



**LA AGENCIA MERCANTIL:
Su ubicación en el mandato.**

*Doctor Jaime Arrubla Paucar
Profesor en la Facultad de Derecho U P B
de las cátedras: "Contratos Civiles" y
"Contratos Mercantiles"*

I — ANTECEDENTES.

La regulación de la materia de la agencia mercantil, bien desde el punto de vista del agente, o bien como figura contractual, es relativamente reciente en el mundo del Derecho. Con el auge de la industria y el comercio en la economía del siglo XIX, viene a aparecer esta figura en el campo del derecho mercantil.

La figura del agente, surge como resultado de otras ya existentes, a saber: los comisionistas, los mediadores y los auxiliares de Comercio. De los comisionistas tomó el carácter de comerciante autónomo, de los mediadores, su actividad mediadora y de los auxiliares de comercio su característica de permanencia. El antecedente inmediato de los agentes de comercio fue el agente viajero dependiente de su principal.

El mencionado auge del comercio que caracterizó el siglo XIX, coloca a los comerciantes en la necesidad de ampliar su radio de acción, y de una manera más estable y duradera, necesidad a la cual no responden los agentes viajeros que venían desempeñando la actividad de mantener y buscar mercados. Colocar entonces empleados dependientes en cada uno de esos lugares donde surgían necesidades de comercio, tampoco parecía ser lo más conveniente, ni lo más económico. Surge así, como impuesta a la necesidad la figura de un comerciante autónomo, que sirve de puente entre el empresario y ese mercado. No como un dependiente en el escalafón de los empleados del empresario, sino como un colaborador independiente. La retribución de ese comerciante se hace en proporción a las

utilidades de sus gestiones, con lo que se procura un incentivo para el agente, quién se interesará en mantener y ampliar el mercado.

La función de estos agentes es esencialmente comercial, se dedican a mediar en las ventas y a facilitarlas, haciendo unas veces coincidir la oferta y la demanda o procurando una nueva demanda.

En breve, los agentes son comerciantes de gran experiencia y conocimientos sobre el mercado en el cual concurren, hasta tal punto que el empresario, además de la utilidad ya señalada en el mercado de sus productos, recibe la asesoría y opinión, sobre líneas nuevas, las condiciones de la competencia, el mercadeo, etc., y frecuentemente es llamado a la misma empresa para consultarlo sobre estos tópicos. Todavía se hace más útil para los empresarios extranjeros, que desconocen la legislación y el comercio en los países donde quieren conquistar mercados, pues los agentes, les cumplen formalidades administrativas y aduaneras, actuaciones judiciales, cobro de cartera, registro de marcas, etc.

II. REGULACION LEGISLATIVA.

Por todas las anteriores razones, es lógico, que en aquellos países donde se acentuó el mencionado auge económico, aparezcan las primeras regulaciones legislativas, tendientes a reglamentar la actividad de este importante sujeto del comercio y controlar los abusos que se pudiesen cometer de parte y parte en el ejercicio de esta actividad.

Unos países reglamentan la materia desde un punto de vista subjetivo, con-

cretándose en la figura del agente de comercio, entre los cuales figuran Alemania y Francia, y otros desde un punto de vista contractual, regulan el contrato de agencia mercantil, como son Italia y Suiza, entre otras.

Unos y otros de acuerdo a sus instituciones y a la teoría de sus actos obligacionales, se preocupan por darle una existencia autónoma al contrato de agencia mercantil. También hay quienes encuadren la figura como sub-especies de otras ya existentes.

En Alemania, la ley de 6 de Agosto de 1.953, estudia la figura del HANDELSVERTRETER, a quien califica como un empresario independiente, al cual le confía otro empresario, la mediación o conclusión de negocios en nombre de este último. La independencia y la mediación o conclusión de negocios en nombre de un empresario, son las notas esenciales.

En Francia, el decreto de 23 de Diciembre de 1.958, define lo que son "los agentes independientes", que son propiamente los agentes comerciales en sentido estricto, ya que allí se conocen otras categorías de agentes. Al sentir de Ripert, lo que caracteriza a estos sujetos del comercio, es la nota de independencia en sus funciones. Nota que lo diferencia del agente asalariado y del representante de comercio, a quien considera en una situación de subordinación.

