

# El contrato de agencia comercial bajo la óptica del marketing, la contabilidad y el derecho<sup>\*</sup>

The commercial agency contract under the scope of marketing, accounting and law

MAURICIO VELANDIA<sup>\*\*</sup>

## RESUMEN

Este artículo analiza el contrato de agencia comercial bajo tres distintas ópticas: el marketing, la contabilidad y el derecho. Este escrito también estudia las diferentes modalidades de contrato de agencia comercial: dos legales y una basada en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

**Palabras claves:** Contrato de agencia comercial, marketing, contabilidad, derecho.

## ABSTRACT

This article analyses the commercial agency contract under three different perspectives: marketing, accounting and Law. This paper also contains the study of the different types of commercial agency contract: two types based on the Law and one based on the decisions of the Supreme Court of Justice.

**Keywords:** Commercial agency contract, marketing, accounting, law.

\* Fecha de recepción: 23 de octubre de 2019. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2019. Para citar el artículo: Velandia M. "El contrato de agencia comercial bajo la óptica del marketing, la contabilidad y el derecho". En *Revista E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n2.03>

\*\* Abogado y docente de la Universidad Externado de Colombia. [www.mauriciovelandia.com](http://www.mauriciovelandia.com)

## INTRODUCCIÓN

Los recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia han modificado la forma de ver el contrato de agencia comercial. Esa nueva forma de ver el contrato de agencia comercial tiene tanto puntos positivos como negativos. Algo positivo es que se estableció que la prestación de compra para la reventa no excluye la existencia del contrato de agencia comercial y que la mera prestación de promoción resulta ser una prestación que configura el contrato de agencia comercial. Por su parte, un aspecto negativo es que las empresas, a sabiendas que pueden pagar anticipadamente la comisión, han modificado sus contratos, incluyendo dicha comisión en el margen del distribuidor, lo cual conlleva a que los distribuidores terminen perdiendo la comisión del contrato de agencia comercial con el margen que venían ganando, y ya las empresas no le temen a un contrato donde pueden controlar toda la actividad del tercero sin pagar una cesantía que remuneraba ese control y que es diferente a la distribución sin control.

Una crítica profunda que hace el autor a esa jurisprudencia es que en la práctica llevaron a un abuso del derecho de los empresarios hacia los distribuidores.

Este artículo refleja la realidad material del contrato de agencia comercial bajo la óptica del marketing, señalando qué se debe probar; desde la óptica contable, indicando como se debe dejar constancia en la contabilidad; y desde la óptica del derecho, señalando las clases de agencia que existen.

Agradezco a Luisa Fernanda por su constante apoyo en la investigación en libros de marketing, de contabilidad y de derecho. Su apoyo siempre engrandece los escritos.

## I. REGULACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

El artículo 1.317 del Código de Comercio define el contrato de agencia, como aquel en virtud del cual un comerciante asume de manera independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prestablecida en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de aquel. La persona que recibe el encargo se denomina agente.

Como se puede observar, existen algunas palabras técnicas, propias de la ciencia del Marketing. Por lo tanto, resulta de la mayor importancia observar el alcance que la ciencia y arte en materia de Marketing otorga a esas palabras, para así entender el verdadero contenido de las normas.

En ese sentido, observando que los textos legales donde aparece definida la agencia comercial contienen vocabulario técnico de la ciencia del Marketing

y de la ciencia Contable, el paso que corresponde ahora es definir dichas palabras dentro de esas ciencias, y otorgarle un verdadero principio de identidad al contrato de agencia comercial.

De forma respetuosa, disentimos profundamente de aquellos fallos que para interpretar el artículo 1.317 del Código de Comercio, (agencia comercial), parten en su análisis del artículo 28 Código Civil, donde se indica que las palabras no definidas en la ley deben ser entendidas en el significado corriente de las palabras, pues cuando se está en presencia de una ciencia y arte, el significado de las palabras es el de la ciencia o arte (art. 29 del Código Civil), más no, el corriente de las palabras (art. 28 Código Civil).

Por otra parte, a partir de la definición el artículo 1.317 del Código de Comercio, se puede concluir que existen dos clases de agencia comercial: i) agencia comercial donde un distribuidor adelanta actividades por encargos para "promover" productos de otro empresario; o (ii) agencia comercial donde un distribuidor adelanta actividades por encargo para "explotar negocios" de otro empresario.

## II. PUNTO DE PARTIDA JURISPRUDENCIAL DE LA AGENCIA COMERCIAL

La Corte Suprema de Justicia reconoce que la agencia comercial puede convivir con otros contratos. De manera que, puede existir una agencia comercial nacida de contratos complejos o mixtos, como podría ser la compra para la reventa acompañada de agencia comercial para promover, en este caso se presenta compra para la reventa por parte del distribuidor y se le encarga a ese distribuidor labores de promoción, bajo formas de coligación o complejas o mixtas.

Así, en sentencia del 6 de julio de 2005, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil<sup>1</sup> expuso que:

*" (...) la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa, no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos. Simplemente representa un suministro de venta de un producto al por mayor de un empresario al comerciante, que éste, previa las diligencias necesarias, posteriormente revende no por cuenta ajena sino por cuenta propia, actividad que no puede calificarse ni deducirse que se trata de una agencia comercial. Pero lo anterior no se opone, como lo reconoció esta Corporación en ocasión anterior, a que habiendo un contrato de agencia entre empresario (agenciado) y comerciante (agente) en forma paralela puedan concurrir*

1 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de Julio de 2005. Exp. n.º 0243-01. M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno.

otros contratos, como los de ventas directas, hechas por el empresario en la zona de la agencia. (Sent. del 14 de diciembre de 1992. G. J. CCXIX, pp. 703 y ss.), sin que llegue a confundirse aquel contrato con estos últimos, pues sus elementos, particularmente el objeto, son diferentes aunque se presenten dentro de una misma actividad comercial destinada a poner los productos en manos del consumidor". (Negrilla fuera de texto).

En este sentido, es claro que puede haber un contrato de agencia comercial en el que también exista compra para la reventa, sin perjuicio de que los elementos de la agencia comercial deben estar plenamente identificados, para que se reconozca la existencia de esta<sup>2</sup>.

### III. DIFERENTES ÓPTICAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

#### A. EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL BAJO LA ÓPTICA DEL MARKETING

Se expondrá de manera detallada conceptos y apreciaciones de marketing que ayudan para la construcción de una descripción escrita acerca de la figura de agencia comercial para promover.

Los autores le han otorgado al marketing la dimensión de ciencia. Uno de ellos es Philip Kotler, el cual define el Marketing como "el proceso social y administrativo por el que los grupos e individuos satisfacen sus necesidades al crear e intercambiar bienes y servicios. También se le ha definido como el arte o ciencia de satisfacer las necesidades de los clientes y obtener ganancias al mismo tiempo"<sup>3</sup>.

Para darle una ubicación al marketing, se debe reseñar que su desarrollo se presenta dentro del mercado, esto es, el lugar donde se encuentra la oferta (las empresas) y la demanda (consumidores) alrededor de un producto, el cual se intercambia generalmente a través de un precio<sup>4</sup>. Entonces, el marketing es la forma como se organiza el mercadeo o la comercialización de los bienes de un ente empresarial para atender un mercado meta o mercado objetivo.

2 "Todo ello conduce, entonces, a la necesidad de que el contrato de agencia requiera de una demostración típica y clara, es decir, que las pruebas se dirijan a establecer directamente el contrato de agencia, pues siendo éste autónomo, se repite, no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados, porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial". Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de Julio de 2005. Exp. n.º 0243-01. M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno.

3 Cfr. KOTLER, PHILIP; ARMSTRONG, GARY; SAUNDERS, JOHN; WONG, VERÓNICA. Principles of Marketing: European edition. New Jersey: Prentice Hall, 2002.

