipo norteamericano que cualquier eventual compromiso que se asumiera respecto a la legislación del contrato de agencia comercial debía ser bilateral, en razón a que en Puerto Rico en materia de contratos de distribución existía una legislación similar a la de la agencia comercial colombiana.

### **2.5.2.3.2 Directiva 86/653 del Consejo de las Comunidades Europeas**

El sector privado colombiano también puso en conocimiento al equipo negociador colombiano de la existencia de la Directiva 86/653 del 18 de diciembre de 1986 del Consejo de las Comunidades Europeas (CEE), relativa a la coordinación de los derechos de los estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (arts. 17 y 18), como norma de derecho comparado que debía ser objeto de análisis dentro de la negociación para el tema de agencia comercial en el TLC.

Para efectos de poder entender los alcances de la misma y los motivos por los cuales el sector privado colombiano reparó sobre la existencia de esta Directiva, a continuación haremos un análisis de sus artículos 17 y 18 referentes a los

agentes comerciales independientes, al igual que expondremos los argumentos del sector privado en relación con el contenido de la Directiva.

#### Artículo 17

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.

2 a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

Hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

El pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.

b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años y si el contrato se remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del periodo.

c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.

3. El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario. Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial;

o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

## Artículo 18

No habrá lugar a indemnización o a reparación con arreglo al artículo 17.

a) cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial, que en virtud de la legislación nacional, justificare la terminación del contrato sin preaviso.

b) cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) cuando en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

La siguiente es la motivación por la cual el Consejo de las Comunidades Europeas expidió la Directiva 86/653:

- Las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades de los intermediarios de comercio, industria y artesanía fueron suprimidas por la Directiva 64/224/CEE.
- La diferencia entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afecta sensiblemente en la comunidad las condiciones de competencia y el ejercicio de la profesión. Afecta también el nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes y la seguridad de las operaciones comerciales. Estas diferencias pueden perjudicar el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes estados miembros.
- Los intercambios de mercancías entre estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los estados miembros en la medida en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado común.

El sector privado colombiano expuso ante el equipo negociador colombiano sus argumentos y opiniones en relación con la normativa consagrada en la mencionada Directiva Europea.

A continuación expondremos un resumen elaborado con base en los argumentos y opiniones presentados por el sector privado colombiano al equipo negociador colombiano en relación con las disposiciones contenidas en la Directiva 86/653 CEE. Aclaramos que los siguientes puntos son apenas un resumen y no corresponden en todos los casos a la opinión textual presentada en su momento por el sector privado colombiano.

Resumen de las opiniones presentadas por el sector privado colombiano que no estaba de acuerdo con que se introdujeran cambios al contrato de agencia comercial.

- Lo que llaman “indemnización” en el punto 2.º del artículo 17 la Directiva no es en realidad una indemnización sino una “prestación comercial”.
- El punto 2b del artículo 17 liquida el monto de dicha indemnización con base en un promedio de remuneraciones recibidas en los últimos cinco años.
- La indemnización del numeral 2 coincide con la naturaleza, propósito, justificación y base de liquidación de la “cesantía comercial”.
- Lo que llaman “reparación de perjuicios” es una “verdadera indemnización” que contempla daño emergente y lucro cesante.
- Del estudio de la normativa de la UE se concluye que es concordante con los conceptos de cesantía comercial e indemnización del Código de Comercio colombiano.
- La prestación del inciso 1.º del artículo 1324 se identifica con los principios rectores de protección del agente comercial y con la consagración de la indemnización y reparación de perjuicios que contiene la norma de la UE.

Resumen de las opiniones presentadas por el sector privado colombiano que si estaba de acuerdo con que se introdujeran cambios al contrato de agencia comercial:

- El agente tiene la opción entre “indemnización” o “reparación”, pero no las dos opciones conjuntamente.
- La “indemnización” está condicionada a que haya habido un aumento sensible de las operaciones, que continúe reportando ventajas

sustanciales al empresario, debe ser equitativa y no impide al agente reclamar por daños y perjuicios.

- Estos conceptos de “indemnización” son diferentes al de “cesantía comercial”, pues en Colombia ésta debe pagarse aunque el empresario se retire del mercado y aunque el agente haya terminado el contrato de manera injusta. Adicionalmente, la Directiva establece un límite máximo a la indemnización.
- En ninguna de las legislaciones europeas revisadas existe la figura de la cesantía comercial.
- El numeral 3 es una indemnización de perjuicios, pues contempla lucro cesante del agente que deja de recibir por la ejecución normal del contrato y un daño emergente por los gastos que realizó y que no podrá amortizar por la terminación del contrato.
- En la UE hay preocupación, ya que algunos países aplican en forma errónea la indemnización y la reparación concurrentemente. En Colombia se aplican en conjunto porque el artículo 1324 es una norma de orden público que exige el pago de la cesantía comercial y de la indemnización equitativa, además de los perjuicios comprobables. Solo debe aplicarse compensación o indemnización.

A continuación hacemos algunas reflexiones en relación con los puntos de contacto y diferencias entre la Directiva 86/653 CEE y la legislación colombiana en materia de agencia comercial.

Según la Directiva 86/653 CEE, el agente puede solicitar o una “indemnización” (numeral dos) o una “reparación de perjuicios” (numeral tres), por lo que estos dos conceptos son excluyentes.

La llamada “indemnización” del numeral dos tiene dos elementos:

- a) aportar nuevos clientes al empresario, o
- b) desarrollar sensiblemente las operaciones con clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar ventajas sustanciales al empresario.

El primero, referente a aportar nuevos clientes, es un elemento ligado a la generación de clientela. Es un pago condicionado a que el agente haya conseguido clientes nuevos.

En la doctrina y jurisprudencia colombianas, una de las interpretaciones que se ha hecho sobre el propósito de la cesantía comercial es la de que la cesantía se constituye como una prestación que remunera la clientela creada por el agente.

En este sentido, si se acepta la tesis de que la cesantía comercial remunera la clientela, la “indemnización” de la Directiva de la UE en su primer componente, y la cesantía comercial colombiana podrían tener un propósito similar. Sin embargo, se diferencian en que la cesantía comercial del Código de Comercio se debe pagar siempre que se termine un contrato sin importar la motivación y sin importar si el agente creó o no clientela, mientras que la indemnización de la Directiva es procedente si el agente aportó nuevos clientes al empresario.

Respecto al segundo elemento, esto es, “desarrollar sensiblemente las operaciones con clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar ventajas sustanciales al empresario”, este podría llegar a asimilarse a un concepto de lucro cesante en el sentido de que se genera la indemnización al agente si una actividad sigue reportando ventajas sustanciales al empresario, por las cuales el agente podría estar recibiendo comisión de no haber sido terminado el contrato.

Según lo anterior, y en relación con los elementos analizados, la naturaleza de la indemnización del numeral dos de la Directiva permitiría que ésta fuera aplicable si se presenta una circunstancia que es asimilable a la cesantía comercial (si el agente aporta nuevos clientes) en la medida en que se remunerarían los clientes aportados, o si se presenta una circunstancia que es asimilable al lucro cesante (si el agente hubiere desarrollado las operaciones con clientes existentes) en la medida en que se indemnizaría por las comisiones dejadas de percibir por el agente, en razón a la terminación del contrato, por negocios desarrollados con clientes existentes.

De otra parte, la Directiva dice que el pago de la indemnización debe ser equitativo, considerando todas las circunstancias y, en particular, las comisiones que el agente pierda y que resulten de las operaciones con los clientes, pago que no podrá exceder en su importe del cálculo que resulte del parámetro establecido en esa norma.

Este último componente referente a considerar las comisiones que el agente pierda y que resulten de las operaciones con los clientes es bastante cercano al concepto de lucro cesante de la legislación colombiana.

Según vemos, la llamada *indemnización* de artículo 17 de la Directiva Europea es un híbrido que mezcla una *prestación comercial* generada por la consecución de clientela nueva con un *lucro cesante* por comisiones dejadas de percibir por negocios con clientes antiguos que sigan generando ventajas sustanciales al empresario, la cual debe ser *equitativa*, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, las comisiones que el agente pierda y que

resulten de operaciones con clientes, y cuyo importe no puede exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir del parámetro establecido en la misma norma.

Por las anteriores diferencias anotadas, y dada su naturaleza híbrida, no sería correcto afirmar que la llamada *indemnización* de la Directiva de la UE es equivalente a la cesantía comercial del Código de Comercio.

