

**Diferencias Sustanciales entre el Contrato de Agencia y el Contrato atípico de Distribución**

Teniendo en cuenta la *necesidad de distribución* en el proceso de comercialización de productos por parte de los empresarios, la cual puede ser satisfecha a través de diferentes figuras contractuales que tienen efectos o consecuencias legales de variada naturaleza, a través del presente documento queremos ilustrar de manera sintética acerca de la **diferencia sustancial** que de manera mayoritaria la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Justicia Arbitral han identificado entre el contrato de **Agencia Mercantil** en los eventos en que el agente actúa como distribuidor de productos de un empresario<sup>1</sup> y el **Contrato de Distribución**, figuras comúnmente utilizadas para satisfacer la necesidad de distribución de los empresarios, las cuales tienen diferencias sustanciales al momento de terminar el contrato.

Teniendo en cuenta jurisprudencia arbitral y de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>, podemos señalar que la *diferencia sustancial principal*<sup>3</sup> entre estas dos figuras contractuales, consiste en que en el contrato de Agencia Mercantil<sup>4</sup> el agente

promueve o explota negocios del Agenciado (Empresario) **por cuenta del Agenciado y no por cuenta propia**, al paso que en el Contrato atípico llamado comúnmente de Distribución<sup>5</sup>, el Distribuidor lleva a cabo negocios por cuenta y riesgo propio, y no por cuenta y riesgo ajeno.

Así las cosas, en el contrato de Agencia Mercantil encontramos que esa labor de promoción y/o explotación de negocios que realiza el Agente de manera independiente, estable y remunerada, la realiza por del cuenta del Agenciado<sup>6</sup>, lo cual significa que las consecuencias jurídicas, los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el Agente, así no sea representante del Empresario, se trasladan o deben trasladarse a la órbita patrimonial del Empresario, quien es el llamado a asumir los (i) riesgos de dichos actos tales y como la pérdida o no venta de la mercancía, la cartera morosa, así como (ii) las ventajas de las actuaciones y

---

*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”.*

---

<sup>1</sup> El Agente puede actuar en adición a como un distribuidor de un Empresario, como (a) representante de un empresario nacional o extranjero, o (b) como fabricante del mismo.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Esteban Jaramillo, 16 de marzo de 2006.

<sup>3</sup> Más no la única.

<sup>4</sup> Art. 1317 C. de Co. Definición del contrato de agencia comercial. “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de*

<sup>5</sup> El contrato comúnmente e impropriamente denominado de “Distribución” no se encuentra tipificado como tal en nuestra ley. Es en realidad un contrato de suministro con pacto de distribución, no obstante lo anterior, para los efectos del presente ensayo será referido como “Contrato de Distribución”.

<sup>6</sup> Las siguientes son las **características esenciales** del contrato de agencia mercantil:

1. Encargo de Promover o Explotar Negocios del Agenciado (Empresario).
2. Independencia en la actividad del Agente.
3. Estabilidad en la actividad del Agente.
4. Remuneración del Agente
5. Actuación por cuenta del Agenciado

# Holguín Neira & Pombo

## Abogados

operaciones realizados por el agente (v. gr. Aumento de precios)<sup>7</sup>.

De la siguiente manera ha sido señalada la anterior conclusión por la Justicia Arbitral:

*“El Tribunal comparte la posición según la cual el contrato de agencia es una de las formas específicas de mandato mercantil, razón por la cual el elemento **“actuación por cuenta ajena” es esencial a la agencia** ya que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1262 del Código de Comercio, la gestión del mandatario se lleva a cabo por cuenta del mandante. (...)*

*“Para el Tribunal son dos, específicamente, los criterios determinantes para la configuración del concepto que*

---

<sup>7</sup> Bonivento, José Armando. “Contratos Mercantiles de Intermediación”. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1999. p.p. 140 y 141. “... la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia, como aspecto primordial, a una consideración según la cual los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones efectuadas por aquél (...)

*“Aunque no podemos desconocer, obviamente, la seriedad de los planteamientos que sustentan la tesis según la cual el elemento de actuación ‘por cuenta de’ no es de la esencia del contrato de agencia mercantil, pensamos que la conclusión acertada es la contraria: la tipificación legal de la agencia comercial, entre nosotros, exige la actuación del agente por cuenta del agenciado.”*

*se comenta: (i) la atribución patrimonial de una determinada actuación, y, consecuente con la anterior, (ii) la identificación de quién ha de soportar los riesgos, o reportar las ventajas de una específica actuación jurídica”<sup>8</sup>.(negrillas fuera de texto).*

Sobre el particular es pertinente advertir que en virtud de lo establecido en el artículo 1331 del C. de Co.<sup>9</sup> cuando por la ejecución contractual se presentan todos los *elementos esenciales* atrás citados, se está en presencia de un contrato de agencia mercantil así las partes hayan denominado diferente dicho contrato, al cual se le aplicarán los efectos dispuestos en el artículo 1324 del C. de Comercio, consistentes en la obligación de (i) cancelar la **Cesantía Comercial** al finalizar el contrato, equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos 3 años, por cada uno de vigencia del contrato, y (ii) la obligación, en caso de terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del Empresario, de cancelar una **indemnización de perjuicios** que deberá ser tasada por peritos, como retribución al esfuerzo del Agente de acreditar una marca y/o productos, y de promoverlas.

En oposición a lo anterior, en el llamado Contrato de Distribución, los negocios realizados por el Distribuidor no se trasladan o deben trasladarse a otro, sino

---

<sup>8</sup> Laudo del 23 de febrero de 2007 proferido por los Árbitros David Luna Bisbal, Perdo Nel Escorcía Castillo y Sergio Muñoz Laverde, en un proceso instaurado por Punto Celular Ltda contra Comcel S.A.

<sup>9</sup> Art. 1331 del C. de Co.: “A la agencia de hecho se le aplicarán las normas de este capítulo.”

que éste de manera clara es quien asume las consecuencias de la celebración de dichos negocios, siendo suyos los riesgos de los bienes objeto de distribución, suya la cartera, y suyos son los beneficios tales como las ventajas de los aumentos de precios.