La legislación española, con marcada influencia de la legislación francesa en el campo comercial, en su código de comercio regula a los agentes de cambio y bolsa y los corredores de comercio, empleando la palabra "agente" en un sentido impropio y se presenta un

gran vacío al no regular el contrato de agencia mercantil.

El profesor Joaquín Garriguez, refiriéndose a la atipicidad del contrato de agencia mercantil, lo califica como un contrato mixto, ya que le encuentra elementos de otros tipos legales, como son el contrato de servicios y el contrato de comisión. (1)

La legislación Italiana como ya lo observamos, el código de 1.942, no define el agente, sino el contrato de agencia el cual contempla como una figura autónoma, completamente independiente de otras figuras contractuales, sobre la cual destacan los comentaristas italianos, como elementos esenciales, el hecho de conferir una parte y aceptar la otra un encargo estable, la ejecución del encargo a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma, el objeto del encargo, que ha de consistir en promover la conclusión de contratos y la retribución en favor del agente.

De otro lado el Código SUIZO también regula el contrato de agencia, e incluso define al agente así: "Agente es aquel que asume de manera permanente el compromiso de gestionar la conclusión de negocios para uno o varios mandantes, o de concluirlos en nombre y por cuenta de éstos, sin estar ligado a ellos por un contrato de trabajo". Indudablemente ubica al contrato de agencia dentro del ámbito del mandato, pero no obstante es necesario destacar, la falta de técnica con que la legislación suiza regula y estructura el contrato de mandato, al punto de regular el contrato de corretaje en el título del mandato, el cual aparece en la legislación italiana y en nuestra legislación, como una figura independiente y con

notas muy marcadas y diferentes a las del contrato de mandato.

III. LA LEGISLACION COLOMBIANA.

El anterior código de comercio enmarcaba el tema desde el punto de vista de los sujetos mercantiles, en el libro primero denominado "de los comerciantes y agentes de comercio" se consideraba a las agencias de negocios, como actividades mercantiles. El contrato de agencia mercantil no estaba regulado, por tanto aparecía como una figura atípica la cual presentaba una naturaleza jurídica diversa, por gozar de semejanza con otras figuras contractuales.

El actual código de comercio, consagró como un contrato autónomo "la agencia mercantil", la cual reguló ampliamente en los artículos 1317 a 1331, y define el contrato de la siguiente manera:

"Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar 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 de los productos del mismo".

"La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

De esta definición podemos extraer las notas más características del contrato:

a) Es un contrato celebrado entre empresarios mercantiles. Con ello queremos significar, el carácter de empresario autónomo que tiene el agente. No

se presenta subordinación entre el empresario y el comerciante auxiliar, no obstante que éste último 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 destinitivo frente al trabajador subordinado. Trabajador y agente pueden actuar por cuenta ajena, pero el primero siempre subordinado al empresario. Obviamente que en el encargo que realice el agente, pueden aparecer instrucciones, e incluso presentarse en forma bastante cerrada, lo cual podría dar lugar a pensar en la subordinación del agente, pero de todas maneras, dichas instrucciones sólo pueden reanudar sobre la naturaleza o condiciones del encargo, para no desvirtuar la figura del agente de comercio.

El derecho alemán por ello ha acudido a otros criterios distintivos entre los dos contratos, como es el de la organización. En efecto el agente crea una organización independiente de la empresa que va a auxiliar.

b) Es un contrato de duración. Con la presente nota significamos la estabilidad del agente. La misma función económica que ofrece la figura contractual, su razón de ser histórica dentro del campo del derecho le imprimen la nota de duración, que se opone abiertamente a la de los contratos de ejecución instantánea.

Esta característica, nos lleva a distinguir el contrato de agencia con otras figuras contractuales, como la de la comisión y el corretaje.