Sin embargo, si se acepta el planteamiento de parte de la doctrina y la jurisprudencia colombianas, donde se afirma que la cesantía comercial remunera la creación de clientela, el propósito de ésta y de parte de la “indemnización” de la Directiva Europea podría asimilarse; pero no se podría asimilar su justificación ni su base de liquidación, puesto que la indemnización de la Directiva Europea solo se paga si está debidamente justificada la creación de nueva clientela o de negocios sustancialmente ventajosos para el empresario con clientela existente, mientras que la cesantía comercial no exige para su pago nada diferente a que se presente la terminación del contrato de agencia.

De lo anterior, puede concluirse que el numeral dos de la Directiva consagra una figura confusa que no puede equipararse en estricto sentido a la cesantía comercial del Código de Comercio colombiano, porque aunque pudiera argüirse que las dos normas buscan en parte remunerar la clientela conseguida por el agente, la indemnización de la Directiva incluye además el concepto de lucro cesante, y tiene unas condiciones precisas para generar su pago.

A diferencia de lo anterior, la cesantía comercial es una fórmula preestablecida que se debe pagar “siempre” que se termine el contrato de agencia, sin condición alguna y sin hacer alusión a la clientela ni a parámetros de equidad.

Un punto que parece contradictorio en la Directiva es el numeral 2c cuando dice que la concesión de la indemnización del numeral dos no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios. Sin embargo, la Directiva pone a escoger entre reclamar una indemnización con arreglo al numeral dos, o la reparación del perjuicio con arreglo al numeral tres, en forma excluyente.

El numeral tres de la Directiva Europea establece que el agente comercial tendrá derecho a la “reparación del perjuicio” que le ocasione la terminación del contrato, si por causa de esta terminación se priva al agente de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse de continuar el contrato, si con la actividad del agente se hubieran generado beneficios sustanciales al empresario, y si por la terminación del contrato no se hubiere permitido al agente amortizar los gastos en que hubiere incurrido para la ejecución del contrato.

Tal como se puede observar, la reparación del perjuicio del numeral tres de la Directiva corresponde a una verdadera indemnización (reclamación por daño emergente y lucro cesante; es decir, daños y perjuicios).

Es incoherente entonces la Directiva cuando establece que se debe escoger aplicar entre el numeral dos o el numeral tres (que consagra posibilidad de reclamar reparación por daños y perjuicios), siendo que el mismo numeral 2c permite que el agente que reclame la indemnización del numeral dos, también puede reclamar por daños y perjuicios.

No es coherente que la Directiva establezca en su numeral uno que debe escogerse entre aplicar el numeral dos o el numeral tres, sabiendo que la opción de reparación del perjuicio consagrada en el numeral tres corresponde al mismo concepto de daños y perjuicios consagrado en el numeral dos.

Para ser más explícitos, el literal c del numeral dos permite reclamar el mismo concepto consagrado en el numeral tres, pero el numeral uno es explícito en afirmar que el agente tras la terminación del contrato podrá reclamar o lo consagrado en el numeral dos o lo consagrado en el numeral tres, pero no ambas a la vez.

Se puede, entonces, analizar de lo anterior que la naturaleza de la indemnización y reparación de la Directiva Europea pareciera no ser tan clara. Genera confusión y permite reclamar en forma concurrente la indemnización y los daños y perjuicios, y esto resulta contradictorio con el apartado inicial que dispone que se puede reclamar o la indemnización del numeral dos o la reparación del perjuicio con arreglo al numeral tres (que en últimas corresponde al daño emergente y lucro cesante, esto es, a los daños y perjuicios).

Esta reflexión, orientada a poner de presente la existencia de una contradicción en el articulado de la Directiva Europea, se encuentra plasmada en el documento “Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo y al Consejo” de fecha diciembre 2 de 2003, que propende por “Un Derecho contractual europeo más coherente-plan de acción”, dentro del cual la Comisión manifiesta al Parlamento y al Consejo que la coexistencia en la Directiva relativa a los agentes comerciales de los conceptos de indemnización y reparación cuando un estado miembro no ha optado por uno de ellos, sino recogido los dos, genera una falta de seguridad jurídica en la práctica comercial y legal.

Volviendo al análisis de la Directiva Europea, el pago tanto de la indemnización como de la reparación está condicionado en el artículo 18, en el sentido de que no habrá derecho a ninguno de estos pagos cuando: a) el empresario termine el contrato por incumplimiento imputable al agente, b) el agente haya terminado el contrato injustificadamente, o c) el agente ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

Como diferencia entre el anterior punto consagrado en la Directiva y la legislación colombiana, en la Directiva el agente no tiene derecho a

indemnización ni a reparación cuando el contrato se termine por justa causa, el agente termine el contrato injustificadamente o el agente ceda a un tercero sus derechos u obligaciones dentro del contrato.

En cambio, dentro de la legislación colombiana el agente tiene derecho a recibir el pago de la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 sin importar si el agente fue responsable o no de la terminación del contrato.

Como puede observarse, la Directiva Europea y la legislación colombiana sobre agencia comercial presentan puntos de contacto, así como diferencias sustanciales.

En cuanto a los puntos de contacto, encontramos que las dos normativas consagran la posibilidad de que el agente reclame daños y perjuicios, al igual que contienen conceptos que buscan remunerar la creación de clientela.

Sin embargo, su mayor diferencia radica en que el pago de lo que la Directiva denomina *indemnización* (el cual contiene elementos conocidos en la legislación colombiana como cesantía comercial) o de la llamada *reparación del perjuicio* (que puede asimilarse a pago por daños y perjuicios) solo se genera si el contrato de agencia termina en forma injustificada. En cambio, la cesantía comercial colombiana se genera por el único hecho de la terminación del contrato, sin importar si fue terminado con justa o sin justa causa.

Así mismo, la llamada indemnización de la Directiva Europea debe aplicarse bajo el principio de equidad y bajo un límite de cuantía cuyos parámetros se encuentran fijados por la misma Directiva, mientras que la cesantía comercial del Código de Comercio colombiano no responde a un principio de equidad ni cuenta con un límite en el cálculo de su monto, sino que responde a una fórmula fijada por ley, que se aplica a la terminación del contrato de agencia, independiente de la motivación que haya tenido la terminación del contrato.

### **3. Cambios negociados en el TLC para el contrato de agencia comercial y sus implicaciones para la agencia comercial en Colombia**

En este capítulo analizamos el contenido del anexo 11-E del Tratado de Libre Comercio mediante el cual Colombia y Estados Unidos asumieron unos compromisos específicos en materia de agencia comercial.

Antes de entrar a analizar detalladamente cada uno de los puntos relevantes del compromiso específico, transcribimos a continuación el texto definitivo de lo negociado para la agencia comercial en el Tratado de Libre Comercio, el cual obra como anexo 11-E del artículo 11.12 sobre Compromisos Específicos hechos en el capítulo 11 relativo a Comercio Transfronterizo de Servicios.

### 3.1 Transcripción del texto del compromiso específico en materia de agencia comercial<sup>34</sup>

#### “Anexo 11-E

#### Agencia comercial

1. Si una Parte mantiene una medida en el nivel central de gobierno:
  - a) otorgando un derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato;11
  - b) requiriendo que en el evento en que el principal termine un contrato de agencia comercial sin justa causa o el agente termine un contrato de agencia comercial por justa causa provocada por el principal, el principal deba pagar una indemnización equitativa al agente como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto de un contrato de agencia comercial; o
  - c) estableciendo que un contrato de agencia comercial crea una agencia exclusiva salvo pacto en contrario;

esa parte deberá modificar la medida o derogarla de conformidad con el párrafo 2, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este tratado.

2. Una parte deberá:
  - a) modificar una medida descrita en el párrafo 1(a) haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial;
  - b) modificar una medida descrita en el párrafo 1(b) haciendo el requerimiento de pagar la indemnización equitativa inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y en su lugar hacer que cualquier indemnización derivada de la terminación por parte del principal de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal, sea determinada de conformidad con:
    - (i) Los principios generales del derecho contractual (por ejemplo, daño emergente, lucro cesante y *detrimental*

---

<sup>34</sup>[http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_USA/COL\\_USA/Draft\\_text\\_050806\\_s/11%20SERVICIOS%20TRANSFRONTERIZOS.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA/Draft_text_050806_s/11%20SERVICIOS%20TRANSFRONTERIZOS.pdf)

*reliance*);<sup>12</sup> y, en el evento en que las partes lo estipulen así expresamente,

- (ii) Las estipulaciones voluntariamente acordadas entre el principal y el agente en un contrato de agencia comercial, en la medida que sean compatibles con las leyes aplicables.

c) modificar una medida descrita en el párrafo 1(c) estableciendo que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para el mismo ramo de actividades o productos, salvo que el contrato de agencia comercial disponga lo contrario.