4 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw -Hill/ Interamericana editores, 1999, pp. 4-5.

El mercado meta o mercado objetivo es el segmento de consumidores que se pretende atender por una empresa, conformado por el universo de clientes potenciales y clientes reales, quienes en suma tienen la necesidad que se pretende satisfacer<sup>5</sup>.

Para emprender la labor de marketing los profesionales de dicha actividad desarrollan lo que se conoce como el "marketing mix", que a su vez son el conjunto de herramientas que utiliza una empresa para implantar las estrategias de marketing<sup>6</sup>.

## 2.1. Marketing mix (4P)

Los profesionales del marketing, en su mayoría, consideran que las estrategias utilizadas siempre deben considerar cuatro (4) variables o como las denominan coloquialmente "las 4P". Esas cuatro variables son i) producto; ii) precio; iii) plaza o distribución; y iv) promoción<sup>7</sup>.

En cuanto a la primera P (1° P), es decir, la variable "producto", contiene decisiones respecto a: i) gama (clase de productos o servicios); ii) diferenciación (calidad o servicio); iii) marca (denominación); y iv) presentación (empaques y etiquetas). Esta labor siempre le corresponde al fabricante<sup>8</sup>.

Respecto a la segunda P (2° P), el "precio", la determinación se toma bajo otros aspectos, como son: i) costos de producción y costos de distribución; ii) margen deseado; iii) estrategias de marketing implementadas para posicionar y penetrar el mercado; y iv) entorno competitivo (precio de competidores). Esta labor siempre le corresponde al fabricante en su primera venta<sup>9</sup>.

La tercera P (3° P), lo que se conoce como "plaza o distribución", se adelanta cabo la definición y organización de: i) canales de distribución; ii) planificación de la distribución; iii) distribución física; y iv) merchandising. Esta labor en su decisión le corresponde al fabricante, pero en su ejecución pueden estar involucrados terceros escogidos por el fabricante<sup>10</sup>.

Por último, la cuarta P (4° P) es la "promoción". En esta variable se tiene en cuenta lo indispensable y necesario que es transmitir al mercado las

5 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 111.

6 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 207.

7 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 94.

8 Cfr. CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing. 1 ed. Bogotá: ediciones de la U, 2017, p. 25.

9 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 324.

10 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, pp. 373 y ss.

características del producto, comunicando los beneficios del producto con labores de posicionamiento, recordación o relanzamiento, de acuerdo con la vida de útil de la marca. Para su desarrollo se cuenta con unos instrumentos, como son: i) La publicidad; ii) la venta personal; iii) Unas relaciones públicas; iv) material promocional de ventas (POP). Estas tareas que están en cabeza del fabricante, pero que por decisión de él pueden ser ejecutadas por terceros<sup>11</sup>.

En un principio el marketing mix, es decir las 4P, es decidido y desarrollado directamente por el fabricante. Generalmente el fabricante decide la primera P, es decir todo lo que involucra el producto. En cuanto a las variables restantes (precio, distribución y promoción) pueden tener injerencia terceras personas ajenas al fabricante o incluso ser decididas por aquellas.

Así, en la medida que el fabricante involucre terceros dentro de su operación, de acuerdo con lo delegado en cada caso particular, la decisión o desarrollo comienza a tener participaciones de terceras personas ajenas a la empresa (3° P).

Pasemos a explicar la distribución (3° P) y la promoción (4° P).

## 2.2. Distribución (3° P)

El artículo 1.317 del Código de Comercio dispone que la agencia comercial puede ser adelantada por un distribuidor. Por otra parte, respecto de la distribución, de acuerdo con la ciencia del marketing, un fabricante tiene que definir la estructura que quiere adoptar para aquella, lo que es conocido como la selección del canal. En ese sentido, el fabricante puede seleccionar entre tres canales<sup>12</sup>:

i) *Distribución directa*. Esta se presenta cuando es el fabricante con su misma fuerza de venta, con sus propios trabajadores, quien se encarga de la distribución, prescindiendo de intermediarios;

ii) *Distribución indirecta*. Este canal es adelantado por terceros ajenos al fabricante que se denominan intermediarios;

iii) *Distribución múltiple o mixta*. En este canal el fabricante distribuye sus productos dentro de un segmento del mercado, cediendo los demás segmentos a la distribución indirecta. En este caso combina el canal moderno (grandes superficies atendidas generalmente por el fabricante) y canal tradicional (conocido como tienda a tienda atendida por sectores entre fabricante y terceros).

11 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill/ Interamericana editores, 1999, pp. 482-483.

12 Cfr. CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing. 1.ª ed. Bogotá: ediciones de la U, 2017, p. 96.

Ahora bien, dentro de la distribución indirecta, el fabricante puede estructurar su alcance bajo dos clases de canales<sup>13</sup>:

- El primero, denominado canal corto, se presentan cuando entre el fabricante y el consumidor existe la presencia de un único intermediario, que puede ser descrita como: fabricante – detallista – consumidor; y
- El segundo, denominado canal largo, en el que existen muchos intermediarios entre el fabricante y el consumidor final, por ejemplo: fabricante – representante de zona – mayorista de ciudad– minorista de barrio – detallista – consumidor.

Como se puede observar, en la distribución indirecta corta existe solo un contrato, en tanto que en la distribución indirecta larga existen una gran cantidad de contratos antes de que el producto llegue al consumidor final.

Ahora bien, una vez definida la estructura del canal indirecto, sea larga o corta, el productor o fabricante pasa a definir otro aspecto dentro de ella, como es la intensidad del canal de distribución, que según la ciencia de mercadeo puede ser<sup>14</sup>:

- i) Con intensidad exclusiva, cuando solo existe un distribuidor dentro de una zona. También puede referirse a la exclusividad en producto;
- ii) Con intensidad selectiva, cuando se permite la presencia de más de un distribuidor en una zona, siendo en todo caso pocos, pero con competencia interna en la marca; y
- iii) Con intensidad masiva, cuando es variada y múltiple la posibilidad de tener distribuidores en la misma zona, compitiendo totalmente entre ellos.

Por último, dado que la distribución de productos al consumidor comienza con el fabricante y termina con el consumidor, pueden existir diferentes momentos y actores en ese fin, lo que implica la segmentación de dos grandes mercados, claramente definidos en los libros de marketing:

- i) El segmento de mercado de la venta al mayoreo, el cual se presenta por terceros (distribuidores) encargados del desplazamiento físico del bien de manos del fabricante hacia los tenderos (detallistas). En otras palabras, es el segmento de mercado que involucra la venta, consignación o intermediación del producto realizada por el fabricante a cualquier persona diferente al

13 Cfr. CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing. 1.ª ed. Bogotá: ediciones de la U, 2017, p. 95.

14 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketing. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, pp. 391-393.

consumidor final. Esos intermediarios son los encargados de poner el producto o servicios cerca de las manos del consumidor<sup>15</sup>; y

ii) El segmento de mercado de venta al detalle, adelantada por lo que se conocen como tenderos (detallistas), quienes le venden finalmente el producto al consumidor final. En este caso la relación es directamente con el consumidor final<sup>16</sup>.

Así, tanto el mercado de la venta al detalle como el mercado de la venta al mayoreo son dos facetas importantes, y diferentes, para que el producto pueda ser adquirido por el consumidor.

Resulta necesario detenernos en el segmento de mercado de venta al mayoreo, que generalmente se presenta cuando el fabricante no cuenta con el dinero suficiente para tener una fuerza de ventas propia que atienda todo el mercado (ahorro de costos). Las actividades del mayorista en cuanto a la distribución física del producto consisten en: a) ubicación de inventario y almacenamiento; b) manejo del producto; c) control de inventario; d) procesamiento de pedidos; así como e) el transporte<sup>17</sup>.

