

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_\_ SENADO**

**“Por medio de la cual se define la representación comercial de casa extranjera y se establecen mecanismos de protección para representantes comerciales y agentes en el territorio nacional”**

### **I. Objeto**

El presente proyecto de ley busca establecer múltiples mecanismos de protección e indemnización en favor de los empresarios nacionales o extranjeros que en el desarrollo de sus actividades comerciales hayan desarrollado la representación comercial y en el desarrollo de dicha actividad hayan desarrollado marcas, invertido en el posicionamiento de bienes, productos y servicios.

En efecto, el presente proyecto busca que, en aquellos eventos en que la persona natural o jurídica extranjera decida estructurar y desarrollar sus operaciones directamente en el territorio nacional, deba compensar a los nacionales o extranjeros que de manera independiente y bajo su propio riesgo hayan desarrollado actividades de representación comercial invirtiendo por el desarrollo del producto, bien o servicio encomendado.

### **II. Justificación**

Este proyecto se pone a consideración de la Corporación con la finalidad de reconocer el esfuerzo y entregar mecanismos de protección a los empresarios que, sea en el ejercicio de la representación comercial se dedican a la promoción o explotación de negocios en un determinado ramo y dentro de

una zona prefijada en el territorio nacional, sea como representantes de un empresario extranjero o sea como fabricantes o distribuidores de uno o varios productos del mismo favoreciendo grandes marcas a nivel mundial, y logran posicionar y acreditar sus bienes, productos y servicios extranjeros, bajo modalidades innominadas como la acá definida, o en desarrollo de cualquier otra modalidad de negocios entre las partes que lleve consigo la representación comercial.

Al respecto, puede advertirse que ya el Código de Comercio regula en sus artículos 1317 a 1331 todo lo relacionado con la agencia comercial, la cual se define como un negocio contractual, en el que 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.

El desarrollo de este tipo de negociaciones se caracteriza por las siguientes condiciones legales:

- ✓ Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario no puede servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos (Véase: artículo 1318).
- ✓ En este tipo de contratos, las partes pueden pactar una prohibición con el fin de que el agente comercial no promueva o explote, en la misma zona y en el mismo ramo, negocios de la competencia (Véase: artículo 1319).
- ✓ El contrato debe contener la especificación de poderes y facultades del agente, el ramo de las actividades, la

duración de las mismas y el territorio en que se han de desarrollar (Véase: artículo 1320).

Estas reglas de la agencia comercial, aunque pertinentes, hoy se quedan cortas pues no tienen en cuenta que existen otro tipo de relaciones comerciales que imponen al representante comercial obligaciones que van mucho más allá de las definidas para la agencia, y que a la fecha se encuentran desprotegidas.<sup>1</sup> En efecto, en el ejercicio de la representación comercial, el empresario, por ejemplo, invierte su propio patrimonio en promover, incentivar, desarrollar, vender o distribuir los productos o servicios de un tercero que no tienen presencia en el territorio. Y en efecto, tal como lo dice la doctrina y la jurisprudencia, hay muchos casos en que los riesgos del mercado son exclusivamente de representante comercial. En dichos casos el representante comercial es erróneamente llamado agenciado, pues éste adquiere los bienes o servicios de aquel, siendo autorizado para usar su nombre y marca, con el fin de promoverlos, pero “no se actúa por cuenta y riesgo ajeno sino por cuenta y riesgo propio”, haciendo que no exista disposición legal aplicable a la labor de quien promueve bienes propios por dedicarse a la reventa.<sup>2</sup>

Así pues, no existen en Colombia normas que definan las reglas aplicables a estas relaciones jurídicas innominadas que han venido siendo desarrolladas de manera prolífica en el desarrollo de actividades mercantiles de tipo nacional e internacional.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Giraldo, Carlos Julio. La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano. Revista de Derecho Privado N. 47, Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794. En:

[https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri449.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri449.pdf)

<sup>2</sup> Mendieta, Jaime Alberto. Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial. REVISTA@e-Mercatoria, Volumen 5, Número 1 (2006).