3. Nada en este anexo impedirá que continúe la aplicación, en la medida en que sea requerida por la *Constitución* de una de las partes, de una medida descrita en el párrafo 1 (a) o (c) a contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar este Anexo.<sup>13</sup>

4. Una parte no adoptará una medida descrita en el párrafo 1.

5. Para efectos de este anexo, **contrato de agencia comercial** significa,

(a) para Colombia, un contrato de agencia comercial según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio de Colombia; solo cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales<sup>14</sup>, y

(b) para los Estados Unidos, cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales<sup>14</sup> para otra parte”.

---

<sup>11</sup> Este literal no hace referencia a otras medidas que se puedan adoptar o mantener con relación a pagos asociados con la terminación de un contrato de agencia comercial en mala fe o en violación a los términos del contrato.

<sup>12</sup> La provisión para daños basada en los conceptos esgrimidos en esta cláusula no constituye una indemnización equitativa para los propósitos del párrafo 1(b).

<sup>13</sup> Para Colombia, la disposición aplicable es el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

Para mayor claridad, una medida descrita en el párrafo 2 (b) aplicará a partir de la fecha de entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar dicha medida, a los contratos celebrados con anterioridad a esa fecha.

14 Para efectos de este anexo, bienes comerciales incluyen software. Lo anterior es sin perjuicio del tratamiento que se dé al software en otros contextos o en otros foros.

### **3.2 Compromiso bilateral**

Tal como aparece reflejado en el texto, el equipo estadounidense accedió finalmente a la solicitud del equipo negociador colombiano relativa a que de hacerse un compromiso en materia de agencia comercial, este compromiso debía ser bilateral.

Como Estados Unidos no tiene en su legislación una norma particular relativa a la agencia comercial, la totalidad del contenido del texto del compromiso específico del anexo 11-E sobre agencia comercial será aplicable a Estados Unidos para cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales (incluyendo software) para otra parte, tal como aparece consignado en el literal b del numeral 5 del texto del anexo 11-E.

Es importante resaltar que el compromiso específico adquirido por Colombia y Estados Unidos es aplicable solo para normas que las partes mantengan en el “nivel central de gobierno”.

Lo anterior significa que para el caso de Estados Unidos el compromiso es aplicable solo para normas contenidas en la legislación federal y no para la legislación estatal.

Aunque para el momento en que se hizo la negociación, Estados Unidos no tenía normas en el nivel central de gobierno que pudieran asimilarse a la agencia comercial colombiana, el texto del compromiso específico en materia de agencia comercial impedirá que en el futuro Estados Unidos adopte una norma federal que sea similar a alguna de las disposiciones sobre agencia comercial consagradas en el Código de Comercio que fueron objeto de compromiso en el tratado.

### **3.3 Compromiso de cambio para la prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio**

Tanto Estados Unidos como Colombia se comprometieron a que si en sus niveles centrales de gobierno se mantiene una medida que otorgue un derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato, esa parte deberá modificar tal medida haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial.

Aunque el anterior compromiso menciona solo al “contrato de agencia comercial”, este contrato fue definido dentro del compromiso para Colombia como un contrato de agencia comercial, según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio (cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales), y para Estados Unidos como cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte, razón por la cual el compromiso aplica tanto para la agencia comercial colombiana como para los contratos de distribución de bienes comerciales norteamericanos que sean reglamentados a nivel central de gobierno.

Para el caso colombiano, este primer compromiso consignado en el literal a del numeral 1 del anexo 11-E se refiere muy puntualmente a la prestación comercial del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio.

Con base en la interpretación conjunta del literal a del numeral 1 y del literal literal a del numeral 2 del Anexo 11-E, se concluye que si Colombia o Estados Unidos mantienen normas en sus niveles centrales de gobierno que sean similares a la prestación comercial consagrada en el inciso 1.º del artículo 1324 del Código de Comercio, en razón a que otorguen un derecho al agente a que a la terminación del contrato el principal o empresario deba pagarles una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato, tanto Colombia como Estados Unidos deberán modificar dicha norma o derogarla dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado.

El literal a del numeral 2 del Anexo 11-E establece que una medida descrita en el literal a del numeral 1 del Anexo debe ser modificada por aquella parte que tenga dentro de su normativa una norma similar, haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial.

No obstante lo anterior, hay un aspecto que es importante analizar y se trata del pie de página 11, que aparece acompañando al literal a del numeral 1 del anexo.

El pie de página 11 dice lo siguiente: “Este literal no hace referencia a otras medidas que se puedan adoptar o mantener con relación a pagos asociados con la terminación de un contrato de agencia comercial en mala fe o en violación a los términos del contrato”.

El contenido del pie de página 11 implica que a pesar de que el compromiso obliga tanto a Colombia como a Estados Unidos a derogar o modificar medidas dentro de su legislación a nivel central de gobierno que contemplen figuras similares a la prestación comercial, lo anterior no impide que los países o las mismas partes de los contratos adopten o mantengan otras medidas que impliquen pagos que serán aplicables cuando se presente la terminación de un

contrato de agencia comercial por mala fe o por violación de los términos del contrato.

Lo anterior significa que el compromiso específico deja abierta la posibilidad de que los gobiernos o las partes de un contrato de agencia comercial regulen o dispongan respectivamente que si un contrato termina por mala fe o por violación a sus términos, la parte incumplida tenga que hacer algún tipo de pago como consecuencia de haber propiciado la terminación injustificada del contrato.

En todo caso, la medida que se adopte en este sentido no podrá ser igual o similar a aquella contemplada en el literal a del numeral 1 del anexo (esto es, a la prestación comercial del Código de Comercio).

Del análisis de lo anterior se desprende que la principal preocupación de Estados Unidos en relación con la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio iba básicamente dirigida a la existencia de una fórmula legalmente impuesta equivalente a una porción de lo que ya se había pagado al agente a título de comisión, regalía o utilidad en virtud del contrato; que además debía aplicarse en forma obligatoria a favor del agente a la terminación del contrato de agencia, fuera esta terminación con justa o sin justa causa.

Tal como lo analizamos anteriormente, Estados Unidos no presentó objeción a que los gobiernos o las partes pudieran mantener o adoptar en el futuro medidas distintas a aquellas similares a la prestación comercial que impliquen un pago asociado a la terminación del contrato, siempre que el contrato termine por mala fe o por violación a sus términos.

### **3.4 Compromiso de cambio para la indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio**

Colombia y Estados Unidos se comprometieron a que si alguno mantiene una medida en el nivel central de gobierno y requiere que en el evento en que el principal (empresario) termine un contrato de agencia comercial sin justa causa o el agente termine un contrato de agencia comercial por justa causa provocada por el principal, el principal deba pagar una indemnización equitativa al agente como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto de un contrato de agencia comercial; esa parte deberá modificar la medida o derogarla dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado y de conformidad con lo acordado en el mismo.

Este compromiso consagrado en el literal b del numeral 1 del anexo 11-E hace directa alusión a la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio colombiano.

Al igual que para el compromiso consagrado en el literal a del numeral 1, el literal b, aunque habla de contrato de agencia comercial y de indemnización equitativa, también es aplicable para cualquier medida del nivel central de gobierno de Estados Unidos. No obstante lo anterior, es evidente que este literal es bastante específico al referirse a la indemnización equitativa de nuestro Código de Comercio.

De otra parte, el literal b del numeral 2 del compromiso establece los siguientes parámetros por seguirse en caso de que una parte mantenga una medida en el nivel central de gobierno que responda a lo establecido en el literal b del numeral uno; para efectos de que esa parte modifique dicha medida o la derogue dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado:

1. El requerimiento de pagar la indemnización equitativa será inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial.
2. En su lugar, se hará que cualquier indemnización derivada de la terminación por parte del principal de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal, sea determinada de conformidad con:
  - i) Los principios generales del derecho contractual (por ejemplo, daño emergente, lucro cesante y *detrimental reliance*), y en el evento en que las partes lo estipulen expresamente,
  - ii) Las estipulaciones voluntariamente acordadas entre el principal y el agente en un contrato de agencia comercial, en la medida que sean compatibles con las leyes aplicables.

