

APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN  
LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO A LOS DEMÁS CONTRATOS DE  
DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Aura María Botero Latorre

Universidad EAFIT  
Escuela de Derecho  
2008

APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN  
LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO A LOS DEMÁS CONTRATOS DE  
DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

AURA MARÍA BOTERO LATORRE

Trabajo de grado presentado como  
requisito parcial para optar al título de Abogado

Asesor: DOCTORA ADRIANA VARGAS SALDARRIAGA

MEDELLÍN  
UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
2008

Nota de aceptación

---

---

Presidente del jurado

---

Jurado

---

Jurado

---

Ciudad y fecha (día, mes , año)

A mis padres, a mis hermanos, a mi novio y al Grupo de Investigación en análisis económico de las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro y distribución de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT

## AGRADECIMIENTOS

Quiero hacer un reconocimiento especial a mi familia, que siempre me ha acompañado y apoyado y que me recuerda constantemente que lo que importa, más que las calificaciones, es que me desarrolle como una persona y profesional íntegra. Gracias a ustedes, que me han dado fuerzas, me han consolado y han disfrutado a mi lado de los logros que he ido alcanzando a lo largo de mi vida.

También quiero agradecerles especialmente a María Helena Franco, Adriana Vargas y Manuel Oviedo, que me han acompañado especialmente a lo largo de este proceso, y que me han brindado parte de su tiempo y de su conocimiento en aras de alcanzar el objetivo que se busca con esta monografía. En especial, quiero manifestarle a María Helena mi más sincero aprecio por haberme acompañado y aconsejado a lo largo del último año.

Muchas gracias a todos aquellos que hicieron parte de mi proceso formativo, desde los profesores hasta aquellos compañeros que me apreciaron y colaboraron en todo momento. Mención aparte para José Alberto Toro, Jefe de la Carrera de Derecho, gran animador y siempre dispuesto a ayudarme. No dejaré nunca de estar agradecida.

## TABLA DE CONTENIDO

|  | PAG. |
|--|------|
| INTRODUCCIÓN   | 8    |
| 1. LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO  | 10   |
| 2. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL   | 23   |
| 2.1 EL SUMINISTRO  | 31   |
| 2.2 LA AGENCIA COMERCIAL   | 33   |
| 2.3 LA FRANQUICIA  | 34   |
| 2.4 LA CONCESIÓN   | 37   |
| 2.5 LA DISTRIBUCIÓN  | 38   |
| 3. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVA LA PROHIBICIÓN DE EXCLUSIVIDAD A OTROS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL? | 41   |
| 3.1 APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN POR VÍA DE UNA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA                                 | 46   |

|   |    |
|---|----|
| 3.2 APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN A PARTIR DE LA REGLA DE LA RAZÓN | 54 |
| 4. CONCLUSIONES   | 68 |
| BIBLIOGRAFIA  | 72 |

## INTRODUCCION

El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 prohíbe pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro cuando tengan por *objeto* o como *efecto* restringir la libre *competencia económica*. ¿Cuál es el alcance de dicha prohibición? ¿Qué implican objeto y efecto? ¿Será posible aplicar la disposición a otros contratos?

En un primer acercamiento al tema se evidenciaron distintas interpretaciones de la norma que generaron esta investigación, pues si bien el legislador la circunscribió al suministro, la doctrina y la jurisprudencia dan a entender cosas diferentes.

La doctrina nacional y extranjera (e. g. ARRUBLA y LORENZETTI) han considerado que el *suministro* es uno de los tantos contratos de *distribución comercial* e, incluso, que la *distribución* es un contrato específico. De ahí que la pertinencia de indagar si la prohibición de pactar cláusulas de exclusividad se debería extender a todos los contratos que tengan por objeto la *distribución comercial*.

Por otro lado, varios conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio reconocen que la prohibición se puede hacer extensiva a otros contratos siempre que la cláusula tenga por *objeto* o como *efecto* restringir la libre competencia económica, porque de acuerdo con la doctrina a la cual se adscriben, *donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*.

Algo similar ha sostenido la Corte Constitucional, quien en la sentencia C-535 de 1997 estableció que el análisis de la prohibición de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro debe hacerse en términos de la real afectación que se genera en el mercado como consecuencia de la exclusividad.



Por lo anterior, considera la Corte que la prohibición no va dirigida a todas las cláusulas sino a aquellas frente a las cuales se verifique que tienen por objeto o como efecto la restricción de la libre competencia económica.

Por lo anterior, este trabajo pretende: 1) Presentar una propuesta académica enfocada a reconocer la existencia de un grupo de contratos que se caracterizan por servir para la distribución comercial de bienes –entre ellos el suministro, la agencia mercantil, la franquicia y la concesión y que dentro de esa clase de contratos existe uno particular, denominado “*distribución*”; 2) que es posible extender la prohibición que el legislador consagró para el *contrato de suministro* a esos otros contratos, siempre que se constate que con las cláusulas de *exclusividad* se generan efectos restrictivos para la libertad de competencia y el mercado en general.

La presente monografía se desarrolla en tres capítulos: en el primero, se presentan las razones económicas a favor y en contra de la existencia de las cláusulas de exclusividad y los motivos jurídicos (legales, jurisprudenciales y doctrinarios) por los cuales se ha considerado que dichas cláusulas deben limitarse en el ordenamiento jurídico colombiano; en el segundo, se analiza la existencia de una categoría especial de contratos denominados “*contratos de distribución comercial*” -entre los cuales se encuentra el contrato atípico de *distribución*-, los elementos que los caracterizan y las relaciones que entre ellos se presentan; en el tercero, se presentan los argumentos con base en los cuales se puede realizar la extensión de la prohibición del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 a los contratos que se inscriben dentro de la categoría de *contratos de distribución comercial*.

## 1. LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una ley que establece las normas sobre competencia desleal: la Ley 256 de 1996, en cuyo artículo 19 se consagra la prohibición de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, cuando estas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

Con base en dicha disposición, y en aras de comprender mejor la orientación que a la misma se le ha dado, es necesario analizar las razones económicas a favor y en contra de las cláusulas de exclusividad y los argumentos jurídicos (legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios) por los cuales está prohibido pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro.