Por su parte, en el segmento de mercado venta al detalle, se tiene que es la forma como el tendero decide vender el producto o servicio al consumidor final, etapa que escapa de control del fabricante, dado que el tendero es quien decide el precio y las condiciones a las cuales le venderá al interesado<sup>18</sup>.

Con estas variables se estructura el canal de distribución y se define su intensidad. Falta solo identificar si la actividad del distribuidor se adelantará bajo una labor de venta activa o venta pasiva. El formato de venta activa se presenta cuando el distribuidor sale por fuera de su establecimiento a buscar el cliente. El formato de venta pasiva se presenta cuando el distribuidor espera que llegue el cliente a su establecimiento. El primero es más laborioso que el segundo<sup>19</sup>.

Con la técnica anterior, de acuerdo con la ciencia y arte, se diseña un canal de distribución, ahora veamos la promoción como 4º P.

15 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 440.

16 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 180.

17 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, pp. 440 y ss.

18 Cfr. CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing. 1 ed. Bogotá: ediciones de la U, 2017, p. 101.

19 Cfr. DE LA PARRA, ERIC. Estrategias de ventas y negociación. Citado por Salazar Becerra, Rosa María. Principios y teorías básicas de vendas. Ensayo. Disponible en: <https://www.gestiopolis.com/principios-y-teorias-basicas-de-ventas-ensayo/>

### 2.3. Promoción (4º P)

El concepto de "promoción" es un concepto de la mayor importancia para este asunto jurídico, puesto que la promoción es lo que se puede encargar a través de la agencia comercial (art. 1.317 c.co). Por ello, en virtud del artículo 29 del Código Civil, se hace necesario conocer el entendido que tienen de dicha expresión quienes profesan la ciencia del marketing.

La promoción es el elemento del marketing mix de una organización comercial que "*sirve para informar, persuadir y recordarle al mercado la existencia de un producto y/o su venta, con la intención de influir en los sentimientos, creencias o comportamientos del receptor o destinatario*"<sup>20</sup>. (Énfasis fuera de texto)

Ahora bien, la "promoción" es una actividad diferente a la "distribución", lo cual no quiere decir que sea excluyente, pues depende de cómo el fabricante la decida adelantar, esto es, si prefiere que sea separada o concurrente con el tercero que le distribuirá sus productos, si es que escoge dicha estructura de comercialización (canal indirecto de distribución).

Como se indicó atrás cuando se habló de la "promoción" como la cuarta (4ºP), existen diferentes instrumentos a través de la cual se desarrolla la actividad de "promover". Miremos cada uno con más detalle:

i) El primer instrumento es la actividad de pregoneo en la venta personal, que es la que tiene lugar cara a cara. Dentro de este instrumento: a) se identifican los compradores potenciales; b) se adelanta el acercamiento preliminar con ellos; c) se hace la presentación de mensaje de ventas; y d) se desarrolla el servicio postventa<sup>21</sup>;

ii) El segundo instrumento es la publicidad, que es una comunicación masiva e impersonal que viaja a través de un medio publicitario, con contenido informativo, dejando en el mercado una imagen que él recordará en el momento de hacer su mejor elección<sup>22</sup>;

iii) El tercer instrumento es la promoción en ventas, que es un incentivo temporal para incentivar la compra. Afiches, regalos, rifas, descuentos de lanzamiento, mayores unidades, etc;<sup>23</sup> y

20 STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 482.

21 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 210.

22 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 482.

23 De conformidad con el Estatuto del Consumidor, en su acápite de definiciones, art. 5, num. 10. Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de

iv) El cuarto instrumento son las relaciones públicas, que son las actividades encaminadas a crear una imagen positiva de la organización<sup>24</sup>.

En ese orden, la combinación de los mencionados instrumentos de la promoción es lo que se conoce como "mezcla promocional", la cual se presenta cuando se utilizan los diferentes instrumentos para comunicar. Dicha mezcla dependerá de muchos factores, principalmente de la selección de la estrategia de penetración del producto adoptada por el fabricante<sup>25</sup>. Existen dos clases de estrategias diferenciadas de penetración que se adoptan dentro del mercado y una mixta:

i) Estrategia Push, conocida también como estrategia de "empujar el producto", la cual se desarrolla en la medida que son intermediarios quienes empujan el producto al mercado. En tal sentido, el fabricante adelanta una gran promoción entre sus mayoristas, para que éstos se encarguen a su vez de empujar el producto hacia los detallistas, y estos finalmente al consumidor. La estrategia de empuje supone una fuerte venta personal y promoción en ventas<sup>26</sup>.

ii) Estrategia Pull, conocida como estrategia de "jalar al consumidor", la cual se dirige a atraer al consumidor, motivándolo a que pida el producto a los detallistas, y éstos observando lo requerido por el consumidor a su vez se lo solicitan al mayorista, quien a su vez terminará requiriéndolo del fabricante. En esta estrategia se pretende que el público consumidor jale el producto a través del canal, siendo importante la publicidad, restando importancia a la labor de la promoción en la venta personal, pues el público ya tiene decidida la preferencia del producto<sup>27</sup>.

iii) Estrategia mixta de Push y Pull, se presenta cuando se llena el canal de distribución de mercancía (mercado mayorista a detallista), y después se hace una gran inversión en publicidad dirigida al consumidor, para que cuando el consumidor requiera el producto éste ya se encuentre sembrado en la tienda. En estos casos se requiere, por una parte, una alta labor de promoción en la fuerza de ventas hacia el tendero para convencerlo y, por otra parte, una alta dosis de promoción en publicidad para que el consumidor quiera adquirir el producto (mercado detallista). Se presenta por ejemplo en mercados donde la marca está altamente posicionada, pero se requiere la penetración de nuevos

incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos.

24 Cfr. CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing, op. cit., p. 122.

25 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, p. 489.

26 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 173.

27 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 173.

productos a través de la labor personal del distribuidor, que mantiene la presencia de la marca en góndola de tiendas.

Como se puede observar, la "promoción" no significa venta. La promoción tan solo es la actividad de comunicar. La venta al tendero es una fase posterior del proceso respecto de la "promoción". En suma, la promoción es la actividad previa a la venta, donde se comunica al mercado meta o mercado objetivo la existencia y permanencia de una marca dentro de dicho segmento.

Para diseñar la estrategia promocional el fabricante prepara los planes estratégicos. Esos planes contienen el esquema de promoción y comercialización de sus productos. La forma como enfrentará el mercado en la primera venta (venta al mayorista) y la venta final al consumidor (venta al mercado meta). El fabricante tendrá que decidir en dicho plan estratégico para esos dos mercados: (i) si contará con un canal de distribución directo, indirecto o mixto; (ii) si adelantará una estrategia pull, push o mixta; (iii) si va contar con un canal de distribución indirecto corto o indirecto largo; (iv) si las actividades de promoción serán adelantadas de manera directa en su totalidad por el fabricante o encomendadas o con la ayuda del canal de distribución quien desarrollará y ejecutara parte o la totalidad de la estrategia diseñada por el fabricante con la directrices y supervisión de éste; (v) o si la estrategia será venderle al mayorista y éste se encargará con su propia estrategia comercial, sin ningún tipo de encomienda para ejecutar la estrategia comercial del fabricante, siendo el distribuidor tan solo un comerciante que compra para revender y que en adelante él crea su propio plan, sin avales o autorizaciones del fabricante.

Con lo anterior queda descrito bajo la ciencia o arte el significado técnico de "promoción" y sus instrumentos, así como la mezcla promocional de acuerdo con la estrategia adoptada, bien sea de pull, push o mixta.