Para Colombia el compromiso consagrado en el literal b de los numerales uno y dos del anexo 11-E significa que Colombia deberá modificar o derogar el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado, para efectos de hacer inaplicable la indemnización equitativa y en su reemplazo establecer que la indemnización que surja de la terminación injustificada de un contrato de agencia comercial por parte del empresario, o derivada de la terminación del contrato que haga el agente por justa causa imputable al empresario, se determine según los parámetros de daño emergente y lucro cesante, y cuando las partes lo acuerden expresamente, según las estipulaciones que el empresario y el agente determinen, siempre que sean compatibles con las leyes aplicables.

Palabras más, palabras menos, lo anterior significa que dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del tratado, Colombia, a través de su órgano legislativo, deberá modificar el artículo 1324 del Código de Comercio para derogar su inciso segundo (esto es, derogar la indemnización equitativa), y

para establecer que la indemnización que resulte de la terminación sin justa causa de un contrato de agencia comercial, se determine de conformidad al daño causado (daño emergente, lucro cesante), y en caso de ser aplicable, a las estipulaciones que hayan pactado voluntariamente las partes dentro de su contrato, para efectos de compensar la terminación injustificada del mismo, desde que estas estipulaciones voluntarias sean compatibles con las leyes aplicables.

Desde el punto de vista del autor, este compromiso de modificación al Código de Comercio colombiano en relación a derogar la llamada indemnización equitativa, es positivo. Lo anterior en razón a que esta figura, que es una mal llamada indemnización, no tiene en realidad una naturaleza indemnizatoria, pues no está llamada a resarcir ni a compensar los daños causados al agente en virtud de la terminación injustificada del contrato, sino que tiene una naturaleza “retributiva” que busca, como su nombre lo indica, “retribuir” los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Una indemnización de perjuicios, por naturaleza, busca restablecer el derecho de aquel que ha sido vulnerado injustificadamente; esto es, busca restablecer el equilibrio alterado. La llamada indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 no buscaba restablecer un derecho vulnerado, sino retribuir el esfuerzo del agente. La verdad, es que el esfuerzo del agente ya es retribuido con el pago de la comisión. La indemnización equitativa en realidad buscaba dar al agente una retribución adicional a la comisión, por sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Por lo anterior, la derogatoria de la indemnización equitativa para ser reemplazada por una verdadera indemnización que busque compensar el daño emergente y el lucro cesante derivado de la terminación injustificada de un contrato de agencia le haría bien al ordenamiento comercial colombiano, pues acabaría con la confusión que ha generado esta atípica figura que desdibuja la verdadera naturaleza y propósito que debe tener una verdadera indemnización de perjuicios.

Devolviéndonos un poco al texto del compromiso, encontramos que en el literal b del numeral dos encontramos el número romano (i) que establece que la indemnización aplicable deberá responder a los principios generales del derecho contractual (por ejemplo, daño emergente, lucro cesante y *detrimental reliance*).

*Detrimental reliance* es un término legal existente en la legislación de Estados Unidos. El equipo negociador norteamericano sugirió incluir este término dado que es un concepto aplicable en materia de indemnización en su legislación y en razón a que el compromiso en materia de agencia comercial es de naturaleza bilateral y aplica también a Estados Unidos.

Por la anterior razón, para Estados Unidos era importante que el término *detrimental reliance* quedará incluido como uno de los parámetros con base en el cual se puede determinar una indemnización derivada de la terminación por parte del principal de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal.

En todo caso, este término solo podría ser aplicable para el caso de un contrato de agencia comercial regulado por la ley de Estados Unidos, pues en Colombia es un término inexistente.

En cuanto a su definición, el término *detrimental reliance* hace alusión a la confianza o dependencia de una persona hacia otra, especialmente cuando está combinada con una acción basada en dicha confianza, y cuando esta acción basada en la confianza le causa un perjuicio a la persona que confía<sup>35</sup>.

En cuanto al pie de página número 12 correspondiente al numeral romano (i), el mismo establece que “la provisión para daños basada en los conceptos esgrimidos en esta cláusula no constituye una indemnización equitativa para los propósitos del párrafo 1 (b)”.

Este pie de página busca reforzar el hecho de que los parámetros con base en los cuales se determine una indemnización derivada de la terminación injustificada de un contrato de agencia comercial no podrán ser los mismos utilizados para determinar la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

Lo anterior tiene el propósito de reforzar el compromiso de que la indemnización que resulte aplicable por la terminación injustificada de un contrato de agencia comercial no sea la misma indemnización equitativa del artículo 1324, sino que esta indemnización responda a los conceptos de daño emergente, lucro cesante y *detrimental reliance*, de resultar aplicable.

---

<sup>35</sup> Black’s Law Dictionary. Seventh Edition. Bryan A. Garner Editor in Chief. West Group. St. Paul, Minn., 1999, p. 1293. **Reliance**, n. *Dependence or trust by a person, esp. when combined with action based on that dependence or trust. -rely, vb. // Detrimental Reliance. *Reliance by one party on the acts or representations of another, causing a worsening of the first party’s position. Detrimental reliance may serve as a substitute for consideration and thus make a promise enforceable as a contract. See promissory estoppel under ESTOPPEL.*  
**Estoppel**: n. 1. *A bar that prevents one from asserting a claim or right that contradicts what one has said or done before or what has been legally established as true.* 2. *A bar that prevents the relitigation of issues.* 3. *An affirmative defense alleging good-faith reliance on a misleading representation and an injury or detrimental change in position resulting from that reliance, p. 570*  
**Promissory Estoppel**: *The principle that a promise made without consideration may nonetheless be enforced to prevent injustice if the promisor should have reasonably expected the promise to rely on the promise and if the promise did actually rely on the promise to his or her detriment, p. 571.**

### **3.5 Compromiso de cambio en términos de la “exclusividad” del contrato de agencia comercial**

El literal c del numeral uno del anexo 11-E sobre agencia comercial establece que “si una Parte mantiene una medida en el nivel central de gobierno estableciendo que un contrato de agencia comercial crea una agencia exclusiva salvo pacto en contrario; esa Parte deberá modificar la medida o derogarla de conformidad con el párrafo segundo, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este Tratado”.

A su vez, el numeral dos consagra en su literal c que “Una Parte deberá modificar una medida descrita en el párrafo 1 (c) estableciendo que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para el mismo ramo de actividades o productos, salvo que el contrato de agencia comercial disponga lo contrario”.

Este compromiso hace alusión al artículo 1319 del Código de Comercio colombiano que establece la exclusividad a favor del agenciado así:

Artículo 1319. En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

La interpretación general del artículo 1319 del Código de Comercio colombiano apunta a la existencia de una presunción de exclusividad a favor del agenciado o empresario, en razón a que este artículo hace mención expresa a la posibilidad de que se pacte la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

El compromiso con Estados Unidos se encaminó a establecer que si una parte mantenía una medida donde establece que un contrato de agencia crea una agencia exclusiva salvo pacto en contrario, esa parte debería modificar esa medida o derogarla dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del tratado, para establecer que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para el mismo ramo de actividades o productos, salvo que el contrato de agencia disponga lo contrario.

Para Colombia, este compromiso significa que el órgano legislativo deberá modificar el artículo 1319 del Código de Comercio en los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Tratado, en el sentido de cambiar la presunción de exclusividad a favor del agenciado que se encuentra vigente, por una presunción de no exclusividad, salvo pacto en contrario.

El compromiso se resume en pasar de una presunción de exclusividad a favor del agenciado a una presunción de no exclusividad del agente, salvo pacto en contrario.

Aunque el compromiso establece que se deberá expedir una norma que consagre la presunción de no exclusividad del agente, éste respeta la voluntad de las partes, al permitir que esa presunción se desvirtúe si las partes del contrato de agencia deciden voluntariamente consagrar la exclusividad del agente dentro de su contrato de agencia comercial.

### **3.6 Derechos adquiridos: compromisos frente a la prestación comercial y la presunción de exclusividad. Exclusión de la indemnización equitativa**

El numeral tres del anexo 11-E consagra un compromiso hecho por Estados Unidos y por Colombia en materia de derechos adquiridos. Este numeral sobre derechos adquiridos se refiere en particular a los compromisos hechos en materia de prestación comercial, exclusividad e indemnización equitativa, tal como lo analizamos a continuación.

El numeral tres del anexo 11-E establece:

3. Nada en este Anexo impedirá que continúe la aplicación, en la medida en que sea requerida por la Constitución de una de las Partes, de una medida descrita en el párrafo 1 (a) o (c) a contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar este Anexo.