De acuerdo con lo anterior, es importante exponer las razones económicas que se han esgrimido tanto a favor como en contra de las cláusulas de exclusividad. Al respecto COLOMA en su libro “Defensa de la Competencia” hace un estudio sobre las prácticas verticales, entendidas como aquellas que para su consecución requieren de una concurrencia de empresas que se encuentran ubicadas en diferentes eslabones de una cadena de producción<sup>1</sup>.

En efecto, COLOMA sostiene que las prácticas verticales se pueden presentar dentro de un contrato de distribución celebrado entre dos empresas y en el cual, aunque el bien no cambia físicamente, sí difiere de su ubicación espacial. Pero para que se pueda hablar de una práctica vertical, se debe constatar que una de

---

<sup>1</sup> COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 188 y siguientes.

las partes del contrato limite su accionar en ciertos aspectos en virtud de un compromiso asumido con anterioridad.

Una de esas limitaciones consiste precisamente en pactar una exclusividad, que puede ser entendida como una restricción vertical, la cual se presenta cuando se limita el cliente o distribuidor, que se compromete a comprar o distribuir solo los bienes que suministre un determinado proveedor o, al menos, a no comprar a sus competidores.

Lo importante es que Coloma resalta el hecho que no todas las prácticas verticales, y por lo tanto no todos los pactos de exclusividad, son necesariamente anticompetitivos en sí mismos, aunque puedan implicar una limitación en el proceso de la competencia. En efecto, el autor sostiene que puede suceder que a partir de una exclusividad vertical los distribuidores de un determinado producto se especialicen y por lo tanto se vuelvan más agresivos a la hora de competir con otros distribuidores que vendan un producto similar. Además, destaca el hecho de que es posible que, a partir de dichos pactos, se produzca un ahorro en los costos de transacción por cuanto permiten que las partes (o por lo menos una de ellas) los internalicen al evitar que se presente el denominado “problema de la cautividad”, en el que como consecuencia de una o varias transacciones una de las partes queda cautiva del oportunismo de la otra; o el problema del aprovechamiento gratuito, en el que distribuidores que no prestan sus servicios a un proveedor se terminan apropiando de los beneficios de quienes sí prestan dichos servicios (también denominado problema del *free rider* o del gorrón). Un ejemplo del problema del *free rider* se presenta cuando uno de los distribuidores de un determinado producto desarrolla una campaña publicitaria para atraer clientela y, por tanto, incurre en ciertos costos que incrementan el precio del bien o servicio; los otros distribuidores, que no han tenido que asumir los costos de mercadeo, se van a ver beneficiados del aumento en el flujo de consumidores,

pero, al no encargarse de la publicidad, sus costos serían más bajos y podrían vender a un precio menor.

Algo similar a lo que COLOMA expone, han sostenido los economistas VAN DEN BERGH y CAMESASCA, quienes reconocen que si bien es cierto que las restricciones verticales pueden tener efectos perjudiciales, como el cierre del mercado y el aumento en los costos de búsqueda de los consumidores finales, también lo es que las mismas son preferibles pues pueden generar mayores eficiencias en el modelo de distribución elegido.

Estos mismos autores han sostenido, en relación con la Ley *Antitrust* de Estados Unidos que:

Hay un número de formas en las cuales los productores pueden usar tales restricciones [cláusulas de exclusividad] para competir de forma más efectiva frente a otros productores. Por ejemplo, los principiantes y los productores que ingresan a un nuevo mercado pueden usar las restricciones para inducir a los minoristas competentes y agresivos a hacer la clase de inversiones de capital y trabajo que se suelen requerir en la distribución de productos desconocidos por los consumidores.<sup>2</sup>

Se presenta la idea de que a partir de las restricciones verticales, y particularmente de los pactos de exclusividad, es posible resolver o internalizar las externalidades, pero siempre y cuando se tenga en cuenta que en estos casos se puede presentar algún tipo de poder de mercado por parte del productor o del distribuidor, lo que no necesariamente implica una restricción de la competencia,

---

<sup>2</sup> VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Meter D. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Intersentia Publishers. 2001. p. 223.

"Economists have identified a number of ways in which manufacturers can use such restrictions to compete more effectively against other manufacturers. For example, newcomers and manufacturers entering new markets can use the restrictions in order to induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and labour that is often required in the distribution of products unknown by the consumers" (Traducción libre)

ya que en muchos casos los mercados pueden funcionar de una manera más eficiente si cuentan con una restricción vertical que si esta no aparece.

Pero los mercados no van a ser siempre más eficientes si se presenta una restricción vertical, pues también puede suceder que las diferentes empresas hagan uso de las restricciones verticales para incrementar su poder de mercado o hacer un ejercicio abusivo de dicho poder, lo cual desembocaría en un perjuicio a los consumidores. Esto se puede presentar en aquellos casos en los que se hace uso de la restricción vertical imponiendo la exclusividad con respecto a un bien o servicio a todos los distribuidores de tal producto en un territorio, lo cual implicaría un “cierre de mercado” para las demás empresas que no podrán recurrir a la red de distribución existente, sino que tendrán que crear una nueva o simplemente desistir de distribuir sus productos en dicho territorio<sup>3</sup>, lo cual podría incrementar notablemente sus costos y terminar por debilitarlos e incluso llegar a excluirlos del mercado.

Ahora bien, con el fin de estudiar las razones jurídicas por las cuales se justifica prohibir las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, es decir, para entender el sentido del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 es necesario analizar los motivos por los cuales el legislador consideró importante hacer una regulación más expresa de la competencia desleal y sobre todo aquellas razones por las que consideró que los pactos de exclusividad en los contratos de suministro podrían entenderse como competencia desleal.

El entonces Senador por Antioquia, Armando Estrada Villa, fue el encargado de hacer la presentación del proyecto de Ley ante el Congreso de la República y sostuvo, en la exposición de motivos del mismo, la importancia que tiene la libre competencia dentro del sistema de mercado capitalista, que es el que se observa

---

<sup>3</sup> COLOMA, Germán. Ob. Cit. p. 198.

en Colombia, y de la libre empresa. En este sentido, sostuvo que: *“La libre competencia se convierte en la contienda entre empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela”*<sup>4</sup>.