Cabe anotar que todo lo dicho se presenta dentro de mercados en donde una empresa pretende "el crecimiento", el cual depende de dos grandes variables:

i) Posicionamiento de la marca, el cual significa que en la mente del consumidor está grabada una denominación (signo) que él tendrá en cuenta al momento de hacer su mejor elección dentro de un abanico de posibilidades que le ofrece el mercado, haciendo labores de mantenimiento y permanencia<sup>28</sup>; y

ii) Penetración del mercado, lo que significa es que esté posicionada la marca o no, el producto llegue a la mayor cantidad de mercados donde pueda entrar, estando presente con todo el catálogo de productos de una empresa<sup>29</sup>.

28 Cfr. ESPINOSA, ROBERTO. Posicionamiento de marca, la batalla por tu mente. Disponible en: <https://robertoepinosa.es/2014/09/15/posicionamiento-de-marca-batalla-por-mente>

29 Cfr. MARTINEZ, JONNY. Estrategia de penetración de mercado. Disponible en: <https://www.liderazgoymercadeo.co/estrategia-de-penetracion-del-mercado/>

Una marca puede estar posicionada pero no penetrada, o de forma inversa, penetrada pero no posicionada. Para el crecimiento de una empresa, es necesario que esté posicionada y penetrada. El posicionamiento a través de labores o actividades de promoción, y la penetración a través de actividades de distribución.

Por último, es necesario indicar que los mercados son factibles de ser segmentados de acuerdo con el universo de personas que se agrupen de conformidad con sus identidades y diferencias. La esencia de la segmentación es que los integrantes del grupo tengan características homogéneas, de lo contrario el sujeto diferente pertenece a otro segmento de mercado<sup>30</sup>.

## B. EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL BAJO LA ÓPTICA DE LA CONTABILIDAD

Culminada la descripción de un escenario de marketing que permita entender la situación, es ahora necesario hacer lo mismo con la ciencia contable.

Teniendo en cuenta que dentro del régimen jurídico del contrato de agencia comercial aparecen figuras como remuneración (art. 1.322 c.co), reembolsos de gastos (art. 1.323 c.co), utilidades, regalía y pago (art. 1.324 c.co), resulta necesario encontrar su entendimiento en la ciencia contable, sin desconocer la existencia del Decreto 2649 de 1.993<sup>[31]</sup>, que contiene definiciones legales contables.

La contabilidad es la ciencia que estudia los procesos a través de los cuales se reconocen los hechos económicos y su incidencia en la situación financiera de los entes económicos. En este sentido, la contabilidad se encarga de registrar (reconocer), estudiar, medir y analizar el patrimonio de las personas (entes económicos), presentando la información expresada en unidades monetarias. Por medio de ella se evidencia las transacciones efectuadas por el ente económico y ciertos eventos económicos todos ellos identificables y cuantificables en su momento. La finalidad de la contabilidad es suministrar información en un momento dado sobre los resultados obtenidos durante un período de tiempo<sup>32</sup>.

La contabilidad se desarrolla a través de cuentas que reflejan: i) los activos; ii) los pasivos; iii) el patrimonio; y, iv) los resultados. Podrá utilizarse otras cuentas para reflejar las obligaciones contingentes. Los activos reflejan los

30 Cfr. STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999, pp. 172-173.

31 Decreto 2549 de 1993. Estatuto Contable.

32 Cfr. MORA ROA, GUSTAVO. Dinámica económica y contabilidad internacional: un enfoque histórico. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1393/contabilidad-ciencia.html>.

bienes y derechos que tiene la empresa<sup>33</sup>. Los pasivos dan cuenta de las obligaciones a favor de terceros. El patrimonio evidencia el capital (propiedad de los accionistas) y las utilidades pertenecientes a los propietarios<sup>34</sup>. Las cuentas de resultado reflejan las ventas y/o los ingresos, así como los costos y gastos en que incurre el ente económico para desarrollar su objeto social<sup>35</sup>. Las cuentas de contingencia (cuentas de orden) muestran las responsabilidades que adquieren los entes económicos al recibir o entregar bienes en custodia (sin cambio de propietario), como en el caso típico de las mercancías entregadas en consignación o las responsabilidades de litigios en curso (aún sin finiquitar) que pudieran llegar a afectar el patrimonio o los resultados del ente económico<sup>36</sup>.

Toda transacción identificable y cuantificable debe afectar las respectivas cuentas de activo, pasivo, ingresos, costos y gastos, (las cuentas de orden o contingentes), en forma de partida doble, lo cual significa, por ejemplo, que ante el aumento de un activo se genera, o un aumento del pasivo (como cuando se compra a crédito), o se genera la disminución de otro activo (como en el pago de una compra en efectivo).

No obstante, también pueden presentarse hechos que son identificables más NO cuantificables en determinado momento, pero que sí agregan o disminuyen valor al ente económico a un empresario, tales como la incidencia o el resultado de un pregonero de productos (venta personal) que a futuro puede generar mayores ingresos, posicionamiento de marca, etc., a un empresario, (posicionamiento, art. 1324 c.co. Inc. 2) o, en la vía contraria, pérdida de mercado o mala imagen (Ley 256 de 1996, art 12, descredito). Estos hechos sólo son registrables en momentos especiales y bajo técnicas especiales de valoración de empresas, que tienen en cuenta como insumos partidas contables, pero adicionalmente deben tener en cuenta otros insumos, por ejemplo, el good will o la duración de un contrato del que depende una empresa, situación que nunca se encuentra contabilizado en los estados financieros.

Así mismo, existen otros hechos económicos que no son cuantificables hasta el momento de su ejecución, como ocurre con los servicios prestados por una empresa (actividad de promoción bajo venta personal), los cuales hasta tanto no se presten no existen en el mundo contable, no obstante, la

33 Cfr. PALLEROLA COMAMALA, JOAN. Contabilidad básica. Bogotá: Ediciones de la U, Starbook, 2013, p. 15.

34 Cfr. MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Domingo. Contabilidad financiera (recurso electrónico): teoría y ejercicios prácticos: adaptada al Plan General de Contabilidad R.D. 1514/2007 y R.D. 1515/2007 para Pymes. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 23-24, 32.

35 Cfr. EOI. Finanzas. El plan financiero. En: Proyecto de negocio. Disponible en: [https://www.eoi.es/wiki/index.php/Finanzas.\\_El\\_Plan\\_Financiero\\_en\\_Proyectos\\_de\\_negocio](https://www.eoi.es/wiki/index.php/Finanzas._El_Plan_Financiero_en_Proyectos_de_negocio)

36 Cfr. ANGULO GUIZA, URIEL GUILLERMO. Contabilidad financiera: incluye NIIF. Bogotá: ediciones de la U, 2017, pp. 46-47.

realidad económica de su existencia en cuanto la capacidad instalada que tiene un comerciante para prestarlos. Es estos, a diferencia de los bienes tangibles que pueden ser contabilizados en inventarios, los servicios no se contabilizan hasta su prestación efectiva, precisamente por su intangibilidad material antes ser prestados.<sup>37</sup>

Por otra parte, en la contabilidad es indispensable el proceso de la partida doble,<sup>38</sup> con lo cual se está reconociendo los aumentos o disminuciones del activo o del pasivo, así como los efectos entre los costos, los gastos y los ingresos que generan la utilidad. Las transacciones comerciales se reflejan en la contabilidad por medio de asientos, utilizando la partida doble, o el método de Débito y Crédito.

Débito	Crédito
Aumenta activo y costos y gastos, o disminuye pasivo o patrimonio	Aumenta pasivo o disminuye activo, o aumenta los ingresos o patrimonio

Para dar claridad se expone el siguiente ejemplo. La compra de un computador en dos millones de pesos (\$2.000.000). El asiento registraría un débito por ese valor que incrementa la cuenta de activos fijos y la partida doble sería un crédito a la cuenta que disminuye otro activo, que es la cuenta de caja o bancos<sup>39</sup>.