Para Colombia lo anterior significa que, en atención a lo consagrado en su Constitución Política, las medidas descritas en los numerales 1(a) y 1(c), referentes a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y a la exclusividad a favor del agenciado del artículo 1319 del Código de Comercio, respectivamente, continuarán su aplicación respecto a los contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar el compromiso específico en materia de agencia comercial.

La anterior inclusión en el compromiso destaca el respeto por los derechos adquiridos consagrados en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, en atención a que el equipo negociador siempre dejó claro al equipo norteamericano que Colombia nunca “alentaría” la renegociación de los contratos de agencia comercial suscritos con anterioridad a la ley que llegare a modificar la legislación vigente para agencia comercial, para efectos de que esos contratos acogieran los términos del compromiso, en razón a que debían respetarse los derechos adquiridos por las partes de estos contratos.

Colombia siempre manifestó que el “alentamiento” a las partes de un contrato de agencia comercial para que renegociaran sus términos para acogerlos a lo

negociado en el compromiso específico del tratado no era posible, y solicitó a Estados Unidos que se hiciera un compromiso en materia de agencia comercial, debía quedar claramente consignado en este compromiso que debían preservarse los derechos adquiridos de las partes del contrato.

No obstante lo anterior, debemos analizar el pie de página número 13 del numeral tercero, el cual establece la siguiente excepción a ese respecto:

13. Para Colombia, la disposición aplicable es el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia. Para mayor claridad, una medida descrita en el párrafo 2 (b) aplicará a partir de la fecha de entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar dicha medida, a los contratos celebrados con anterioridad a esa fecha.

En el pie de página 13 se deja en claro que para Colombia el artículo de la Constitución Política aplicable es el número 58 (derechos adquiridos) y también destaca el hecho de que el compromiso relativo a indemnización equitativa plasmado en el numeral 2b del anexo 11-E se aplicará, a partir de que el Congreso expida la legislación que implemente ese compromiso, a los contratos de agencia comercial celebrados con anterioridad a esa fecha.

Lo anterior significa que el compromiso adquirido en el anexo 11-E para indemnización equitativa aplicará a partir de que se expida la ley que implemente dicho compromiso, inclusive a los contratos de agencia comercial celebrados con anterioridad a la expedición de dicha ley.

Si observamos la doctrina y jurisprudencia colombiana, la exigencia relativa a aplicar el compromiso hecho en el numeral 2b a partir de la expedición de la ley que implemente dicho compromiso, inclusive a contratos de agencia celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, podría encontrar justificación en varios argumentos.

A continuación expondremos algunos de esos argumentos:

### **3.6.1 La indemnización equitativa del inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio es equivalente en la práctica al “lucro cesante”**

Si se acoge la opinión de que la indemnización equitativa es asimilable en la práctica al lucro cesante, no habría problema en que la obligación del numeral 2b entrará en vigencia a partir de la expedición de la ley que implementara el compromiso para contratos suscritos con anterioridad a dicha ley, pues la esencia del derecho adquirido por los contratantes en materia de indemnización equitativa se estaría respetando y conservando en la medida de que la indemnización equitativa no sería diferente al lucro cesante, y el compromiso asumido en el tratado en relación con la indemnización derivada de la

terminación sin justa causa del contrato de agencia conserva al lucro cesante como parámetro para hacer el cálculo de la indemnización.

Lo anterior significa que el compromiso asumido en el tratado para las indemnizaciones derivadas de la terminación de un contrato de agencia comercial sin justa causa conservaría la esencia de la indemnización equitativa del artículo 1324 al preservar el lucro cesante como uno de sus elementos determinantes, por lo que el compromiso asumido no menoscabaría los derechos adquiridos por los contratantes, al conservarse estos derechos en lo negociado dentro del compromiso en materia de agencia comercial.

Para ilustrar lo anterior, a continuación transcribimos una aparte del Laudo Arbitral “Compañía Central de Seguros S. A. y Compañía Central de Seguros de Vida S. A. vs Maalula Ltda., agosto 31 de 2000”.

... A pesar de la complejidad causada por el texto legal, considera el tribunal que del conjunto de los elementos que precisan las leyes es posible determinar el alcance y contenido de la indemnización a la cual se refiere el inciso segundo del artículo 1324. En efecto, como ya se vio, se trata de una indemnización, esto es busca reparar un daño. En segundo lugar, ella debe tomar en cuenta la retribución por los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o servicios objeto del contrato. Esta idea de retribución se puede armonizar con el principio indemnizatorio si se tiene en cuenta que el agente realiza una serie de labores para obtener la conclusión de contratos pero que *dichos esfuerzos se ven afectados por la terminación del contrato que impide al agente obtener las comisiones por los contratos que se celebren como consecuencia de su labor* (bastardilla fuera del texto). Es claro que para determinar cuáles hubieran sido los ingresos que hubiera recibido el agente, deben tomarse en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato(24).

*Si ese es el fundamento de la indemnización prevista por el segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, es claro que el periodo que deberá tomarse en cuenta es aquel en el cual el contrato se hubiera prolongado de no haber mediado dicha terminación prematura (25). Se trata de una indemnización del **lucro cesante** correspondiente a lo que el agente hubiese recibido si no hubiera terminado el contrato por culpa (26) (bastardilla y resaltado fuera del texto).*

Desde este mismo punto de vista, si el contrato celebrado es a término indefinido y habida cuenta del principio de que no puede haber obligaciones irredimibles, la indemnización de perjuicios deberá calcularse tomando en cuenta el preaviso que debería darse.

Es claro además para el tribunal que la indemnización prevista por el segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio no excluye la posibilidad de obtener el pago de la indemnización por otros perjuicios, tal como lo señala la doctrina (VALLEJO ob. cit., p. 100), pues en todo caso sigue vigente el principio general en virtud del cual la víctima de violación de un contrato tiene derecho a reclamar el pago de todos los perjuicios que se le hayan causado, incluyendo los imprevisibles cuando exista dolo o culpa grave...

Este argumento también encuentra respaldo en el Laudo Arbitral “Valores y Descuentos Limitada vs. BellSouth Colombia S. A. (antes Celumóvil S. A.); junio 4 de 2002”, del cual extractamos el siguiente aparte:

... En cuanto a la indemnización del inciso segundo del precepto referido, estima el tribunal que por haber terminado el contrato por causa imputable a la sociedad demandada, se causó dicha indemnización de carácter resarcitorio.

Ahora, el punto concreto del dictamen que se refiere a la indemnización prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio no le confiere al tribunal certeza sobre el quantum de la indemnización a que tiene derecho la demandante, pues se establece una proyección por un periodo de cinco años sin justificación suficiente. Dicen al respecto los peritos que “para el cálculo del valor correspondiente a la indemnización, se tomaron los estados financieros presentados por Valores y Descuentos Ltda., y de ellos las comisiones provenientes de la relación comercial con Bellsouth Colombia S. A. (antes Celumovil S. A.), se proyectaron con un horizonte de tiempo de 5 años utilizando para el efecto un modelo econométrico y se descontaron al año 2000 a una tasa del DTF + 7.05 puntos equivalente a un 20% E. A. que se tomó como tasa similar al costo de oportunidad.

*El periodo de tiempo de referencia indemnizable es precisamente el que faltaría por ejecutarse (en) el contrato de haberse agotado el período de tiempo previsto para su terminación (la bastardilla es nuestra).* Esto sería entre el mes de junio de 1999, cuando se produjeron los hechos que indican la terminación, y la fecha en que expiraba el plazo de vigencia del mismo. Son, pues, diez meses de referencia. Los peritos, en el complemento del dictamen, refiriéndose al cálculo de todas las comisiones, regalías, utilidades, gastos de comercialización y gestiones administrativas o beneficios dejados de percibir por Valores y Descuentos, señalan lo siguiente: “Dado que el promedio mensual durante los 49 meses que estuvo vigente el contrato fue de \$31.931.950 y faltaron 11 meses para terminarlo consideramos, que el valor que Valores y Descuentos Ltda. dejó de percibir por este concepto es de \$351.251.456”.