Hacer coincidir a veces una oferta y una demanda, establecer el contrato

entre los interesados y permanecer ajeno a la celebración y ejecución del contrato, es lo que caracteriza al mediador o corredor; en muchas ocasiones, es la labor que desempeña el agente, sólo que, la nota de duración le da una naturaleza jurídica propia, distinta a la del corredor, quien sólo actúa en forma esporádica y transitoria. El profesor JOAQUIN GARRIGUEZ sienta su criterio diferenciador entre estos dos contratos de la siguiente manera: "En el caso del agente, cada acto de mediación es cumplimiento de una obligación única nacida del contrato de agencia; mientras que en el contrato de mediación, cada acto de mediación representa el cumplimiento de una obligación nueva".(2)

c) Contrato cuyo objeto, es la promisión o explotación de otros negocios de un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional. Esta es la actividad principal del agente "promover o explotar", y puede llevar unida o no la facultad de concluir esos negocios que promueva.

Esta característica, nos lleva a detenernos en dos puntos, el alcance de la palabra encargo, y la actividad que puede desempeñar el agente para el cumplimiento de ese cargo.

1a. La definición legal utiliza la palabra "encargo" para referirse a esta obligación del agente de promover o explotar. El sentido obvio de la palabra en nuestro idioma, nos da la idea de encomendar; de poner una cosa al cuidado de otra; encomendar a uno que haga otra cosa.

Con esta precisión lingüística, podemos observar como además del contrato de agencia, se presenta también el encargo en otros contratos, como por

ejemplo, hay encargo en el contrato de trabajo, en el de transporte, en el de corretaje, en el de mandato, en el de obra y en el de arrendamiento de servicios. En general, en todos aquellos negocios obligacionales mediante los cuales se gestionan intereses ajenos, aparece un encargo. Con la presencia de éste término en el contrato de agencia, no se le diferencia de otras figuras, sino por el contrario, se le ubica en ese gran grupo de contratos que implican la gestión de intereses ajenos.

2a. En cuanto a la actividad que puede desarrollar el agente en el cumplimiento de su cargo. Indudablemente, este es el punto donde realmente se requiere precisión, por ser el blanco de las controversias que se presentan alrededor de la agencia.

Son diversas las modalidades que puede revestir la actividad que desempeñe el agente en el cumplimiento de su encargo, la definición legal trae un abanico de posibilidades:

a. Únicamente promover, significando con ello, que el agente no tiene que realizar acto jurídico alguno, ni preparativo siquiera, su función como mediador auxiliar, puede agotarse con la mera actividad promocional. Si ésta es su función, el agente no tendrá que colocarse a esperar recibir encargos concretos del empresario, sino que deberá esforzarse en promover todos los negocios posibles dentro de un determinado ramo. Tendrá como ámbito o radio de acción, la cantidad de productos que venda o fabrique el empresario y que hayan sido acordados en el contrato de agencia.

El agente, como conoedor del mercado, sabrá en que forma orientar la publicidad, gasto que obviamente co-

rará por cuenta del empresario. Será incluso factible, que el agente custodie muestras de productos del empresario con cargo a devolverlas. Caracteriza pues esta modalidad de la agencia, una actividad encaminada a buscar clientes, a inducirlos a contratar o a invitarlos a que hagan propuestas. Es una labor preparatoria, que si quisiéramos buscar parecidos con otras figuras contractuales, les encontraríamos con el contrato de obra, o el arrendamiento de servicios aún con la mediación, pero nunca con el mandato.

b. La actividad del agente, puede ir más allá de la simple promoción, que es la actividad principal, y puede concluir todos esos negocios promovidos, para lo cual podrá actuar como mandatario del empresario, y podrá representar o no a dicho empresario, es decir, podrá actuar por cuenta y a nombre del empresario, o simplemente por cuenta del empresario pero a nombre propio. Bien indicando a los terceros que es mandatario de determinado empresario, o bien sin manifestarlo.

c. También, además de la promoción, o explotación de la cual repito, no puede prescindirse en el contrato de agencia, toda vez que es la actividad principal, siendo las demás accesorias, puede incluso el agente encargarse o bien de la fabricación o bien de la distribución de uno o varios productos del empresario. Es bien evidente, que en este aspecto de la fabricación, estaría el agente realizando verdaderas actividades materiales, con lo cual se acercaría la agencia a la naturaleza jurídica de un contrato de obra, y si bien el agente, además de la actividad promocional, tiene el encargo de distribuir, uno o varios productos del empresario, necesariamente, va a involucrarse un contrato de cambio, bien compra-

venta, o por la duración del contrato, un suministro, que en cierta forma es una compraventa repetida en el tiempo y con una regulación especial, tratándose obviamente del suministro de cosas y no del de servicios.