Cuenta	Débito	Crédito
Activos fijos	\$2.000.000	
Caja o bancos		\$2.000.000

Otro ejemplo, es la contabilización de una compra de mercancía para la reventa, adquirida, donde se aplica el siguiente movimiento contable:

37 Código Civil. Artículo 653.

38 "Artículo 56. Asientos. Con fundamento en comprobantes debidamente soportados, los hechos económicos se deben registrar en libros, en idioma castellano, por el sistema de partida doble". Decreto 2649 de 1993. Estatuto contable

39 Para mayor claridad, en los ejemplos que se adelanten sólo se mostrará asientos contables simples de algunas transacciones. No se utilizará códigos de cuentas ni se registrarán los impuestos tales como retención en la fuente e IVA.

*Contabilidad del que compra con descuento*

Cuenta	Débito	Crédito
Mercancía comprada para la venta	\$2.000.000	
Descuento en compra de mercancía		\$200.000
Caja o bancos		\$1.800.000

Para la venta de una mercancía con descuento, se adelanta el siguiente asiento:

*Contabilidad del que vende con descuento*

Cuenta	Débito	Crédito
Caja y bancos	\$1.800.000	
Descuento en venta	\$200.000	
Ventas		\$2.000.000

Finalmente, el resultado entre ingresos, costos y gastos genera utilidad o pérdida, hecho que se debe reflejar como incremento o disminución en la cuenta del Balance General denominada patrimonio. Para reflejar estos movimientos se registran las ventas (ingresos) y las compras y gastos (egresos) conformando el Estado de Resultados. Así, el efecto de los asientos contables que aumentan el activo o disminuyen el pasivo se aprecia en el Balance General.

De esta manera la ciencia contable trata el contrato de agencia comercial, ahora analicemos este contrato bajo la óptica del derecho

C. EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO

De conformidad con el artículo. 1.317 Código de Comercio:

*"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".*

Como se mencionó con anterioridad, dentro de la definición legal de agencia comercial, existen, entre muchas, dos clases de agencia comercial: (i) agencia comercial donde un distribuidor adelanta actividades por encargos para

"promover" productos de otro empresario; o (ii) agencia comercial donde un distribuidor adelanta actividades por encargo para "explotar negocios" de otro empresario.

Estas dos clases de agencia comercial legales son independientes y se pueden adelantar por sí solas, pues el legislador las diferenció al incluir dentro de la redacción de la norma la vocal "o"<sup>40</sup>. En una de las clases se "encarga" actividades de "promoción" y, en la otra, se "encarga" actividades de "explotación de negocios".

Por la mecánica de los mercados, se han venido creando modelos o clases de agencia comercial novedosas que tiene su origen en la fusión de contratos coligados o en los contratos complejos o mixtos. Estas dos figuras se diferencian así: (i) Cuando se trata de una coligación, se crea una pluralidad de negocios en diferentes cuerpos que en su unión, desde su origen y en su fin, conllevan a un solo cuerpo teleológico y funcional<sup>41</sup>, y (ii) se habla de contratos complejos o mixtos, cuando no se trata de una pluralidad de negocios, sino de la combinación, en un solo cuerpo de contrato, de diferentes prestaciones con elementos esenciales propios de múltiples negocios, donde se interrelacionan obligaciones y prestaciones de diferentes contratos entre las partes de la *obligatio*<sup>42</sup>.

40 "Conj. disyunt. Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. *Antonio o Francisco. Blanco o negro. Herrar o quitar el banco. Vencer o morir*". Diccionario de la Real Academia Española.

41 "en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral). El nexo de dependencia puede, además, derivar, ya de un concurso simultáneo, ya de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico. En especial pueden darse: a) una coligación de índole genética, modificatoria o extintiva, que se manifiesta en el hecho de que un negocio ejerce su influencia en la formación, en la modificación o en la extinción del otro; b) una coligación de índole funcional y efectual, que se manifiesta no sólo en el hecho de que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida del otro, sino, más generalmente, en el hecho de que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado común; c) una coligación de índole, por así decirlo, 'mixta', o sea al mismo tiempo genética y funcional". BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO y NATOLI, UGO. Derecho civil, t. I, vol. II, trad. esp. de Hinestrosa, Fernando. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 942.

42 "A este propósito, memorase, la regulación de algunos tipos contractuales por la ley, y de otros, por los usos y prácticas del tráfico jurídico, esto es, los contratos con estructura y disciplina normativa (tipicidad legal) o social (tipicidad social), los carentes de ordenación (atípicos) por su genuina aparición, totalmente primaria o, por combinación o mezcla de diversas categorías típicas cuyos elementos esenciales se unen para formar un contrato diverso o por la unión de elementos esenciales de algunos contratos típicos con otros originarios o simplemente por la creación de elementos nuevos, esto es, resultantes de la conjunción de elementos o prestaciones de una o varias categorías típicas constituyendo un tipo único y unitario –contrato mixto– ya con una contraprestación unitaria a cambio de obligaciones distintas correspondientes a diferentes tipos contractuales –contratos "gemelos"– ora de dos tipos donde las prestaciones de una de las partes corresponden a uno de éstos y las de la otra a otro distinto –contratos de "doble tipo"– (cas. civ. 22 de octubre de 2001, [SC-198-2001], exp. 5817; G. de Nova, *Il tipo contrattuale*, pp. 174 ss.; F. BUSNELLI, *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983;

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha admitido, como fue expuesto con anterioridad, que la agencia comercial puede convivir con otros contratos, como por ejemplo con la compra para la reventa, bajo la estructura de una coligación o bajo otras figuras como el contrato mixto o complejo, los cuales fueron diferenciados atrás. Son muchos los fallos que así hacen ver ese camino y la figura<sup>43</sup>.

De esta forma nuestra Suprema Corte de Justicia ha sido enfática en permitir que la agencia comercial esté ligada o conexas a contratos de compraventa para la reventa de productos, pudiendo sobrevivir y coexistir las dos instituciones contractuales entre dos sujetos, estando cada una regulada por su normatividad en lo que sea atinente en cuenta a obligaciones y derechos.

En este punto es importante hacer referencia a los elementos de la agencia comercial, para lo cual se desarrollarán cinco (5) de ellos: (i) encargo; (ii) para promover; (iii) por cuenta ajena; (iv) de forma independiente; y (v) negocio remunerado.

Por "encargo", se entiende: "1. tr. Encomendar, poner algo al cuidado de alguien". Así mismo, por encomendar se entiende "1. tr. Encargar a alguien que haga algo o que cuide de algo o de alguien. 2. tr. Dar encomienda, hacer comendador a alguien". (Significado natural de las palabras, art. 28 c.c). Es decir, hacer la tarea que le corresponde a otro.

Costanza, *Il contratto atípico*, Milano, 1981, pp. 2 y ss.)<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de junio de 2009. Rad: 05001-3103-009-2002-00099-01. M.P. William Namén Vargas.

43 *"Es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos, razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca"*. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de julio de 2005. Expediente n.º 0243-01 M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; También ver *"Lo relevante es que su abono por sí solo resulta insuficiente para perfilar el negocio jurídico de agencia comercial invocado, como exiguo es, al mismo propósito, el acuerdo para compra y posterior distribución de algunos productos elaborados por la demandada, porque como sostuvo la Corte en reciente ocasión en un caso análogo "...la compra de libros para la reventa resulta ser poco para de allí derivar la existencia del contrato de agencia comercial"*. Sentencia del 14 de diciembre de 2005. Expediente n.º 11001-3103-023-1997-24529-01 MP. Jaime Arrubla Paucar; Lo mismo ver: *"Desde luego que valdría la pena reexaminar qué es lo crucial en la caracterización del contrato de intermediación comercial en disputa: la propiedad sobre los bienes en tránsito durante el proceso de intermediación que el agente cumple, o el intangible que deriva el empresario del estímulo a la clientela, el mercado que le crea a sus productos cuando actúa como distribuidor, al margen de quien sea el dueño de ellos"*. Sentencia del 14 de diciembre de 2005. Expediente n.º 11001-3103-023-1997-24529-01. MP. Jaime Arrubla Paucar; en el mismo sentido, *" (...) luego para salir victorioso en su aspiración el recurrente tenía que desarrollar una labor mucho más exigente, que necesariamente lo apremiaba a comprobar que en el mencionado convenio se conjugan los elementos esenciales de contrato de agencia comercial (...) en especial la labor de promoción, de conquista de mercados para los productos agenciados, medular en ese tipo de negociación, puesto que en eso consiste la obligación principal que asume el agente"*. Sentencia del 14 de diciembre de 2005. Expediente n.º 11001-3103-023-1997-24529-01. MP. Jaime Arrubla Paucar.