El tribunal considera, de un lado, que el promedio mensual de la remuneración percibida por el agente es de treinta y un millones doscientos noventa y tres mil trescientos once pesos (\$31.293.311), pues son, como ya se indicó, cincuenta (50) –no cuarenta y nueve (49)– los meses de vida que tuvo el contrato (35), y del otro, no son once, sino diez, los meses a tener en cuenta, pues la terminación se presenta en junio de 1999, mes durante el cual acaecieron los últimos actos de ejecución y el contrato estaba vigente hasta el 1 de mayo del año siguiente. En este sentido al dictamen pericial hay que recortarle el equivalente a un mes, y liquidar el perjuicio, con el criterio definido por el tribunal, sobre la base del promedio mensual corregido, por lo que arroja una cifra de trescientos doce millones novecientos treinta y tres mil trescientos once pesos (\$312.933.311).

*Este punto del dictamen refleja una mayor coherencia con el verdadero alcance del perjuicio que sufre la sociedad demandante, pues de haberse terminado el contrato por el vencimiento del plazo habrá devengado esta suma y no otra*

*adicional* y si los hechos han sido suficientes para que el tribunal desprenda de ellos la terminación unilateral y anticipada del contrato, también lo son para entender que igualmente tenían el alcance de impedir la renovación de la relación contractual entre las partes (bastardilla fuera del texto).

*A juicio del tribunal, esta sería la indemnización equitativa pues los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios que se refiere la ley, no pueden estar mejor representados que en la misma utilidad o ventaja que deriva el agente como resultado de su gestión. Esta será, por tanto, la condena que por este concepto se solicitó en la pretensión principal décimo novena de la demanda.* (bastardilla fuera del texto).

Como sustento doctrinario a este mismo argumento transcribimos el siguiente aparte del libro *El Contrato de Agencia Comercial* de FELIPE VALLEJO GARCÍA:

... Si el contrato termina por la llegada del plazo o por una justa causa comprobada, el empresario no queda obligado a indemnizar al agente por el good will agregado a su negocio. *Pero si el empresario termina el contrato injustamente, debe pagar al agente comercial el precio del esfuerzo que este puso en conseguirlo; estimado como un lucro cesante* (bastardilla y resaltado fuera del texto). Y no porque este esfuerzo no haya sido remunerado previamente al agente. Ciertamente las comisiones y la cesantía comercial cumplen esta función; tienen este preciso objeto. La indemnización contemplada por el inciso segundo del artículo 1324 no es en rigor el precio de un servicio prestado por el agente al empresario. (Resulta necio hablar aquí de enriquecimiento sin causa). Su explicación es otra: *cuando el empresario termina el contrato en forma abusiva, despoja al agente de los ingresos que este habría obtenido de haberse respetado el contrato* (bastardilla fuera del texto).

... En lo fundamental, la indemnización se dice equitativa *porque resulta equitativo reconocer al agente –cuyo mandato ha sido revocado en forma ilícita– la remuneración neta (comisiones menos costos) correspondiente a las operaciones que él dejó de realizar con la clientela conseguida mediante su esfuerzo, al no haber sido respetado el contrato por el empresario. Con fundamento en la equidad, el agente comercial tiene derecho a recibir, a título de indemnización, los ingresos que él habría percibido razonablemente (i. e. con mediana diligencia y tomando en consideración su desempeño histórico) durante el tiempo que restaba del contrato* (bastardilla fuera del texto).

... Ahora bien, para determinar este **lucro cesante** es necesario remitirse al pasado, con ayuda de los factores o criterios ya mencionados. (Estos factores serán objeto de nuestro análisis particular más adelante). Mas esto no quiere decir que la indemnización equitativa deba ser considerada como la retribución de un servicio (esfuerzo pasado), como lo sugiere la simple lectura del precepto...

... La prueba idónea para demostrar el perjuicio es el dictamen pericial proferido con base en su propia contabilidad y la contabilidad del empresario, mediante inspección judicial con exhibición de sus libros y papeles.

Los factores indicados en la norma involucran el elemento objetivo de la tasación; sirven para conocer y medir el good will incorporado por el agente al negocio del empresario; permiten conocer el resultado de su esfuerzo. (Este no es el objeto de la indemnización). Conocido el good will, los peritos pueden entrar a fijar la remuneración o retribución que el agente merece por haberlo conseguido; es decir, *el precio del esfuerzo que produjo ese resultado, en tanto y en cuanto constituye lucro cesante* (bastardilla y resaltado fuera del texto).

*El precio de semejante esfuerzo solo puede ser indemnizado al agente cuando el incumplimiento del empresario le impide seguir aprovechando sus frutos; cuando por la revocación injusta del contrato ya no devenga comisiones derivadas de la clientela conquistada por él. Pero ese reconocimiento no puede darse a perpetuidad, sino por el tiempo que restaba al contrato. Y entonces se trata de un lucro cesante ordinario y relativamente fácil de liquidar y probar, tomando en consideración el desempeño anterior del agente y la remuneración convenida y acostumbrada...* (bastardilla y resaltado fuera del texto).

... GABRIEL ESCOBAR SANÍN, quien nos legó explicaciones profundas e ingeniosas sobre la agencia comercial, curiosamente se mostró avaro con respecto a la naturaleza jurídica de esta indemnización. *Con palabras exiguas se limita a decirnos que es el derecho del agente a obtener del empresario el resarcimiento del perjuicio experimentado con la terminación injusta del contrato, en la forma de lucro cesante: "... lo que naturalmente hubiera podido recibir si no hubiese mediado culpa de la otra parte"* (bastardilla fuera del texto).

JUAN PABLO CÁRDENAS, va más lejos. Niega que la indemnización tenga por objeto compensar la clientela, el good will adquirido por el empresario gracias al agente, porque en su opinión esta es la función propia de la "cesantía comercial" y porque la indemnización solo procede en caso de incumplimiento. *Y en relación con los factores que según la norma deben ser tenidos en cuenta por los peritos para fijar su valor, sostiene que son apenas una guía suministrada por el legislador para tasar el valor del daño emergente y del lucro cesante. Es decir, nuestro autor considera que la indemnización del artículo 1324 no es otra que la ordinaria de perjuicios* (bastardilla fuera del texto).

Estas doctrinas son acertadas, aunque su fundamento nos parece insuficiente. El lucro cesante que se trata de indemnizar al agente en caso de revocación ilícita del contrato presenta una fisonomía particular. Lo constituyen los ingresos de que se ve privado el agente en conexión con la clientela conquistada por el empresario. Juega aquí la idea de mandato en interés común, porque esa clientela interesa a ambas partes, como se explico atrás.

Hemos dicho, así mismo, que tan singular previsión de la ley solo se justifica ante la dificultad de precisar este lucro cesante en aquellos contratos de agencia comercial celebrados a término indefinido, pues en los contratos de duración determinada no existe una particular dificultad en establecerlo.

Con todo y que esta indemnización corresponde con exactitud a un lucro cesante, el carácter retributivo que le confiere la ley puede admitirse en cuanto explica su causa mediata: los ingresos cuya pérdida debe ser reconocida a este título son los

que habrá de generar la clientela conquistada por el agente comercial en el pasado. Solo en este sentido puede hablarse aquí de retribución de un esfuerzo.

[...]

El reconocimiento de un perjuicio especial no impide al agente reclamar al empresario **todo otro perjuicio** experimentado por él a raíz de la terminación injusta del contrato, establecido y valorado según las reglas generales.

Carecería de todo sentido que una norma que busca protegerlo especialmente desconociera o recortara sus derechos y acciones conforme al derecho común (civil y probatorio).

Pero el agente no puede enriquecerse con motivo de esta indemnización especial. No puede recibir suma alguna en exceso de los perjuicios ciertos y demostrados por él dentro del pleito...<sup>36</sup>.

### **3.6.2 La indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio encuadra en la segunda excepción contemplada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887**

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece:

*Artículo 38:* En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; tal infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

En lo relativo a los derechos adquiridos en relación con la indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio existe doctrina y jurisprudencia con base en la cual se podría llegar a concluir que esta indemnización se encuadra dentro de la segunda excepción del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, motivo por el cual esta infracción podría ser castigada con arreglo a la ley bajo la cual se cometa. Por lo anterior, de cometerse esta infracción durante la vigencia de la ley que adopte el compromiso adquirido en el tratado, esta ley sería la aplicable.

En apoyo del anterior argumento, transcribimos a continuación el siguiente aparte del Laudo Arbitral “Roberto Cavelier & Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S. A.”; 1.º de julio de 1992

---

<sup>36</sup> FELIPE VALLEJO GARCÍA. *El contrato de agencia...*, cit., pp. 92 a 100.