<sup>3</sup> *Ibíd.* El autor afirma: “El riesgo que asume el agente en el desarrollo de este contrato es el propio de su empresa, su preocupación de pérdida está limitada a las relaciones internas de su empresa, a su organización administrativa y económica, el único riesgo que asume es no recibir ingresos por no lograr mantener el mercado para el agenciado o lograr su incremento, como pérdida de ingreso esperado. De otro lado, el empresario **asume todo el riesgo** de los bienes y productos que el agente promueve en el mercado.

## 2.1. ¿Por qué definir la Representación comercial?

Hoy las relaciones comerciales entre mandatarios y mandantes, se regulan de manera general por las reglas del Código Civil y de manera especial, para el caso de la agencia, por el Código de Comercio. Sin embargo, dichas normas no contemplan otros tipos de representación comercial que sin tener las características propias de la agencia, van mucho más allá en la relación entre el representado y el representante y las cuales no entregan al representado certeza alguna sobre las consecuencias de la ruptura contractual.

En efecto, derivado del crecimiento del comercio global y de la internacionalización de la economía mediante la adopción, implementación y puesta en marcha de los tratados de libre comercio, aunado al crecimiento sostenido de la economía local, se han generado múltiples incentivos para que empresas de carácter internacional, que han venido desarrollando sus negocios vía empresarios de origen local o internacional, consideren dar por terminadas dichas relaciones jurídicas con el fin de explotar directamente o indirectamente sus marcas, las cuales han sido constituidas y construidas por empresarios locales o extranjeros. **Estos representantes comerciales han sido quienes, en épocas de bajos niveles de confianza inversionista, han asumido todos los riesgos propios de una economía como la colombiana teniendo como único respaldo de parte de la empresa titular de las marcas y o productos o servicios, la garantía de distribución exclusiva de dichos productos.** Estos empresarios, a la fecha, a pesar de haber firmado el país múltiples tratados de libre comercio, se encuentran desprotegidos frente a la eventual ruptura de las relaciones legales y comerciales o frente al cambio de dichas condiciones.

Así, se hace necesario introducir en el ordenamiento legal la figura del representante comercial, con el fin de hacer que cada

vez más Colombia se ponga a tono desde el punto de vista jurídico y económico con las cadenas globales de valor, entregando mecanismos de protección legal a personas que sin ser agentes comerciales, desarrollen actividades similares a esta, pero que de forma independiente asuman los riesgos del mercado y asuman las pérdidas derivadas de variaciones de mercado o del uso de los signos distintivos del representado, independiente de la jurisdicción en que se desarrollen.<sup>4</sup>

## **2.2. El texto propuesto referente a la representación comercial.**

En el texto propuesto, en primer lugar se define qué se entiende por representación comercial. La misma, como se dijo en el párrafo anterior, se refiere a aquellas situaciones jurídico-económicas en que representante de un tercero, desarrolla actividades propias de la agencia comercial, pero es el representante y no el representado quien asume todos los riesgos de mercado derivados de la actividad mercantil. Así, más que un mero agente éste casi que se constituye de facto en una unidad independiente del representado pero son la persona natural y jurídica las que asumen tanto los costos derivados de la promoción, representación e intermediación, como todos los posibles riesgos de mercado.

Ahora bien, dicha representación comercial independiente no se consolida por el solo hecho de realizar un acto en el mercado, se requiere que la misma implique también un periodo continuo que de manera inequívoca lleve al mercado a reconocer al representante comercial como el mismo tercero, y para ello es necesario un periodo de al menos diez años de participación en el mercado de forma exclusiva.

---

<sup>4</sup> OECD, Global Value Chains: Challenges, opportunities and implications for policy. Report prepared for submission to the G20 Trade Ministers Meeting. Sydney, Australia, 19 July 2014. En: [http://www.oecd.org/tad/gvc\\_report\\_g20\\_july\\_2014.pdf](http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_july_2014.pdf)

Así, en primer lugar, el proyecto de Ley define el contrato de representación comercial independiente, de la siguiente manera:

**Artículo 1.** Se entiende por representación comercial el contrato verbal o escrito entre una persona natural o jurídica llamada representante comercial que, sin la existencia de una relación laboral, ejecuta de manera continuada y exclusiva, actividades comerciales en favor de las marcas, productos o servicios de otra parte, llamada representado, o desarrolla la distribución exclusiva, bajo su propia cuenta y riesgo, de bienes y servicios, en favor de una persona natural o jurídica, nacional o internacional.