Ahora bien, podríamos preguntarnos ¿Implicará para el agente que desempeña alguna o algunas de estas modalidades, el tener que obrar siempre "por cuenta del empresario"?

Indudablemente que cuando la actividad del agente se suma al actuar como mandatario con o sin representación, se estará actuando por cuenta ajena, como que así lo exige el mismo contrato de mandato, que define el Código de comercio en su artículo 1262.

Para dar respuesta frente al resto de actividades que puede desempeñar el agente, es necesario precisar la comprensión del término "obrar por cuenta ajena". El tratadista Gustavo Minernine (3). Nos señala un criterio sobre este aspecto: "La fórmula por cuenta ajena" revela paladinamente su origen contable en el ámbito de las relaciones comerciales: Un comerciante que obre por cuenta del tercero, abre una cuenta y anota las partidas activas y pasivas relativas al negocio, acreditando o adeudando el titular de la cuenta el saldo activo y pasivo. El núcleo jurídico que el citado procedimiento envuelve, consiste en la desviación del resultado de la actividad de una persona a otra. . . "Tenemos entonces que se obra "Por cuenta ajena" cuando el resultado de la actividad se adquiere por tercera persona.

En este orden de ideas, podemos admitir, que actividad del agente, cuando está promocionando o explotando negocios, lo que va a redundar en favor

del empresario significará, estar actuando por cuenta ajena, pero no queriendo con ello configurar que siempre sea un mandatario, pues aunque siempre en el mandato se obra por cuenta ajena, no es su único elemento cualificante, como tampoco el obrar por cuenta ajena, sea de su propiedad, al punto de significar que siempre que así se obre habrá un mandato. Bien señaló Carne-lutti (4) hace varios años que el trabajo en general podría definirse como "Actividad por cuenta ajena". En el mandato, en el contrato de servicios, en el transporte, en la agencia, en el contrato de trabajo y en muchos otros se actúa por cuenta ajena.

Queda entonces en esta introducción, estructurado el contrato de agencia comercial, como una figura típica en nuestra legislación, la cual goza de una naturaleza jurídica propia y compleja, no sólo por asemejarse su estructura a varias figuras contractuales, sino porque puede presentarse coexistiendo con muchas otras.

IV. FALTA DE TECNICA LEGISLATIVA EN SU UBICACION.

No obstante al momento de ubicar la figura en el actual código de comercio, se incurrió en un detalle sutil pero importantísimo. Dentro del Título XIII, que se refiere al mandato, se introdujo el Capítulo V que trata sobre la agencia mercantil. No obstante, en ninguna de las normas referentes a la agencia mercantil, se hizo alusión a que se trataba de una especie del mandato, ni en las del mandato se dijo que una de las especies suyas fuera la agencia, como si se hizo alusión directa en las otras especies del mandato, la comisión y la preposición, de su calidad de hijas del mandato.

Para la regulación de la agencia se siguió de cerca a la legislación Italiana y en dicho código las únicas especies del mandato son la comisión y la preposición. El Código Italiano tiene en su Libro IV, el Título III "De las obligaciones singulares", dentro del cual, el Capítulo X se refiere al contrato de agencia, que se regula con independencia absoluta con relación al mandato y a las demás figuras contractuales.

Incluso el Profesor FRANCISCO MESINEO, comentando el Código Italiano señala textualmente: ". . . El contrato de agencia se distingue del mandato por el dato decisivo de que el agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de agente con representación. (5)

Queriendo encontrar los motivos que tuvo el legislador para incluir la agencia, dentro del título del mandato, es preciso acudir al pensamiento de la comisión redactora sobre el particular. Señala la comisión redactora del proyecto de 1.958: "Otra de las especies del mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agente promueve y explota los negocios del principal, en determinada zona. . ." continúa más adelante " . . . Lo más importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos por cuenta del principal . . ." "Toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el principal de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito por cuenta, en referencia. De consiguiente,

cuando el distribuidor obre en alguna forma por cuenta del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente agente de su principal". (6)

No aporta ninguna razón la comisión redactora para señalarnos el motivo de tal ubicación de la agencia como especie del mandato. Parece insistir bastante en el "Obrar por cuenta ajena", que como ya lo explicamos no indica necesariamente la presencia del mandato, aunque si nos explica el alcance de la expresión "Obrar por cuenta ajena".