... Falta solamente determinar si las prestaciones contenidas en el artículo 1324 del Código de Comercio corresponden o no a alguna de las dos excepciones contempladas en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

... La indemnización prevista en el segundo inciso del artículo 1324 únicamente se causa cuando el contrato de agencia termina por una causa imputable al agenciado, lo que pone en evidencia el incumplimiento de sus obligaciones y compromisos, de manera que en este caso se trata de una pena o sanción, o, mejor aún, de una indemnización tendiente a repararle al agente los perjuicios que le causa el agenciado con su comportamiento.

En consecuencia, y en opinión del Tribunal, la indemnización del inciso 2 del artículo 1324 tiene la naturaleza exigida por la segunda excepción del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, con lo cual es aplicable retrospectivamente, esto es, a los contratos de agencia que se encontraban en ejecución en el momento en que comenzó a regir el Código de Comercio...

Igualmente, y sirviendo de apoyo al argumento de que la indemnización equitativa del inciso segundo del artículo 1324 encuadra en la naturaleza de una pena, transcribimos el siguiente aparte del Laudo Arbitral “Cellular Trading de Colombia Ltda., Cellpoint, vs. Comunicación Celular S. A., Comcel; marzo 18 de 2002”:

... Considera el tribunal, a tono con prácticamente la totalidad de la jurisprudencia y la doctrina, que la prestación del inciso segundo del artículo 1324 es absolutamente irrenunciable, puesto que como se señaló, es indemnizatoria para el agente y *penalizante* para el empresario por una terminación unilateral injustificada de la relación contractual... (la bastardilla es nuestra).

### **3.6.3 La indemnización equitativa del artículo 1324 del Código de Comercio encuadra en la primera excepción contemplada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887**

Como se expuso anteriormente, parte de la doctrina y la jurisprudencia apoya la tesis de que la indemnización equitativa es equivalente en esencia al lucro cesante.

Si se acogiera la tesis de que la indemnización equitativa es asimilable al lucro cesante, la parte sustancial de la indemnización equitativa habría sido conservada en el compromiso hecho en el tratado para efectos de la indemnización derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial sin justa causa; y el único cambio que se presentaría entre la indemnización equitativa del artículo 1324 y la indemnización contemplada en el compromiso del tratado sería la forma de reclamar en juicio el derecho a esta indemnización.

Lo anterior sería en razón a que el artículo 1324 inciso 2.º establece que cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato de agencia

sin justa causa comprobada, deberá pagarle al agente una indemnización equitativa como retribución a sus esfuerzos por acreditar la marca, línea de productos o los servicios objeto del contrato, y que 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.

Por lo tanto, y si se acoge la tesis antes expuesta, entre la indemnización equitativa del artículo 1324 y la indemnización acordada en el compromiso del tratado, la diferencia existente no sería de naturaleza sustancial (ya que la indemnización equitativa sería asimilable al lucro cesante y la indemnización contemplada en el compromiso del tratado incluye el lucro cesante en sus elementos determinantes) sino que su diferencia recaería en el modo de reclamar en juicio el derecho a la indemnización.

Respecto al modo de reclamar en juicio, la diferencia entre la indemnización equitativa y la indemnización contenida en el compromiso específico recaería en que la indemnización equitativa establece los parámetros para determinar el monto de la indemnización (teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios), mientras que la indemnización del compromiso específico solo debe responder a los principios generales del derecho contractual, sin definirse los parámetros particulares que deben ser tenidos en cuenta para determinar el monto por reclamar.

Por lo anterior, y de acogerse la tesis expuesta, se podría llegar a afirmar que la indemnización equitativa del inciso 2.º del artículo 1324 en lo que a su parte formal se refiere, encajaría dentro de la excepción 1 del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Recordemos lo consagrado en la excepción primera del artículo 38 de la Ley 153 de 1887:

*Artículo 38:* En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato...

Como lo mencionamos anteriormente, la única diferencia entre la indemnización equitativa del artículo 1324 y la forma de indemnización consignada en el compromiso del numeral 2b sería el modo de reclamar el derecho a la indemnización.

De aceptarse lo anterior, podría interpretarse que como el modo de reclamar el derecho a la indemnización es un modo de reclamar en juicio los derechos que resulten de un contrato, este modo de reclamar encuadraría dentro de la excepción primera del artículo 38, que indica que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las leyes

concerniente al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de un contrato.

Según lo anterior, el modo de reclamar en juicio el derecho que resultare de un contrato, relativo a la indemnización equitativa, podría ser cobijado por una ley diferente a aquella vigente al tiempo de su celebración.

### 3.7 Compromisos en materia de bienes y servicios

El numeral quinto del anexo 11-E estableció las definiciones tanto para Colombia como para Estados Unidos del término “contrato de agencia comercial” en el compromiso específico.

Este numeral quinto del anexo 11-E establece:

5. Para efectos de este Anexo, **contrato de agencia comercial** significa,

(a) para Colombia, un contrato de agencia comercial según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio de Colombia; solo cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales, y

(b) para los Estados Unidos, cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte.

Del numeral quinto del compromiso se destaca el hecho de que la definición de contrato de agencia comercial para Colombia es la consagrada en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, “solo cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales”.

La regulación del Código de Comercio en relación con el contrato de agencia comercial aplica tanto para bienes comerciales como para servicios. Sin embargo, el compromiso del tratado en relación con la agencia comercial solo recayó sobre bienes comerciales y no sobre servicios.

Lo anterior se explica en razón a que Estados Unidos ofreció comprometerse en materia de agencia comercial pero solo en lo relacionado a bienes comerciales (no a servicios) y a que parte de sector privado colombiano interesado en la negociación sobre agencia comercial solicitó al equipo negociador colombiano que los compromisos que se asumieran en relación con la agencia comercial recayeran solo sobre bienes y no sobre servicios.

La anterior solicitud de parte del sector privado fue llevada por el equipo colombiano a la mesa de negociación y presentada al equipo norteamericano el que acogió la solicitud, más aún en el entendido de que Estados Unidos también ofrecía un compromiso solo en materia de bienes comerciales incluyendo software, y no de servicios.

De esa manera, el compromiso de ambos países fue recíproco, en el sentido de que el compromiso solo abarcó la distribución y agenciamiento de bienes comerciales y no de servicios.

### **3.8 Logros del equipo negociador colombiano en la negociación del contrato de agencia comercial**

Si se compara la negociación hecha por el equipo negociador colombiano en materia de agencia comercial frente a la negociación hecha por los países centroamericanos dentro de CAFTA para el tema de contratos de distribución, se puede evidenciar que hubo logros importantes del equipo negociador colombiano en dicha negociación y en los compromisos adquiridos como resultado de la misma.

Entre los logros más importantes obtenidos por el equipo negociador colombiano en el compromiso adquirido en materia de agencia comercial podemos destacar los siguientes:

#### **3.8.1 Derechos adquiridos**

En CAFTA, países como Costa Rica y Guatemala se comprometieron a “alentar” a las partes de los contratos de distribución a “renegociar” dichos contratos para efectos de sujetarlos al compromiso adquirido en el tratado.

Colombia no aceptó alentar a las partes de los contratos de agencia comercial vigentes, a renegociar sus contratos para sujetarlos al compromiso adquirido en el tratado, dado que para Colombia era fundamental que la negociación respetara los derechos adquiridos de las partes del contrato.

Para reforzar lo anterior, Colombia dejó establecido en forma explícita dentro del compromiso que se preservarían los derechos adquiridos de conformidad con lo consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anterior se considera como un logro del equipo negociador colombiano, pues a diferencia de lo sucedido con algunos países centroamericanos en CAFTA, el compromiso colombiano refleja en forma explícita en su numeral 3 que nada en el compromiso impedirá que continúe la aplicación de las medidas descritas en el numeral 1, literales a y c, a los contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar el compromiso; al igual que se menciona en forma explícita que para Colombia la disposición aplicable en este sentido es el artículo 58 de la Constitución Política, el cual consagra disposiciones en materia de derechos adquiridos.

### **3.8.2 Fecha de terminación de los contratos de agencia comercial**

En CAFTA, países como Costa Rica, República Dominicana y Honduras se comprometieron a establecer que la fecha de terminación de los contratos era justa causa de terminación de los mismos.

Colombia no aceptó hacer una declaración este sentido por considerarlo no ajustado a su ordenamiento jurídico, en razón a que para Colombia la terminación de un contrato en su fecha de terminación no puede calificarse como algo justo o injusto, sino que simplemente indica el momento en que un contrato debe terminar según la disposición voluntariamente acordada por las partes.