No existe formalidad para la existencia del encargo (mandato), creado dentro del momento en que se inició la relación jurídico-negocial o posteriormente (1.622 c.c). El encargo (entendido la encomienda que se le da a alguien), en cuanto a su nacimiento dentro del derecho puede darse de manera expresa o tácita. En cuanto al nacimiento tácito del encargo existe norma especial que lo autoriza y así en el artículo 2.149 del Código Civil, se indica: *"el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra"*. (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, el artículo 2.150 Código Civil indica que *"el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes"*. (Subrayado fuera del texto original)

Bajo tal contexto, el "encargo" o encomienda o realización de la tarea del otro a través del encargado, que es el objeto del mandato y por ende de la agencia comercial, puede ser tácito o expreso.

El otro elemento que se debe observar es "promover". Como se señaló en el acápite de marketing, el concepto debe ser entendido como se profesa dentro de su ciencia. En la actividad del marketing la promoción hace parte de la mezcla de marketing denominada las cuatro P, siendo la promoción en la numeración la cuarta P (4° P). Allí se indica que promoción es la actividad o tarea que adelanta el fabricante para comunicar sus marcas, posicionadas o no, utilizando los instrumentos promocionales (publicidad, relaciones públicas, venta personal, elementos promocionales). Estos instrumentos se desarrollan de forma individual o en su conjunto de acuerdo con la estrategia de mercado que decida el fabricante de acuerdo con lo decidido internamente (pull, push o mixta). Cada uno de los instrumentos de la promoción fue definido atrás.

Se debe recordar que la promoción no implica venta (explotación de mercado). La promoción es un impulso o comunicación para la posterior venta, por tanto, la actividad de promoción no requiere para su existencia "la concreción de la venta", pues por ejemplo puede existir "promoción" de un producto, pero "no venta" (costo hundido)<sup>44</sup>, lo cual no le resta existencia a la agencia para promover.

Por otra parte, es importante resaltar que es muy diferente la situación donde la promoción de un producto en su estrategia, desarrollo y ejecución sea creación del distribuidor, a la situación donde el distribuidor comience a vender sus propios productos bajo las directrices promocionales, encargos y encomiendas del fabricante. Son dos supuestos completamente distintos, y por

44 Un costo hundido es aquel en el que ya se ha incurrido independientemente de si se realiza o no el proyecto.

ello deben tener tratamientos diferentes, de lo contrario no serían distintos. Es diferente cumplir la tarea propia que la tarea ajena. En este estado vale la pena resaltar el concepto jurídico de "agotamiento de marca"<sup>45</sup>, sistematizando el derecho escrito por nuestro legislador, pues ello brinda muchas luces para estos temas<sup>46</sup>.

Ahora, resulta de la mayor importancia indicar que el encargo para promover puede ser bajo modalidades coligadas o complejas, como cuando: (i) se encomienda al distribuidor el estructurar la estrategia promocional del empresario sumándole la actividad de ejecución de esa estrategia, (ii) o cuando tan solo encomendarle al distribuidor la ejecución de la totalidad o parte de la promoción estructurada por el fabricante. Destacando que la actividad que exige el artículo 1.317 del código de comercio para su configuración es encomendarle la ejecución de promover, más no la estructura de la estrategia.

El siguiente elemento que corresponde analizar es "por cuenta de". Jurídicamente se entiende que la actividad es por cuenta del empresario porque éste recibe los beneficios y pérdidas de la actividad encargada (art. 1.265 c.co.). Como se expresó dentro del acápite contable, puede presentarse hechos que son identificables más NO cuantificables en determinado momento pero que sí agregan o disminuyen valor al ente económico de un empresario, tales como la incidencia o el resultado de un pregonero de productos (venta personal) que a futuro puede generar al empresario mayores ingresos, posicionamiento de marca, etc., (art. 1324 c.co.), o pérdida de mercado o mala imagen (art. 12 de la Ley 256 de 1996–des crédito).

Estos hechos sólo son registrables en momentos especiales y bajo técnicas especiales de valoración de empresas, que tiene en cuenta para su desarrollo partidas contables, pero también otros insumos que no se contabilizan, como por ejemplo good will, que nunca se encuentra contabilizado en los estados

45 Decisión Andina 486 de 2000, art. 158, aplicable en Colombia.

46 "Ahora bien, el derecho de exclusividad que la marca confiere al titular de la misma, pese a su consideración de derecho de mono polio, no es un derecho de carácter absoluto sino relativo. Se trata por tanto de un derecho limitado objetiva y subjetivamente. El límite objetivo viene constituido por la doctrina del agotamiento del derecho de marca, objeto de estudio en este trabajo, que circunscribe el derecho de exclusividad a la primera puesta en circulación en el mercado, por el titular o con su consentimiento, del producto portador de la marca. Esta delimitación que del derecho de exclusividad de marca hace la doctrina del agotamiento, implica que el titular de la marca o su licenciatario, no podrá controlar ni prohibir los ulteriores actos de comercialización que del producto portador de marca auténtica hagan los terceros. Quedan así garantizados, los principios de libre competencia y libre circulación de mercancías portadoras de marca auténtica. La consecuencia a la que nos acabamos de referir, se concreta en que el titular de la marca o su licenciatario, no podrá controlar el precio de los productos en las comercializaciones posteriores ni determinar las ulteriores modalidades de comercialización, así como tampoco podrá impedir la utilización de la marca con fines publicitarios". COLMENERO GARCÍA, MARÍA DOLORES. El agotamiento del derecho de marca. Problemática en torno al ámbito territorial del mismo: ¿agotamiento comunitario? o ¿agotamiento internacional? Disponible en: [http://www.fundacionruizfunes.net/ver\\_articulo.php?articulo=126](http://www.fundacionruizfunes.net/ver_articulo.php?articulo=126).

financieros por ser un intangible o como la marca de una empresa que contiene un derecho del titular sobre una denominación, un gráfico, un sonido u otras.

Así mismo, existen otros hechos económicos que tampoco son cuantificables hasta el momento de su ejecución, como ocurre con los servicios prestados por una empresa previos a su venta (actividad de promoción bajo venta personal), los cuales hasta tanto no se presten no existen en el mundo contable, no obstante, la realidad económica de su existencia en cuanto la capacidad instalada que tiene un comerciante para prestarlos. Ejemplo los abogados, médicos, contadores, que ejercen su profesión liberal como actividad mercantil.

Bajo tal entorno, la prueba contable en algunos casos resulta ser corta para definir la existencia del elemento "por cuenta de", en el que se busca definir si los beneficios o perjuicios de la actividad los obtuvo el empresario que le encomendó la promoción a un agente. Pues puede ocurrir que el beneficio esté representado en hechos que han agregado valor a la compañía como el good will y/o la penetración de mercado, que también agrega valor, pero que solo se perciben cuando son valorados y activados en los estados financieros por parte del empresario, siendo hasta ese momento invisibles pero no inexistentes, lo cual no es excluyente, como ocurre en el derecho, con las "marcas", que existen pero no se contabilizan hasta que se valorizan para la cesión, y solo se ven sus valores utilizando técnicas especiales de valorización. Esto en derecho probatorio significa que, si una prueba es corta, no puede ser tenida en cuenta como absoluta, y por ello, tampoco puede ser tratada en la práctica como tarifa legal, conservando el juez comportamiento de sana crítica, y allí mandatos constitucionales donde lo sustancial está por encima de lo formal<sup>47</sup>, sin ir a vulnerar el art. 29 de la Constitución Política.