Se entenderá que existe representación comercial, cuando un comerciante asume en forma independiente, exclusiva y de manera estable por su propia cuenta y riesgo, el encargo de promover, publicitar, explotar, impulsar, o realizar negocios mercantiles dentro del territorio nacional, como distribuidor, fabricante, representante o agente de un tercero sea de uno o varios productos del mismo.

**Parágrafo 1.** Se presume de derecho que hay exclusividad cuando la representación se ha ejercido durante más de diez (10) años consecutivos sin que haya existido en el mercado otro representante, agente, distribuidor o mandatario que haya desarrollado los mismos negocios mercantiles frente a los mismos bienes y servicios en favor del representado.

Tal como sucede con la agencia, la representación comercial habrá de inscribirse en el registro mercantil con el fin de que terceros distingan estas dos figuras jurídicas. Del mismo modo, de debe definir un mecanismo jurisdiccional de tipo declarativo,

el cual permita determinar si el representado ha ejercido de manera inequívoca la representación comercial. Este artículo quedará así:

**Artículo 2.** Quien ejerce la representación comercial de un tercero podrá inscribir dicha calidad ante la Cámara de Comercio de la jurisdicción del representante comercial. La inscripción de dicha calidad requiere que se anexe copia del contrato de representación o cualquier documento que evidencie la labor de representación comercial. Si la misma es exclusiva, deberá allegarse el documento que así lo acredite.

**Parágrafo.** Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, la representación comercial que se ejerce de manera exclusiva en el territorio nacional se puede acreditar, ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, en única instancia, mediante acto declarativo y 30 días calendario verificará si el comerciante ejerce dicha representación comercial de forma exclusiva.

Tal como se determinó atrás, la indemnización se constituye en el mejor mecanismo para proteger al empresario que termina desprotegido ante la falta de normas que determinen la posibilidad de que el representado termine la relación comercial o la modifique de tal manera que impida ejercer la actividad de la misma manera en que se ejecutó en años anteriores. Así, el uso de criterios típicos como el daño emergente y el lucro cesante han de servir de guía para la definición de las indemnizaciones, pero las mismas deben resolverse de manera expedita y antes de que el representado ejerza la actividad

comercial en el territorio nacional. Por esta última razón, se obliga a que ni el representado ni terceros, puedan operar en el mercado colombiano a menos que se haya indemnizado plenamente al representante comercial. **La operación directa o indirecta constituirá un acto de competencia desleal, y habrá de ser objeto de medidas cautelares por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.** El articulado dice:

**Artículo 3.** El representante comercial que ejerce su labor de manera independiente y exclusiva, tendrá derecho a ser indemnizado previamente en aquellos casos en que el tercero representado decida dar por terminada la representación comercial, o cuando decida introducir otro representante en aquellos casos en que existe representación exclusiva.

**Parágrafo.** En caso de existir representación comercial, ni el representado ni terceros, podrán operar en el mercado colombiano a menos que se haya indemnizado plenamente al representante comercial.

La entrada a operar de un tercero o directamente del representado, en algunos casos, equivaldrá a la pérdida total de valor de la empresa del representante comercial. Por ello, la indemnización que habrá de pagarse deberá ser equivalente al valor de la empresa calculado en al menos siete veces el EBITDA o el valor descontado de los flujos de caja, metodologías de reconocido valor técnico que permitirán determinar de manera clara el valor del perjuicio causado por la representada.

**Artículo 4.** La terminación unilateral del contrato de representación comercial, así como cualquier cambio de las condiciones comerciales, que incluyan entre otras la introducción de otro distribuidor o la terminación del pacto de distribución, o la producción o prestación de servicios en el territorio nacional directamente por el representado o por un tercero, darán lugar a indemnización y compensación.