Esa libertad de competencia está protegida por el ordenamiento jurídico colombiano en diferentes estatutos, pues mientras la Constitución Política de Colombia habla de la libre competencia desde el artículo 26, en donde se sostiene la libertad de escoger la profesión u oficio, pero sobre todo en el artículo 333 que establece que: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades [...] El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”* y en el artículo 336 que dice que *“Ningún monopolio podrá establecerse sino como árbitro rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la Ley”*; el Código Civil, en los artículos 1502 y siguientes, establece la libertad contractual.

Sin embargo, a pesar que el derecho positivo colombiano reconoce y protege la libre competencia, también tiene presente que dicha competencia puede conducir al aniquilamiento ilícito de las empresas débiles, al control monopolístico del mercado y a otras acciones que pueden resultar graves para el mercado, por lo que pareció necesario reglamentarla jurídicamente por medio de restricciones que tiendan a defender las actividades de una empresa en contra de los actos de otras empresas. Así, sostuvo el doctor Estrada Villa que: *“La competencia se regula y protege en la medida en que no emplee medios desleales o ilícitos, pues si llega a*

---

<sup>4</sup> Exposición de Motivos. Proyecto de Ley No. 67 de 1994, Senado. En: Gaceta del Congreso, viernes 9 de septiembre de 1994.

*emplear esta clase de medios, la Ley debe sancionar al comerciante que los utilice*<sup>5</sup>.

Aparece así la idea de la “competencia desleal”, que comprende los hechos o actos contrarios a la buena fe comercial y al honrado desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas. Lo relacionado con la competencia desleal ya se encontraba regulado en el Título V del Libro I del Código de Comercio en los artículos 75 y siguientes, que tipifican un número reducido de prácticas comerciales desleales sin determinar una cláusula general que permita calificar o evaluar la deslealtad de un determinado acto de competencia, pero que además carecen de un aparato sancionatorio eficaz, ya que sólo consagran dos acciones que pueden ser ejercidas por el perjudicado ante un juez civil: la indemnización de perjuicios y la conminación para que cesen los actos de competencia desleal.

El proyecto de Ley buscaba cubrir aquellas falencias que se presentaban, de manera que se pudieran solucionar los problemas relacionados con las nuevas realidades que se presentan en el mercado en el campo de la concurrencia de empresas y del ejercicio de la iniciativa privada, de modo que fuera más fácil definir, regular y sancionar la competencia desleal que se presenta por el afán de los empresarios de expandirse en el mercado. Así, con el proyecto de Ley se procuraba garantizar que la libertad de competencia protegida por la Constitución Nacional no se viera afectada por prácticas desleales susceptibles de perturbar el funcionamiento de un mercado competitivo.

Para ello, la Ley se encargó de hacer una tipificación de las prácticas que podrían ser consideradas como desleales, desde las que ya estaban reconocidas en el Código de Comercio hasta las prácticas que de una u otra manera podrían poner en peligro la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento del mercado

---

<sup>5</sup> *Íbid.*

en competencia. Esa tipificación la hace a partir de una cláusula general que tiene en cuenta el criterio de actuar con buena fe comercial y dentro del normal desenvolvimiento de los negocios, y también la libertad de decisión que debe tener el comprador y el funcionamiento competitivo del mercado, de manera que se pueda garantizar la libre competencia, extendiendo la protección para que cobije no sólo a los empresarios sino también a todos aquellos que participen en otros sectores del mercado, como la agricultura, la artesanía y las profesiones liberales, con cualquier tipo de objetivo económico: producir, comprar, vender o intermediar.

Lo más importante para tener en cuenta es que, de acuerdo con lo que el doctor Estrada Villa presentó dentro de la exposición de motivos del mencionado proyecto de Ley, se delinearon expresamente los elementos que se deben presentar en un acto de competencia desleal para poder ser reprimido y sancionado y que son esencialmente dos: (i) que se trate de un acto dotado de trascendencia externa, es decir, que sea realizado dentro del mercado; (ii) que tenga como finalidad promover o asegurar la expansión en el mercado de las prestaciones o ganancias propias o ajenas, y que pongan en peligro la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento del mercado en competencia, sin que necesariamente se tenga que estar presentando entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta una relación de competencia.

Más adelante, en la ponencia para primer y segundo debate en la Cámara de Representantes del mismo proyecto de Ley, se sostuvo la importancia de la libertad de competencia económica como la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y mantener una clientela; y se reconoció la importancia del proyecto de Ley que buscaba proteger a los consumidores, a las empresas y a todos aquellos que tomaran parte en el mercado, al tiempo que propendía por crear un clima apropiado para que la competencia subsista y se desarrolle.



Sin embargo, cuando el proyecto de Ley fue enviado para la sanción presidencial, el Presidente Ernesto Samper Pizano presentó una serie de objeciones, una de las cuales era precisamente el artículo 19 de la Ley en proyecto.

De acuerdo con lo que se expresa en las objeciones presidenciales al proyecto de Ley, no es posible cobijar dentro de la expresión “competencia desleal” tanto a las prácticas restrictivas de la competencia como a la competencia desleal en sí misma, ya que se sostiene que mientras que las primeras buscan proteger al mercado entendido como la confluencia de oferentes y demandantes, la segunda protege a cada competidor individualmente considerado. Además, no se considera pertinente aplicar el proyecto de Ley incluso para aquellas situaciones en las cuales no se presenta una relación de competencia, pues se considera que *“la censura en el campo jurídico a la competencia desleal proviene de su aptitud para causar un perjuicio económico a uno o varios sujetos de derecho, los cuales no pueden ser otros que aquellos que en el mercado ofrecen bienes o servicios iguales o sustitutos a los del proveedor”*<sup>6</sup>.

Pero en relación con los pactos desleales de exclusividad, consideró el Presidente que se presentaba una inconstitucionalidad por cuanto, como se mencionó anteriormente, se confundía la noción de competencia desleal con la de las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante, pues se reprimían conductas que atentan más contra el mercado que contra la relación de competencia y la libre competencia como tal. Esto porque el artículo 19 de dicho proyecto de Ley al parecer utilizaba el término deslealtad sin vincularlo con la noción de competencia y al hacer una mención expresa a restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de los productos o servicios, que son ambas conductas pertenecientes al ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia.

---

<sup>6</sup> Objeciones presidenciales al proyecto de Ley número 67/94 Senado (271/95 Cámara). Santa Fe de Bogotá. 24 de noviembre de 1995.