El siguiente elemento es que el agente actúe "de forma independiente" se entiende que el agente es independiente porque adelanta la actividad encomendada con sus propios recursos, pero por cuenta del otro. Por ello, el art. 1.323 del Código Comercio indica que "*Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a rembolsar al agente los gastos de la agencia*", que concordante con el artículo 1.265 Código Comercio, significa que el agente no podrá cobrar los gastos de su gestión, salvo estipulación previa.

Por último, debe tratarse el elemento "Remunerado", puesto que el art. 1.322 Código Comercio, indica que "*El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio*". (subrayado fuera del texto original)

Al respecto, el autor considera que la "remuneración" es un derecho consecucional a la existencia del negocio, que nace en un momento posterior al

47 Código General del Proceso, Artículo 11.

nacimiento de la agencia comercial, puesto que el derecho a la remuneración nace por la existencia del contrato, caso contrario no tendría derecho a ella. En tal sentido se trata de un elemento natural del contrato (art. 1.264 y art. 1.322 c.co) que, como tal, se entiende que está pero que puede ser renunciado, de acuerdo con el art. 2.243 Código Civil., donde aparece que el mandato puede ser gratuito o remunerado.

En ese orden jurídico de las normas transcritas en el párrafo anterior, la remuneración dentro del contrato de agencia comercial es: (i) tan solo un elemento natural o (ii) tan solo un derecho posterior a la existencia del contrato, y que su presencia o no presencia para nada afecta el análisis de existencia o inexistencia jurídica de la agencia comercial, dado que es un elemento esencial de dicho tipo contractual.

Vale la pena también indicar que lo dicho respecto de la renuncia a la remuneración no cubre la suerte de la indemnización de la agencia comercial, en caso de ser esta procedente dentro de un conflicto, pues validar, amparar o permitir la renuncia a cobrar indemnizaciones por daños que se puedan sufrir en un futuro sería como condonar el dolo, ya que se autoriza a alguien a comportarse inadecuadamente contra el recto actuar que la sociedad espera, fundado en mandatos constitucionales de buena fe, particularmente en materia contractual, con óptica de buena fe objetiva. Lo anterior más reprochable si dicha renuncia a indemnización, cesantía o remuneración se adelantó bajo cláusulas abusivas, desequilibradas, injustas o desproporcionadas, donde ante la premura, apuro, o falta de elasticidad de la demanda de quien la consiente, hacen pensar en el abuso.

Después de todo el análisis de los elementos de la agencia comercial que se ha hecho, la descripción de agencia comercial para promover productos podría expresarse de la siguiente manera:

Agencia comercial al distribuidor para promocionar productos sería: la encomienda, por naturaleza remunerada, al distribuidor por parte del empresario para ejecutar de forma independiente la actividad de comunicación al público de la disponibilidad en el mercado de unos productos o unos servicios para la venta, a través de alguno de los instrumentos de la promoción (publicidad, relaciones públicas, venta personal, elementos promocionales), de acuerdo con la estrategia comercial diseñada por el empresario, o diseñada por el distribuidor cuando aparte de la ejecución de la promoción, o de parte de ella, también le encomienda la estructuración de esa actividad, bien sea ésta un pull, un push o la combinación de las dos, cuyos resultados de beneficio o pérdida son recibidos por el empresario agenciado, los cuales no siempre se ven reflejados en los estados financieros contables, sino en otras partes, por ejemplo, en la valoración de la compañía o en el descredito, pudiendo renunciar el distribuidor a la remuneración y cesantía, siempre que su inclusión

no sea abusiva, que llevaría a estudios de nulidad, conservando su derecho a ser indemnizado si le causa daño con dolo (culpa grave).

#### IV. MODALIDADES DE AGENCIAS COMERCIALES

Terminada la construcción comentada, es indispensable volver a las clases de agencias comerciales señaladas atrás, combinando las dos clases de agencias comerciales legales comentadas (de "promoción" o de "explotación de negocios"), y la otra clase de agencia comercial avizorada por la Suprema Corte de Justicia (compra para la reventa con encargo de promoción), para definir los movimientos contables que se presentan en las tres clases:

(i) Primera clase del contrato de agencia comercial: Agencia comercial donde se le encarga al distribuidor labores de promoción de bienes o servicios de bienes ajenos.

En este caso lo único que se encomienda es la actividad o servicio de promoción (comunicación al mercado), pero los bienes nunca salen de los inventarios del fabricante, o sea no existe explotación de negocios. Es la mera promoción, sin más actividades atadas.

Primero bajo la premisa que fuera el fabricante quien directamente adelantara la promoción de los registros contables serían así:

*Contabilidad del fabricante si él fuera quien adelantara la promoción de sus productos*

Cuenta	Débito	Crédito
Gasto de promoción	\$3.000.000	
Caja o Bancos		\$3000.000
El fabricante pago directamente toda su promoción		

Pero si el fabricante encarga la promoción a un tercero el registro contable sería:

*Contabilidad del fabricante si él encargara al distribuidor adelantar la promoción*

Cuenta	Débito	Crédito
Gasto de promoción	\$3.000.000	
Cuenta por pagar al distribuidor		\$3.000.000
El fabricante encargó la promoción al agente		

Cuenta	Débito	Crédito
Cuentas por pagar al distribuidor	\$3.000.000	
Caja y bancos		\$3.000.000
El fabricante rembolsa los gastos de promoción al distribuidor		

La contabilidad del distribuidor a quien se le encomendó la promoción reflejaría el siguiente movimiento:

*Contabilidad del distribuidor a quien le encargan la promoción*

Cuenta	Débito	Crédito
Cuenta por cobrar al fabricante por concepto de promoción	\$3.000.000	
Caja o Bancos		\$3000.000

(ii) Segunda clase del contrato de agencia: Agencia comercial donde se le entregan al distribuidor los bienes en consignación y se le encarga a ese mismo distribuidor labores de promoción sobre esos bienes ajenos. En este caso se le entregan los bienes del fabricante al distribuidor, pero en consignación, para que el distribuidor adelante la promoción del negocio.

Son dos formas de contabilización posible de conformidad con lo acordado por las partes: (a) si acordaron que los bienes son entregados en consignación y al tener ya la venta casi cerrada a un cliente, el distribuidor lo compra, y él mismo lo revende. O sea, la actividad de promoción es con lo ajeno (encargo para promover), pero la venta al cliente ya es con bienes propios, pues los adquirió antes de cerrar la venta al cliente; o (b) que el distribuidor efectivamente esté vendiendo el bien de un tercero (encargo de explotar negocios).

En el primer caso los registros serían:

Asiento cuando entrega el fabricante la mercancía al consignatario:

*Contabilidad del fabricante*

Cuenta	Débito	Crédito
Inventario de mercancía entregada en consignación	\$5.000.000	
Inventario de mercancías		\$5.000.000
Registra el traslado de la mercancía del fabricante a las bodegas del distribuidor (agente)		

Asiento cuando el distribuidor recibe la mercancía en consignación de manos del fabricante:

*Contabilidad del distribuidor*

Cuenta	Débito	Crédito
Inventarios de mercancía propiedad de terceros	\$5.000.000	
Obligaciones contingentes		\$5.000.000
Registra el recibo de la mercancía en consignación, reconociendo una contingencia de que pueda ser vendida o devuelta.		