A la indemnización se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si el representado decide introducir un tercero para que este distribuya, venda, fabrique o preste los servicios que de manera exclusiva había venido prestando el representante comercial, el representado deberá reparar los perjuicios en que incurre el representante comercial, incluyendo, entre otros, la suma de los siguientes conceptos:
  - a. El valor presente de todos los activos que a la fecha posea el representante comercial, sin que los mismos reversen a favor del representado.
  - b. El valor de todas las inversiones que para el desarrollo del negocio haya hecho el representante comercial durante el periodo de duración de la representación.
  - c. El valor monetario de los activos intangibles incluyendo el valor de los signos distintivos en el mercado colombiano, cuando el representante comercial desarrolló durante el periodo de la

representación inversiones de promoción comercial.

2. Si el representado decide dar por terminada la representación comercial deberá adquirir todos los activos del representante comercial, e indemnizar al mismo, entre otros por los siguientes conceptos:
  - a. El valor presente de todos los activos que a la fecha posea el representante comercial, sin que los mismos reversen a favor del representado.
  - b. El valor de todas las inversiones y los gastos operativos que para el desarrollo del negocio haya hecho el representante comercial durante el periodo de duración de la representación.
  - c. El valor monetario de los activos intangibles incluyendo el valor de los signos distintivos en el mercado colombiano, cuando el representante comercial desarrolló durante el periodo de la representación inversiones de promoción comercial.
  - d. Las utilidades pasadas y futuras o potenciales calculadas al valor presente neto e indexado de la suma de las utilidades derivadas del ejercicio de la representación comercial durante el periodo que duró la misma.

Los anteriores valores podrán ser tasados independientemente o usando el mayor valor entre el resultado de multiplicar al menos siete veces el margen

EBITDA de la empresa del representante, o la valoración resultante de los descuentos de flujo de caja.

**2.5.-** Finalmente, se proponen los artículos quinto y sexto, en los que se establece que las retribuciones y compensaciones referidas en los primeros artículos son irrenunciables, dado que no aceptan pacto en contrario. Del mismo modo, se propone aplicar al representante comercial las mismas reglas que operan para el agente comercial, respecto de la exclusividad. El texto de dicho artículo es el siguiente:

**Artículo 5.** A la representación comercial se le aplicarán las reglas contenidas en los artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio.

**Artículo 6.** La renuncia a las retribuciones y compensaciones de que trata la presente Ley a favor de los empresarios nacionales, así como cualquier disposición en contrario, será nula de pleno derecho.

Así pues, con la presente propuesta se busca asegurar que los fabricantes extranjeros deben pagar a los empresarios que operan en el mercado local por la operación, la acreditación y el posicionamiento de marcas, bienes, productos y servicios.

Por las razones expuestas solicito al Honorable Senado de la República adelantar el trámite correspondiente para que este Proyecto culmine en Ley.

Atentamente,

---

Senador de la República

**PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_\_ SENADO**

**“Por medio de la cual se define la representación comercial de casa extranjera y se establecen mecanismos de protección para representantes comerciales y agentes en el territorio nacional”**

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA**

**Artículo 1.** Se entiende por representación comercial de casa extranjera el contrato verbal o escrito entre una persona natural o jurídica llamada representante comercial que, sin la existencia de una relación laboral, ejecuta de manera continuada y exclusiva, actividades comerciales en favor de las marcas, productos o servicios de otra parte, llamada representado, o desarrolla la distribución exclusiva, bajo su propia cuenta y riesgo, de bienes y servicios, en favor de una persona natural o jurídica internacional.

Se entenderá que existe representación comercial de casa extranjera, cuando un comerciante asume en forma independiente, exclusiva y de manera estable por su propia cuenta y riesgo, el encargo de promover, publicitar, explotar, impulsar, o realizar negocios mercantiles dentro del territorio nacional, como distribuidor, fabricante, representante o agente de un tercero extranjero sea de uno o varios productos del mismo.