Pero sobre todo, se juzga como inconveniente dicho artículo pues *“reprime los pactos de exclusividad **únicamente** cuando los mismos tengan por objeto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios, por lo cual resulta inconveniente derogar los artículos 975 y 976 del Código de Comercio que establecen las normas generales por las que han de regularse dichos pactos”*.<sup>7</sup>

A las objeciones presidenciales respondió el Congreso de la República oponiéndose a varias de ellas, sobre todo por considerar que cuando se habla de competencia se habla de un marco de conductas relacionadas con la producción de bienes y servicios, y por lo tanto deben sancionarse todas aquellas actuaciones que de una u otra manera se alejen de la imagen de lo que debe considerarse como libre competencia. Por ello, es posible encontrar dentro las conductas que limitan u obstruyen la libre competencia económica a aquellas prácticas comerciales restrictivas y a los actos de competencia desleal, conductas ambas que pueden ser realizadas por todo aquel que concurra al mercado con un objetivo económico: producir, comprar, vender o intermediar; ya que las actuaciones de todos estos sujetos terminan interrelacionándose en el mercado, de manera tal que lo que unos hacen afecta a los demás en sus decisiones y repercutirá, al final, en los consumidores.

Se sostiene además que con la “Ley de competencia desleal” se busca sancionar los actos desleales como tal, que son el reflejo de los medios empleados y de los fines que se están persiguiendo con ellos, sin que revista una especial importancia la calidad con la que concurre cada uno de los sujetos a la relación de competencia. Esta protección es importante porque *“en aquellos casos en que no se dé la estricta relación de “competencia” entre comerciantes, sí pueden existir*

---

<sup>7</sup> *Íbid.*

*actos o hechos de competencia desleal a los cuales deberá aplicárseles la ley proyectada y no dejárseles por fuera*<sup>8</sup>.

Pero lo más importante de la respuesta a las objeciones presidenciales lo constituye el análisis que se hace acerca de los pactos desleales de exclusividad.

En principio, lo que hay que tener en cuenta en relación con este punto es que tales pactos atentan contra los principios de lealtad en la competencia dado que buscan restringir el acceso de competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios, lo cual implica limitar la libre competencia económica que protege el artículo 333 de la Constitución. De esta manera será posible proteger y favorecer al consumidor final, ya que éste podrá adquirir los bienes o servicios que desee sin verse limitado por aquello que debe ofrecer el vendedor que se encuentra presionado en su actividad mercantil por unos pactos de exclusividad impuestos por los proveedores que en la mayoría de los casos tienen la mayor fuerza económica en el mercado.

Además, debe tenerse en cuenta que los pactos de exclusividad, en tanto restrictivos de la libertad de competencia, afectan al mercado mismo, ya que éste debe desenvolverse sanamente, sin interferencias, sometido simplemente a la oferta y la demanda y a las leyes que delimiten el alcance de la libertad económica cuando sean procedentes de acuerdo con la Constitución Política.

Finalmente, y en relación con la derogatoria de los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, sostuvo el Congreso de la República:

... es conveniente dentro del marco general del proyecto y que es menos restrictiva respecto del contrato de suministro en la medida en que

---

<sup>8</sup> Respuesta a las objeciones presidenciales al proyecto de Ley número 67/94 Senado (271/95 Cámara). Santa Fe de Bogotá. 14 de diciembre de 1995.

solamente los prohíbe [los pactos de exclusividad] cuando se encaminen a evitar el acceso de un competidor al mercado o a monopolizar la distribución, dejando los demás aspectos a la libre regulación entre las partes. Se busca, entonces, la protección del mercado, del competidor y del consumidor prohibiendo solo los aspectos que los vulneran, pero no todos<sup>9</sup>.

Finalmente, es muy importante dentro del análisis de los motivos jurídicos y económicos que sustentan la existencia de la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro, incluir las consideraciones que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 1997 respecto de la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996. La Corte sostuvo en dicha sentencia que la cláusula de exclusividad podría llegar a convertirse en una barrera de entrada a los competidores y a los demás agentes económicos, ya que la distribución de un bien que se realiza a través de un solo canal comercial podría impedir a otros empresarios su colocación en el mercado o incluso el incremento del precio del bien en cuestión o inclusive un desabastecimiento del mismo. Todo esto sería contrario al derecho constitucional de la libre competencia, por lo que según la Corte:

... el veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Íbid.

<sup>10</sup> Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sostuvo también la Corte Constitucional que la norma sólo sería inconstitucional si se refiriera a todos los pactos de exclusividad sin hacer ningún tipo de diferenciación, ya que es necesario evaluar si la cláusula de exclusividad genera un efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual se requiere primero analizar, entre otros factores, el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante, etc. Así, el tipo de pacto que se prohíbe, de acuerdo con la Corte, es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, ya que en estos casos la consecuencia del pacto de exclusividad se traduce en la generación de un mayúsculo poder de mercado.

Vale también la pena traer el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que regula ciertos temas relacionados con la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual establece como acuerdos que restringen la libre competencia “...2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;* 3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*” En esta misma línea, se podría sostener que, cuando un acuerdo o pacto de exclusividad tenga como objeto o efecto una de las dos cosas mencionadas en los numerales 2 y 3 del artículo 47, por lo que se trata de un acto que restringe la libre competencia y que en esa medida puede considerarse ilegal, sin importar el contrato del que haga parte, y la Superintendencia de Industria y Comercio podrá tomar todas las medidas necesarias para corregir o impedir el abuso. Esto se suma a lo que ya se había dicho en relación con los pactos de exclusividad en los contratos de suministro: hay que analizar la finalidad o los

efectos de la exclusividad en el mercado y la competencia para poder sostener que se trata de un pacto inconstitucional.

Lo mismo ha sostenido el doctrinante español GARRIGUES, quien sostiene que el problema de las cláusulas de exclusividad es más un problema en relación con los límites de las mismas y menos acerca de la posibilidad de que afecten el mercado. En efecto, sostiene que la cláusula de exclusividad tiene un aspecto positivo y uno negativo: el negativo, que es más de carácter jurídico, es que representa una limitación a la libertad contractual en cuanto establece una obligación de no hacer para la parte a la que se le impone dicha cláusula; el positivo, que es de carácter económico, es que le permite al beneficiario de la cláusula adquirir un incremento en su patrimonio, puesto que va a poder acceder a contratos y prestaciones a los que posiblemente no podría acceder si no existiera dicha cláusula. Considera entonces este autor que, si bien es cierto que la cláusula puede implicar una restricción a la competencia, también es cierto que en algunas ocasiones dicha competencia se debe restringir en aras de proteger los principios de libertad de empresa e iniciativa privada que le podrían acarrear un mayor bienestar a toda la comunidad en la medida en que las empresas beneficiarias podrán crear nuevas fuentes de trabajo y pondrán en circulación la economía<sup>11</sup>.