Lo anterior se considera un logro del equipo negociador colombiano en la medida en que esa solicitud de Estados Unidos fue excluida del texto del compromiso definitivo, en razón a las explicaciones dadas por el equipo colombiano desestimando la necesidad de incluir ese compromiso en razón a no resultar aplicable ni necesario.

### **3.8.3 Reciprocidad del compromiso**

A diferencia de CAFTA, donde los países centroamericanos hicieron compromisos unilaterales respecto a sus legislaciones internas, Colombia logró que Estados Unidos también asumiera el compromiso en su nivel central de gobierno.

Aunque Estados Unidos no tienen en la actualidad regulación similar a la agencia comercial colombiana en su nivel central de gobierno, al asumir este compromiso y otorgar este nivel de reciprocidad, Estados Unidos restringió la capacidad regulatoria de su Congreso en virtud del *commerce clause* para regular temas de comercio.

Lo anterior es un importante logro del equipo colombiano, pues en un principio Estados Unidos presentaron el tema como un compromiso unilateral que debía ser asumido solo por Colombia, al igual que en CAFTA donde se negoció el tema de los contratos de distribución como compromisos unilaterales de los países centroamericanos.

El hecho de que Estados Unidos haya aceptado que el compromiso sobre agencia sea bilateral, es una modificación del precedente negociado en CAFTA, y hace que el compromiso tenga un mayor nivel de equidad.

### **3.8.4 Reciprocidad en materia de bienes comerciales**

Colombia logró obtener reciprocidad respecto de Estados Unidos en lo relativo al alcance del acuerdo. Estados Unidos se comprometió, en materia de agencia comercial, solo en lo relacionado con contratos de distribución de bienes comerciales incluyendo software.

Por lo anterior, para efectos de lograr reciprocidad en el compromiso y en concordancia con la posición defensiva que siempre mantuvo para el tema y la solicitud elevada por parte del sector privado en ese sentido, Colombia ofreció hacer un compromiso frente al contrato de agencia comercial acotado únicamente a contratos cuyo objeto recaiga sobre bienes comerciales incluyendo software.

### **3.8.5 Discrecionalidad para expedir medidas aplicables a la terminación sin justa causa del contrato de agencia comercial**

El hecho de que Colombia se haya comprometido a modificar o derogar una medida en su nivel central de gobierno que otorgue el derecho al agente a que a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato (esto equivale a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio) no significa que Colombia haya perdido, como consecuencia de este compromiso, su discrecionalidad para expedir medidas que impliquen pagos a la terminación del contrato cuando la terminación sea sin justa causa.

Lo anterior quedó plasmado en el pie de página 11 del literal a del numeral 1 del anexo 11-E, donde, luego de describir la medida similar a la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324, indica que ese literal no hace referencia a otras medidas que se puedan adoptar o mantener en relación con pagos asociados con la terminación de un contrato de agencia comercial en mala fe o en violación a los términos del contrato.

Esto significa que Colombia podrá mantener o expedir regulación que exija hacer pagos (que no sean pagos similares a la prestación comercial), cuando un contrato de agencia comercial termine por mala fe o por incumplimiento de sus términos; o que las partes de un contrato de agencia comercial podrán pactar voluntariamente consecuencias pecuniarias cuando se presente la terminación del contrato sin justa causa, desde que estos pagos no respondan a los parámetros establecidos para determinar la prestación comercial del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

Lo anterior está fundamentado en el respeto a la voluntad de las partes para pactar penas dentro de un contrato, al igual que en Estados Unidos existen disposiciones que aceptan este tipo de penas contempladas para el incumplimiento de un contrato (*doble damages* y *treble damages*, por ejemplo).

### 3.8.6 Entrada en vigencia del acuerdo

Los compromisos hechos en CAFTA para contratos de distribución empezaron a regir para los países centroamericanos desde el momento de entrada en vigencia del acuerdo.

Aunque Estados Unidos presiona para lograr que Colombia asumiera un compromiso inmediato en materia de agencia comercial a partir de la entrada en vigencia del tratado, Colombia logró negociar un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigencia del acuerdo para efectos de que el compromiso empiece a regir para los contratos de agencia comercial.

La anterior solicitud colombiana fue hecha porque para poder implementar los compromisos adquiridos en la negociación en materia de agencia comercial, Colombia requerirá expedir una legislación tendiente a modificar las disposiciones pertinentes del Código de Comercio.

Por lo anterior, resultaba necesario contar con un tiempo prudencial para que el órgano legislativo colombiano pudiera expedir la legislación necesaria para implementar el anexo 11-E.

Considerando que en las negociaciones precedentes, particularmente en CAFTA, los países centroamericanos se comprometieron a implementar el compromiso adquirido desde la fecha de entrada en vigencia del tratado, el hecho de que Colombia haya logrado un plazo prudencial para el desarrollo del compromiso se considera un logro del equipo colombiano en la negociación en materia de agencia.

## Conclusión

En nuestra opinión, la negociación del tema agencia comercial en el Tratado de Libre Comercio entre los Países Andinos y Estados Unidos fue una negociación exitosa para Colombia desde muchos puntos de vista.

En la negociación Colombia siempre mantuvo una posición defensiva que resultó en que los cambios negociados fueran los mínimos posibles, respetando siempre la Constitución, las leyes y, en particular, los principios generales del derecho contractual-comercial aplicables al país.

De igual forma, lo negociado para agencia comercial por parte del equipo colombiano fue producto de un proceso de intercambio de información y concertación con el sector privado, lo que legitima aún en mayor grado el contenido de esta negociación.

Así mismo, los logros obtenidos por Colombia en la negociación de agencia comercial comparados con el resultado de la negociación de los países centroamericanos en CAFTA para contratos de distribución fueron bastante ambiciosos en el sentido de que la negociación con Colombia logró total respeto a los derechos adquiridos y reciprocidad del compromiso, aspectos que no fueron logrados en CAFTA. Siendo CAFTA el precedente de la negociación con los países andinos, se puede afirmar que Colombia consiguió logros notables que fueron más allá de los precedentes para la negociación.

Aunque la negociación del tratado terminó en el año 2006, todavía hay un largo camino por recorrer para efectos de que la negociación sea implementada en Colombia y en Estados Unidos.

Haciendo un breve recuento del tránsito recorrido desde el cierre de la negociación, vemos que el camino ha sido complicado y aún continúa abierto, sin poderse determinar cuándo llegará el momento de su implementación.

La negociación del tratado terminó el día 27 de febrero de 2006. No obstante haya terminad en febrero, solo hasta el día 22 de noviembre de 2006 Colombia y Estados Unidos firmaron el acuerdo.

Con posterioridad a la firma del acuerdo, el texto del mismo fue remitido al Congreso de Colombia donde se estudió, para finalmente aprobar el Proyecto de Ley que contenía la negociación del Tratado el día 14 de junio de 2007, después de surtirse el debate en la Plenaria del Senado de la República.

A unos pocos días después de la fecha de aprobación por parte del Congreso Colombiano del Proyecto de Ley que contenía el Tratado de Libre Comercio,

Colombia y Estados Unidos acordaron hacer algunas modificaciones al texto negociado, las cuales quedaron plasmadas en el “Protocolo Modificadorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-Estados Unidos”.

“Este Protocolo Modificadorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia Estados Unidos refleja el acuerdo bipartidario sobre la política comercial de los Estados Unidos alcanzado el 10 de mayo de 2007. El Senado de Colombia aprobó el Protocolo Modificadorio del TLC con Estados Unidos el 30 de octubre de 2007. El 22 de noviembre de 2007 el presidente de Colombia sancionó el protocolo modificadorio al TLC”.<sup>37</sup>

Posteriormente, el tratado entró a revisión por parte de la Corte Constitucional, la que finalmente declaró la exequibilidad de lo negociado en el Tratado.

No obstante lo anterior, todavía no se cuenta con la aprobación del tratado por parte del Congreso de Estados Unidos, que, por diversos motivos, especialmente de tipo político, no lo ha aprobado.

Solo si el Congreso de Estados Unidos aprueba el tratado de libre comercio con Colombia, desde ese momento, se abrirán las puertas para que este último país pueda proceder a expedir las leyes que implementen el tratado dentro de la legislación colombiana.

En el entretanto, la legislación para el contrato de agencia comercial en Colombia continuará siendo la que aparece en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio.

---

<sup>37</sup> [http://www.sice.org/TPD/AND\\_USA/COL\\_USA\\_s.ASP](http://www.sice.org/TPD/AND_USA/COL_USA_s.ASP)