Hasta hace poco, la solución doctrinal tenía un carácter material y no formal; era precisamente, atenernos a la regulación de la agencia, y al contenido de la definición que trae la ley para la misma, a fin de entenderle como un contrato típico independiente del mandato.

Esta discusión y presentación del contrato, abandona hoy en día su finalidad meramente académica, por haberse convertido en el criterio decisivo, con fundamento en el cual, la H. Corte Suprema de Justicia, edificó la jurisprudencia en torno a la Agencia Mercantil.

Señala la H. Corte en Jurisprudencia de Diciembre 2 de 1.980, en proceso de Eduardo González contra Ico Pinturas S.A. : "Quién 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." (7).

En nuestra opinión, perfectamente puede presentarse la agencia comercial

en un contrato de suministro, el cual se denomina frecuentemente en nuestro medio como contrato de distribución y aún de concesión, siempre que se presente el encargo de promover o explotar negocios de un ramo. En este evento el agente sería comprador de los productos de un fabricante y los vendería directamente a terceros.

También puede suceder que al comprar los productos de un empresario, el agente no esté haciendo más, que ejecutando un mandato sin representación, frente al cual, necesariamente tiene que aparecer frente a terceros como propietario de los productos. Ya observamos como una de las modalidades de su actividad, puede ser la de mandatario sin representación.

Y para concluir nuestro argumento, podríamos entonces preguntarnos, si de entrada el que distribuye no es agente, que razón tuvo el legislador, para remitir en el artículo 1330 a las normas del suministro en lo no regulado en el contrato de agencia.

No todo el que distribuye es agente, pero quien lo hace mediante un encargo de promover o explotar negocios si lo es, y dicho encargo no es necesario que se realice en forma expresa, sino que puede deducirse de la voluntad tácita de los contratantes, como sucede en la agencia de hecho, expresamente admitida en nuestra legislación.

OBRAS CITADAS:

- (1) GARRIGUEZ, JOAQUIN. "TRATADO DE DERECHO MERCANTIL TOMO III" VOLUMEN 1. Revista de Derecho Mercantil. Madrid — 1963. Pág. 529-579.

- (2) Ob. Cit. Idem. Pág. 537.
- (3) MINERVINI, GUSTAVO.
"EL MANDATO". José Ma. Bosh
Editor. Barcelona – 1959. Pág. 11
- (4) Citado por MINERVINI, Ob. Cit.
Pág. 12.
- (5) MESSINEO, FRANCISCO.
"MANUAL DE DERECHO CI-
VIL Y COMERCIAL" TOMO VI.
ED—Jurídicas Europa - América.
Buenos Aires – 1971. Pág. 60
- (6) COMISION REVISORA DEL
CODIGO DE COMERCIO.
"PROYECTO DEL CODIGO DE
COMERCIO" TOMO II. ED—MI-
NISTERIO DE JUSTICIA. –
1958. Pág. 301 y 302.
- (7) JURISPRUDENCIA Y DOCTRI-
NA. Revista Mensual. Enero 1981.
Pág. TOMO X No. 109. Pág. 73.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS.

BOSETA PONT, MANUEL.
"MANUAL DE DERECHO
MERCANTIL" ED— TECNOS –
Madrid – 1977. Pág. 421.

AVILES CUCARELLA, GA-
BRIEL; POU DE AVILES, JOSE
Ma. "DERECHO MERCANTIL"
3a. Ed. J.M. BOSH EDITOR.
BARCELONA – 1959. Pág. 303
a 307

GAVIRIA GUTIERREZ,
ENRIQUE. "DERECHO CO-
MERCIAL" ED—BEDOUT .Me-
dellín – 1981. Pág. 73 - 87.

NARVAEZ GARCIA, JOSE IG-
NACIO, "INTRODUCCION AL
DERECHO COMERCIAL". 3a.
Ed. ED— Librería del Profesional.
Bogotá – 1979. Pág. 279-290.