Sostiene entonces que *“No basta con decir que la [cláusula] exclusiva engendra normalmente un monopolio y que en tal carácter es ilícita, porque el monopolio, dentro de ciertos límites deja de ser automáticamente responsable. En definitiva, se trata de una cuestión de límites: la exclusiva será lícita siempre que tenga límites temporales y espaciales”*<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Ejemplo de ello es la autorización legal de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de agencia mercantil, ya que el legislador colombiano ha entendido que en ciertas situaciones (como conquistar nuevos mercados) es preferible restringir en cierta medida la competencia en aras de aumentar el bienestar social de los consumidores.

<sup>12</sup> GARRIGUES, Joaquín. Tratado de derecho Mercantil. Tomo III. Volumen I. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963. Citado en: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997. p. 243.

## 2. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL

Después de explicar las razones económicas y jurídicas por las cuales se pactan cláusulas de exclusividad y los argumentos jurídicos que sustentan su prohibición en el ordenamiento jurídico colombiano y antes de entrar a estudiar si se puede extender dicha prohibición a otro tipo de contratos, es necesario establecer si es posible hablar de una categoría especial de contratos denominada contratos de distribución comercial e incluso si existe un tipo contractual específico para la distribución.

ARRUBLA<sup>13</sup> considera que es posible extender la prohibición a todos los contratos de distribución comercial por lo cual se requiere entrar a analizar si es posible hablar de dicha categoría. Incluso, LORENZETTI<sup>14</sup> ha considerado que existe dentro de la categoría de contratos de distribución comercial un contrato atípico específico denominado “contrato de distribución”.

De acuerdo con lo anterior, se debe entrar a explicar de qué manera es posible distinguir entre la distribución como fenómeno económico y la distribución como herramienta jurídica que permite su materialización. Así mismo, es necesario diferenciar entre la categoría genérica de contratos de distribución comercial y el contrato específico de distribución.

---

<sup>13</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos atípicos. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997. p. 310

<sup>14</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos, Parte Especial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 231.

Desde el punto de vista económico, en las actividades comerciales se presenta una relación entre dos agentes, el productor y el consumidor, quienes no suelen hacer los negocios de manera directa sino a través de la distribución comercial, entendida como un “*fenómeno económico mediante el cual una persona natural o jurídica actúa profesionalmente por su propia cuenta en un período de tiempo y con un determinado negocio en una actividad económica que, de manera indirecta, relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor*”<sup>15</sup>.

A lo largo de la actividad productiva, la distribución comercial se constituye en una etapa que debe agotar el productor de bienes o servicios para poder llegar a los consumidores finales, por lo que se convierte en un eslabón entre la producción y el consumo. Sin embargo, la distribución por medio de un tercero no es siempre necesaria, ya que se presentan casos en los cuales el productor y el consumidor mantienen una relación directa.

SALDARRIAGA LOPERA ha dicho que la distribución comercial se justifica por varios factores<sup>16</sup>: el distanciamiento y desconocimiento entre productores y consumidores; la diferencia temporal entre el deseo de venta del vendedor y el de compra del consumidor; la necesidad de fraccionar al consumidor final ciertos bienes que serían vendidos al por mayor; la utilidad que se podría encontrar si se relaciona a los productores especializados con los compradores ansiosos por escoger entre todo un universo de productos; y finalmente, por la globalización y la apertura de las economías, pues se eliminan las barreras geográficas y los consumidores pueden escoger entre productos que vienen desde cualquier lugar del mundo<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. *La distribución como fenómeno económico*. En: Derecho de la Distribución Comercial. Bogotá: El Navegante Editores, 1995. pp. 23 - 24

<sup>16</sup> *Ibid.* pp. 23 - 24

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 24.



La distribución comercial así entendida se constituye en un fenómeno económico que requiere de unas herramientas jurídicas para lograr su perfeccionamiento y facilitar su desarrollo, las cuales se han presentado bajo la forma de varias relaciones contractuales, unas típicas y otras atípicas, unas muy antiguas y decantadas por la práctica comercial y otras que han surgido como consecuencia de la globalización y la apertura comercial. Ya dependerá de las partes del negocio jurídico entrar a determinar cómo quieren regular la relación que entre ellas surja y bajo qué figura contractual desarrollarla, para lo cual deberán entonces tener en cuenta las características especiales de cada uno de los contratos, lo que se requiere con el negocio en específico y la función económica de cada tipo contractual.

Con base en esto es posible distinguir entre el fenómeno económico de la distribución, como el paso intermedio entre la producción y el consumo, y los diferentes contratos mediante los cuales se concreta dicho fenómeno en el ámbito jurídico. La distribución o comercialización como tal es la que se realiza a través de las diferentes figuras contractuales, con sus particularidades, independientemente del nombre que reciba el contrato. Se dice entonces que los contratos de suministro, franquicia, agencia mercantil, e incluso el mismo contrato de distribución, cumplen con la función económica específica de intermediación de la que se ha encargado, durante mucho tiempo, la distribución mercantil. Es así como es viable sostener que si bien los diferentes contratos presentan características comunes, no es posible vincularlos con un único tipo contractual, razón por la cual la utilización del término distribución como género, “... *para indicar una operación económica y un conjunto variado de tipos de contratos que comparten el mismo fin y caracteres*”<sup>18</sup> es por lo general la más utilizada.

---

<sup>18</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 223.

Hasta acá se presenta a la distribución, en un sentido jurídico genérico, como un fenómeno comprensivo de todas las diferentes maneras en que se pueden establecer canales de comercialización por terceros empresarios; se habla de distribución en un sentido jurídico estricto para referirse a “... *un medio determinado, un instrumento contractual que cumple unas funciones propias*”<sup>19</sup> y que serían las que se presentan dentro del contrato de distribución como tal.