Ahora, en el supuesto que venda la mercancía, debe registrar el momento. Estos serían los asientos contables cuando el distribuidor informa la venta de la mercancía de propiedad del fabricante.

*Contabilidad del fabricante*

Cuenta	Débito	Crédito
Cuenta por cobrar por venta de mercancía en consignación	\$4.000.000	
Ingreso por venta de mercancía		\$5.000.000
Descuento (remuneración Art. 1323 c.co) \$1.000.000		
Registra la factura de venta elaborada a nombre del distribuidor y reconoce la remuneración por la gestión del agente.		

Por último, el asiento contable del distribuidor cuando compra la mercancía y recibe la remuneración, si es esta la modalidad que adoptaron, esto es, que el distribuidor compra al fabricante el bien en consignación, y registra esa compra antes de venderla él al consumidor:

*Contabilidad del distribuidor*

Cuenta	Débito	Crédito
Obligaciones contingentes	\$5.000.000	
Inventarios de mercancía propiedad de terceros		\$5.000.000

Compra de mercancía para la venta	\$5.000.000	
Cuenta por cobrar por venta de mercancía \$5.000.000		
Ingreso por ventas de mercancías		\$5.000.000
Cuenta por pagar por compra mercancía		\$4.000.000
Descuentos (remuneración art. 1323 c.co) otorgados por el fabricante		\$1.000.000

(iii) Tercera clase del contrato de agencia con: Agencia comercial donde se presenta compra para la reventa por parte del distribuidor y se le encarga a ese distribuidor labores de promoción, bajo formas de coligación o complejas o mixtas (creación jurisprudencial)<sup>48</sup>.

Primero bajo la premisa que fuera el fabricante quien directamente adelantara la promoción y venta del producto, es decir, bajo distribución directa y adelantando él todos los elementos de la promoción y de la posterior venta del producto bajo su propio actuar.

*Contabilidad del fabricante*

Cuenta	Débito	Crédito
Gasto de promoción	\$1.000.000	
Caja o Bancos		\$1.000.000
El fabricante pagó directamente toda su promoción		

Cuenta	Débito	Crédito
Caja y Bancos	\$5.000.000	
Ingreso por venta de mercancías		\$5.000.000
El fabricante vende directamente a un cliente sin intermediario		

Si se encarga al distribuidor para labores de promoción, vendiéndole a esa misma persona los productos para la reventa (coligados o mixtos o complejos) otorgando descuento, la contabilidad del fabricante sería:

48 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 6 de Julio de 2005. Exp. n°. 0243-01. M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno.

*Contabilidad del fabricante*

Cuenta	Débito	Crédito
Cuenta por cobrar por venta de mercancía al distribuidor	\$4.000.000	
Ingreso por venta de mercancía		\$5.000.000
Descuento \$1.000.000		
Registra la factura de venta elaborada a nombre del distribuidor.		

Por su parte, los asientos contables del distribuidor por este movimiento serían:

*Contabilidad del distribuidor*

Cuenta	Débito	Crédito
Cuenta por pagar por compra de mercancía		\$4.000.000
Inventario de mercancía	\$5.000.000	
Descuento		\$1.000.000
Reconoce el descuento.		

Las labores del distribuidor por servicio de "promoción" (coligado o complejo o mixto a la compra para la reventa), será registrada así:

Cuenta	Débito	Crédito
Gastos de promoción o pagos a empleados o servicios de personal (pregonero)	\$1.000.000	
Caja y Bancos		\$1.000.000
Reconoce el pago de sus gastos operacionales como distribuidor.		

**CONCLUSIONES**

Aún existen muchos temas que deben ser abordados por la jurisprudencia y los laudos, se debe impedir que las ganas de ser futuristas acaben con un contrato que cuida el verdadero mercado latinoamericano, el cual se distingue por ser

un mercado no de productores, sino de distribuidores. En este camino, se debe impedir que las grandes empresas extranjeras se apropien del trabajo de penetración y posicionamiento adelantado por el distribuidor. Impedir que la siempre sea recogida por quien no sembró.

## BIBLIOGRAFÍA

### NORMATIVIDAD

Colombia. Congreso de la República. Ley 84 (26 de mayo, 1973). Por la cual se expide el Código Civil.

Colombia. Ministerio de Justicia. Decreto 410 (27 de marzo, 1971). Por el cual se expide Código de Comercio.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1480 (12 de octubre, 2011). Por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 2649 (29 de diciembre, 1993). Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden principios o normas de contabilidad generalmente aceptados.

Comunidad Andina. Comisión de la Comunidad Andina Decisión Andina 486 de 2000. Régimen de propiedad industrial.

### JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de junio de 2009. Rad: 05001-3103-009-2002-00099-01. M.P. William Namén Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2005. Expediente n.º 11001-3103-023-1997-24529-01 MP. Jaime Arrubla Pauca.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil. Sentencia del 6 de Julio de 2005. Exp. n.º 0243-01. M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno.

### DOCTRINA

ANGULO GUIZA, URIEL GUILLERMO. Contabilidad financiera: incluye NIIF. Bogotá: ediciones de la U, 2017.

- BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO y NATOLI, UGO. Derecho civil, t. I, vol. II, trad. esp. de Hinestrosa, Fernando. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- COLMENERO GARCÍA, MARÍA DOLORES. El agotamiento del derecho de marca. Problemática en torno al ámbito territorial del mismo: ¿agotamiento comunitario? o ¿agotamiento internacional? Disponible en: [http://www.fundacionruizfunes.net/ver\\_articulo.php?articulo=126](http://www.fundacionruizfunes.net/ver_articulo.php?articulo=126).
- CRUZ HERRADÓN, ANA. Políticas de marketing. 1 ed. Bogotá: ediciones de la U, 2017.
- DE LA PARRA, ERIC. Estrategias de ventas y negociación. Citado por Salazar Becerra, Rosa María. Principios y teorías básicas de ventas. Ensayo. Disponible en: <https://www.gestiopolis.com/principios-y-teorias-basicas-de-ventas-ensayo/>
- EOI. Finanzas. El plan financiero. En: Proyecto de negocio. Disponible en: [https://www.eoi.es/wiki/index.php/Finanzas.\\_El\\_Plan\\_Financiero\\_en\\_Proyectos\\_de\\_negocio](https://www.eoi.es/wiki/index.php/Finanzas._El_Plan_Financiero_en_Proyectos_de_negocio).
- ESPINOSA, ROBERTO. Posicionamiento de marca, la batalla por tu mente. Disponible en: <https://robertoepinosa.es/2014/09/15/posicionamiento-de-marca-batalla-por-mente>.
- KOTLER, PHILIP; ARMSTRONG, GARY; SAUNDERS, JOHN; WONG, VERÓNICA. Principles of Marketing: European edition. New Jersey: Prentice Hall, 2002.
- MARTINEZ, JONNY. Estrategia de penetración de mercado. Disponible en: <https://www.liderazgoymercadeo.co/estrategia-de-penetracion-del-mercado/>
- MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL. Políticas de marketing: teórica y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MARTÍNEZ CARRASCO, RAFAEL DOMINGO. Contabilidad financiera (recurso electrónico): teoría y ejercicios prácticos: adaptada al Plan General de Contabilidad R.D. 1514/2007 y R.D. 1515/2007 para Pymes. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 23-24, 32.
- MORA ROA, GUSTAVO. Dinámica económica y contabilidad internacional: un enfoque histórico. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1393/contabilidad-ciencia.html>.
- PALLEROLA COMAMALA, JOAN. Contabilidad básica. Bogotá: Ediciones de la U, Starbook, 2013.
- STANTON, WILLIAM; ETZEL, MICHAEL; WALKER, BRUCE. Fundamentos de Marketig. 11 ed. México: McGraw-Hill / Interamericana editores, 1999.