**Parágrafo 1.** Se presume de derecho que hay exclusividad cuando la representación se ha ejercido durante más de diez (10) años consecutivos sin que haya existido en el mercado otro representante, agente, distribuidor o mandatario que haya desarrollado los mismos negocios mercantiles frente a los mismos bienes y servicios en favor del representado.

**Artículo 2.** Quien ejerce la representación comercial de un a casa extranjera podrá inscribir dicha calidad ante la Cámara de Comercio de la jurisdicción del representante comercial. La inscripción de dicha calidad requiere que se anexe copia del contrato de representación o cualquier documento que evidencie la labor de representación comercial de casa extranjera. Si la misma es exclusiva, deberá allegarse el documento que así lo acredite.

**Parágrafo.** Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, la representación comercial de casa extranjera que se ejerce de manera exclusiva en el territorio nacional se puede acreditar, ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, en única instancia, mediante acto declarativo y en treinta 30 días calendario verificará si el comerciante ejerce dicha representación comercial de forma exclusiva.

**Artículo 3.** El representante comercial de casa extranjera que ejerce su labor de manera independiente y exclusiva, tendrá derecho a ser indemnizado previamente en aquellos casos en que el tercero representado decida dar por terminada la representación comercial, o cuando decida introducir otro

representante en aquellos casos en que existe representación exclusiva.

**Parágrafo.** En caso de existir representación comercial de una casa extranjera, ni el representado ni terceros, podrán operar en el mercado colombiano a menos que se haya indemnizado plenamente al representante comercial.

**Artículo 4.** La terminación unilateral del contrato de representación comercial de casa extranjera, así como cualquier cambio de las condiciones comerciales, que incluyan entre otras la introducción de otro distribuidor o la terminación del pacto de distribución, o la producción o prestación de servicios en el territorio nacional directamente por el representado o por un tercero, darán lugar a indemnización y compensación.

A la indemnización se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si el representado decide introducir un tercero para que este distribuya, venda, fabrique o preste los servicios que de manera exclusiva había venido prestando el representante comercial de casa extranjera, el representado deberá reparar los perjuicios en que incurre el representante comercial de casa extranjera, incluyendo, entre otros, la suma de los siguientes conceptos:
  - a. El valor presente de todos los activos que a la fecha posea el representante comercial de casa extranjera, sin que los mismos reversen a favor del representado.

- b. El valor de todas las inversiones que para el desarrollo del negocio haya hecho el representante comercial de casa extranjera durante el periodo de duración de la representación.
  - c. El valor monetario de los activos intangibles incluyendo el valor de los signos distintivos en el mercado colombiano, cuando el representante comercial de casa extranjera desarrolló durante el periodo de la representación inversiones de promoción comercial.
2. Si el representado decide dar por terminada la representación comercial deberá adquirir todos los activos del representante comercial, e indemnizar al mismo, entre otros por los siguientes conceptos:
- a. El valor presente de todos los activos que a la fecha posea el representante comercial de casa extranjera, sin que los mismos reversen a favor del representado.
  - b. El valor de todas las inversiones y los gastos operativos que para el desarrollo del negocio haya hecho el representante comercial durante el periodo de duración de la representación.
  - c. El valor monetario de los activos intangibles incluyendo el valor de los signos distintivos en el mercado colombiano, cuando el representante comercial de casa extranjera desarrolló durante el periodo de la representación inversiones de promoción comercial.

- d. Las utilidades pasadas y futuras o potenciales calculadas al valor presente neto e indexado de la suma de las utilidades derivadas del ejercicio de la representación comercial de casa extranjera durante el periodo que duró la misma.

Los anteriores valores podrán ser tasados independientemente o usando el mayor valor entre el resultado de multiplicar al menos siete veces el margen EBITDA de la empresa del representante, o la valoración resultante de los descuentos de flujo de caja.

**Artículo 5.** A la representación comercial de casa extranjera se le aplicarán las reglas contenidas en los artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio.

**Artículo 6.** La renuncia a las retribuciones y compensaciones de que trata la presente Ley a favor de los empresarios nacionales, así como cualquier disposición en contrario, será nula de pleno derecho.

**Artículo 7.** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Atentamente,

-----

Senador de la Republica.