Ahora bien, se debe determinar si es posible hablar del contrato de distribución como un contrato independiente de los demás contratos pertenecientes a la categoría objeto de análisis. Lo primero que hay que aclarar es que el contrato de distribución como tal no está regulado en el ordenamiento jurídico colombiano – por lo que se le denomina atípico-, sino que aparece mencionado dentro de las normas relacionadas con el contrato de suministro y en las normas relativas al contrato de agencia o representación. Esto último se hace evidente en el artículo 1317 del Código de Comercio, que habla del contrato de agencia mercantil, y consagra que el comerciante asume el encargo de actuar, entre otras cosas, como “*representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo*”. (Subraya fuera de texto).

En el derecho argentino, tanto la jurisprudencia como la doctrina<sup>20</sup> aceptan la existencia del contrato de distribución que tiene por finalidad económica ampliar los negocios para las partes intervinientes bajo la modalidad específica del comprar para revender. Igualmente, se establece que en el contrato de distribución un manufacturero o comerciante conviene con otra persona natural o jurídica que ésta se encargue de comprar por su cuenta los productos y luego los venda de manera independiente. Así, el distribuidor se encarga de sufragar todos

---

<sup>19</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contrato de distribución*. En: Foro del Jurista, No. 26. “Derecho de la distribución comercial”. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín, 2005. p. 62.

<sup>20</sup> En este sentido, ver por ejemplo a LORENZETTI o a ETCHEVERRY, que desarrollan ampliamente el tema y enuncian incluso decisiones tomadas por jueces de Argentina relacionadas con el contrato de distribución.

los gastos de importación o recepción de los productos con sus propios fondos, y las utilidades que reciba dependerán de la diferencia entre el precio de compra que se le paga al productor menos el precio de venta que reciba de los compradores. Bajo el contrato de distribución, el distribuidor no fabrica el producto sino que simplemente va a adquirir un producto terminado y lo va a distribuir en el mercado local.

Puede decirse entonces que, de acuerdo con LORENZETTI, quien como ya se mencionó ha desarrollado de manera constante el concepto bajo estudio, el contrato de distribución tiene las siguientes características:

- Se trata de un contrato atípico, ya que no está regulado legalmente, oneroso, conmutativo e *intuitu personae*.
- Es un contrato consensual y bilateral entre quien hace las veces de productor y quien se encarga de hacer la distribución.
- Es un contrato de cooperación, en el sentido visto anteriormente: hay una relación de cooperación interempresarial.
- El distribuidor no es representante del productor, sino que simplemente compra los productos y los revende al público en general o a otros comerciantes. Al respecto, sostiene LORENZETTI que “...dentro del espectro de contratos con finalidad distributiva es el que presenta menor grado de integración entre los sujetos”<sup>21</sup>.
- El desenvolvimiento del contrato requiere de un apreciable lapso futuro que depende de las prestaciones previstas, aunque no se establezca un tiempo concreto.
- Se trata de un contrato en el cual va implícita una relación de confianza, pues el productor toma en cuenta la organización económica, técnica y comercial del distribuidor y su poder de penetración en el mercado, así como de todas las demás condiciones necesarias para poder cumplir con el objeto del contrato.

---

<sup>21</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 258.

- Aunque entre productor y distribuidor se presenta una separación patrimonial y una autonomía jurídica, en la medida en que el distribuidor asume los riesgos del negocio, entre las partes hay dependencia técnica y económica.
- Pueden darse elementos concurrentes entre ambas partes: plan de publicidad compartida, utilización de signos distintivos de los productos y de las marcas, etc.

Sin embargo, en Colombia hay que determinar si con el contrato de distribución viene aparejado el encargo de la conquista de un mercado específico, pues en caso de que se determine que efectivamente se presenta dicho cometido, no sería posible sostener que se trata de un contrato de distribución sino más bien de una agencia mercantil, ya que el artículo 1317 del Código de Comercio le asigna a dicha figura contractual el propósito de conquistar un mercado para los productos de un nacional o extranjero. Por ello se ha llegado a sostener que la función que ha cumplido el contrato de distribución en Colombia ha sido más que todo la de permitir eludir la figura de la agencia mercantil, especialmente en lo relacionado con la prestación y la indemnización que se deben pagar al finalizar el contrato, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1324 del Código de Comercio. Pero si se logra demostrar que el contrato no viene aparejado con ese especial encargo de la conquista del mercado, y además se logra comprobar que no se trata de las figuras del suministro o de la concesión mercantil, entonces sí sería posible hablar de un contrato autónomo de distribución.

Así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1980, que parece estar orientada hacia el reconocimiento de la existencia del contrato de distribución siempre y cuando no se realice en aras de lograr la conquista de un determinado mercado. Esto porque se ha visto la creciente tendencia hacia la elusión del contrato de agencia mercantil al considerarlo muy gravoso, por lo que los comerciantes se ven abocados a utilizar instrumentos parecidos que les

permitan evadir las prestaciones o indemnizaciones del artículo 1324 anteriormente mencionado. La Corte Suprema ha sostenido entonces que: *“Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios”*<sup>22</sup> (Subraya fuera de texto).

Por ello es posible apreciar que otra de las diferencias que se presentan entre la agencia comercial y el contrato atípico de distribución es que mientras el distribuidor vende productos que son propios (porque él los adquirió para luego venderlos), el agente se encarga sólo de vender unos productos que le son ajenos, pero con el propósito de conquistar un mercado para los productos del empresario.

Como se mencionó anteriormente, el término “contratos de distribución” hace referencia a un género próximo con el que es posible agrupar todos aquellos contratos que persiguen la finalidad económica de distribuir unos bienes con el fin de comercializarlos, es decir, *“... a partir de la tarea de producción de una empresa, otra persona o empresa se ocupa de distribuir, acercar a otras empresas o a los consumidores el producto o servicio de la primera...”*<sup>23</sup>. Es esta finalidad económica la que determina que los contratos que se analizan a continuación tengan una relación especial, a pesar de que no se parecen en cuanto a las obligaciones que generan para las partes, o incluso en la manera en que se produce el acercamiento entre las mismas.

En esta medida, y en consonancia con lo que ya se expresó, en relación con la diferencia género-especie de la distribución como concepto, se van a analizar

---

<sup>22</sup> Jurisprudencia y doctrina. Enero: 1981. Tomo X, N° 109, pág. 73. Citado en: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ob. Cit. p. 66.

<sup>23</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Contratos: Parte Especial 1. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. p. 204.

cinco figuras contractuales: el suministro, que es el que mayor importancia reviste para el presente trabajo dado que es precisamente para este contrato la prohibición legal de los pactos de exclusividad; la agencia mercantil; la franquicia; la concesión, y la distribución, con la claridad de que este último no tiene consagración normativa expresa en el ordenamiento jurídico colombiano y que no suele ser reconocido y utilizado como un contrato en sí mismo pues a veces es confundido con otros contratos, como el suministro.

Podría sostenerse que las características que se consideran comunes para todos los contratos de distribución comercial, de acuerdo con la doctrina argentina, o que incluso podrían considerarse los elementos más importantes para poder hablar de distribución son:

- a) Existencia de dos empresas u organizaciones independientes, puesto que si la misma productora comercializa sus propios productos no puede hablarse de una función económica de distribución. En cambio, si hay dos empresas, mientras una produce bienes o servicios, la otra los acerca y reparte entre las demás empresas y los consumidores.
- b) Un vínculo de cooperación que lleva implícita una cierta confianza entre las partes en cuanto a la producción y difusión de un determinado bien o servicio. No se trata de la simple propagación del producto sino que, en últimas, la cooperación en la distribución implica “... *una obligación material de hacer, es decir, el traslado, en términos económicos, de los productos desde la empresa que los genera hacia los consumidores [...] el destino final siempre será el mercado*”<sup>24</sup>. Así, la cooperación se lleva a cabo por medio de actos jurídicos o contratos que ayudan a repartir, distribuir, entregar o prestar bienes o servicios generados por otra empresa.
- c) Permanencia, puesto que la distribución necesita de un período prolongado para que la empresa que lleva a cabo la función distribuidora pueda amortizar su inversión.

---

<sup>24</sup> Íbid. p. 206.

- d) Relación contractual bilateral, ya que si bien es posible que la distribución de los productos se realice directamente por la empresa productora, la función económica que se analiza en este caso obedece a un traspaso de dicha función a otra empresa independiente, traspaso que se concreta en la celebración de un acuerdo bilateral que lleva siempre implícita una delegación, en cabeza del distribuidor, de penetrar en el mercado consumidor para imponer los productos que le son confiados.

Una vez establecidos los elementos característicos de un contrato que cumpla la función económica de la distribución, se va a proceder a constatar que cada uno de esos contratos por aislado efectivamente cumpla con los elementos reconocidos como característicos de la distribución.

## **2.1 EL SUMINISTRO**

Está definido en el artículo 968 del Código de Comercio como un “... *contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios*” por lo que tiene como obligaciones correlativas una obligación de hacer (la prestación periódica o continuada de un bien o servicio) y una obligación de dar (que se concreta con el pago de la contraprestación). Aquí es importante tener en cuenta que a quien se le paga la contraprestación en dinero es quien se encarga de la distribución, es decir, tiene el contacto directo con las demás empresas o con los consumidores.

Es un contrato que ofrece una economía de tiempo y de actividad administrativa para las partes, ya que les permite que en vez de celebrar un contrato de compraventa o de prestación de servicios cada que se precise de uno de estos contratos, se celebra un único contrato que los reúna durante un período de tiempo duradero. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, es

un contrato que reduce los costos de transacción y promueve la eficiencia (en términos económicos).

Se resalta también que una de las características del contrato de suministro es que puede presentarse en unión con otros contratos, como la agencia comercial o el transporte, convirtiéndose en una especie de contrato marco que cumple con la necesidad de permanencia y de precaución para el futuro, que pueden necesitar las partes. Esa relación entre el contrato de suministro y los otros contratos dependerá entonces del tipo de bien o servicio que se requiera prestar de manera repetida, es decir, según se trate de la compraventa de un bien, de la prestación de un servicio, etc. Esto no implica que el contrato de suministro sea un contrato accesorio al otro contrato, sino que se trata de dos contratos principales que se presentan de manera conjunta en el desarrollo de la actividad mercantil de las partes y que por lo tanto podrían ser analizados de manera independiente.

De acuerdo con ARRUBLA, el contrato de suministro tiene una función económica específica: se convierte en una forma jurídica que

... ofrece una economía de tiempo y de actividad administrativa para quienes utilizan la figura contractual. En lugar de tener que estar celebrando un contrato de venta o de servicios cada que se precisa de cosas o de servicios, se celebra un solo contrato durante un período duradero de tiempo. Se economiza el tiempo que significaría tener que estar celebrando contratos y la actividad administrativa que implica su control y su vigilancia<sup>25</sup>.

Pero, ¿cumple este contrato con las características que requiere la distribución como fenómeno económico? Sí las cumple, ya que no solo se trata de una relación bilateral y onerosa que se celebra entre dos empresas o personas

---

<sup>25</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Ob. Cit. pp. 227 - 228.



independientes (en donde la independencia, según ARRUBLA, es uno de los fundamentos mismos del contrato) para la distribución de bienes o servicios, sino que además se presenta esa relación de cooperación entre las partes en la medida en que ambas empresas se integran en una misma red de distribución. Y se presenta el elemento de permanencia ya que es considerado como un contrato que requiere una duración: es un presupuesto para la relación contractual que las prestaciones se prolonguen en el tiempo o, de lo contrario, ninguna de las partes podrá quedar satisfecha.

Estos elementos característicos del fenómeno económico de la distribución son concurrentes con los elementos que se presentan dentro del negocio jurídico o contrato, por lo que es posible sostener que en el caso del suministro los elementos que se requieren para poder hablar jurídicamente de la existencia de un contrato de suministro son los mismos que se requieren para reconocer la función económica de distribución del mismo.

## **2.2 LA AGENCIA COMERCIAL**

El artículo 1317 del Código de Comercio establece que *“... con el contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, a cambio de una contraprestación en dinero, que puede darse en proporción con las utilidades de sus gestiones”*. Quien tiene contacto con el público consumidor es el agente, por lo que suele ser el agenciado quien se pone en contacto con el agente para encargarle la promoción de sus negocios.

Los elementos característicos de este contrato son básicamente la bilateralidad del acuerdo; la independencia, por cuanto es el agente quien determina el modo, la cantidad, los horarios y los reglamentos de trabajo con los cuales va a operar, por lo que las instrucciones que pueda dar el agenciado sólo redundan sobre la

naturaleza o condiciones del encargo; la duración o estabilidad del contrato, debida a la naturaleza misma de las obligaciones del agente; y la promoción o explotación de un negocio en un determinado ramo o zona prefijada del territorio nacional. Hay que tener en cuenta que el contrato de agencia puede traer incluidos, dentro de las obligaciones que le son propias al agente, otro tipo de contratos, como podría ser un contrato de suministro cuando se le permita al agente encargarse directamente de la distribución de uno o varios productos del agenciado.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la agencia comercial cumple también con los requisitos que se deben presentar para poder hablar de una función económica de distribución, dado que la agencia comercial también cumple con el cometido económico de servir como un puente entre el productor y el consumidor y se aparta de una posible relación laboral gracias a la independencia que se presenta entre ambos contratantes, lo que permite afirmar la existencia de una cooperación o colaboración entre ambos.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que aun cuando existe independencia entre el agente y el productor, el agente actúa en nombre y beneficio del productor o agenciado, por lo que cuando celebra contratos con terceros en el ejercicio de sus actividades, lo hace a nombre del principal.

### **2.3 LA FRANQUICIA**

Este contrato es atípico en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que no está regulado de manera expresa y es considerado un contrato “exótico” en Colombia, a pesar de que se reconoce su importancia económica a la hora de expandir las redes de producción que han resultado exitosas<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> JARAMILLO, Mauricio. El contrato de franquicia. En: Foro del Jurista, No. 26. “Derecho de la distribución comercial”. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín, 2005. p. 161.

En este contrato “... una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios”<sup>27</sup>. En este tipo de contrato ya no se licencia sólo la marca sino la empresa como tal, de manera que el franquiciado las opera bajo unos parámetros estrictos determinados por el productor, quien recibe una remuneración como contraprestación, de manera que se logra estructurar una cadena de distribución más compleja pero más importante en el actual devenir del mercado mundial pues implica mayores beneficios tanto para el franquiciante como para el franquiciado, ya que les permite a ambos expandir sus posibilidades de negocios.

En este contrato el franquiciado no se limita a distribuir los productos y servicios del franquiciante, sino que él mismo desarrolla el negocio, lo cual propicia una gran integración entre ambas partes. El franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente por cuanto es el administrador de su propio negocio y no está subordinado al franquiciante, beneficiándose así de una potencial clientela que ya está establecida y estructurada.

Se trata de un contrato bilateral, oneroso y cuyas obligaciones se cumplen durante un período cuya duración, por lo general extensa, depende de lo que las partes pacten.

A este contrato se le identifican los siguientes elementos característicos<sup>28</sup>: la empresa independiente, el traspaso del *know-how* y de las marcas y licencias, el control por parte del franquiciado de todos los procesos y operaciones que haga el franquiciante para la distribución del bien o servicio y la colaboración que se debe

---

<sup>27</sup> GUYENOT, Jean Pierre. *¿Qué es el Franchising? Concesiones Comerciales*. Citado en: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos atípicos*. Ob. Cit. p. 286.

<sup>28</sup> En este sentido, es posible encontrar autores como ORTEGA y ETCHEVERRY, que identifican estos elementos como característicos del contrato atípico de franquicia de manera general.

presentar entre ambas partes a efectos de garantizar el bien común y el éxito del negocio.

Por lo demás, es posible sostener que el contrato de franquicia cumple con los requisitos de la distribución pues es un contrato que se celebra entre dos empresarios independientes para colaborar mutuamente durante un período de tiempo prolongado y determinado y también se presenta la comercialización de los productos, aunque dicha comercialización tiene una característica especial: hay una cesión de facultades que implica que el franquiciado se encargue de tareas que, en principio, le corresponderían al productor (como el desarrollo efectivo de la producción y comercialización de los bienes o servicios, el mercadeo, la publicidad, etc.). De esta manera, el franquiciante le indica al franquiciado los procesos que debe llevar a cabo para la distribución del bien o servicio objeto de la franquicia.

El contrato de franquicia cumple una función muy importante en el devenir económico globalizado. En palabras de ETCHEVERRY:

Esta función económica se afirma en tanto en cuanto la colocación de productos y/o servicios funciona tanto por la notoriedad de una marca de prestigio, como por la calificación profesional del tomador. El otorgante no puede afrontar un mercado por sí solo sin soportar los excesivos costos y el riesgo de un nivel complejo de distribución; a la inversa, el tomador no puede por sí solo vender, sin el apoyo técnico y solvente del otorgante, propietario de un producto o servicio acreditado en plaza<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> ETCHEVERRY. Ob. Cit. p. 391.

## 2.4 LA CONCESIÓN

La concesión ha sido definida, desde el punto de vista económico, como una técnica de distribución en el mercado de los bienes que son fabricados por una empresa, por lo que se convierte en una forma de comercialización de un producto a través de la venta de un bien que ya está posesionado en el mercado. Suele ser considerado como uno de los modos de distribución más difundidos, sobre todo en el sector automotor y en las estaciones de servicios.

En la concesión, el concesionario se encarga de la distribución de los productos del concedente, quedándose con el margen de utilidad de la reventa pero con la obligación de llevar a cabo múltiples contraprestaciones por el hecho de entrar a prestar sus servicios a toda una red de distribución, por lo que el concedente obtiene un servicio de postventa para sus productos<sup>30</sup>. Siempre hay un control por parte del concedente a pesar de que no hay un vínculo representativo entre ambas partes contractuales, ya que el concesionario es un comerciante autónomo y obra a su propio riesgo, es decir, no actúa a nombre del productor del bien.

En Colombia es un contrato atípico cuya finalidad es la explotación de un producto de cuya venta no desea hacerse cargo el concedente por las grandes inversiones de capital que requiere, razón por la que se alía con un concesionario que va a actuar por su propia cuenta y riesgo en un territorio determinado. De esta forma, el concedente puede conservar el control del proceso de comercialización de sus productos hasta que lleguen al consumidor, y el concesionario se beneficia al vender un producto reconocido y con un mercado y una clientela ya establecidos.

Los elementos de este contrato de distribución son: dos empresarios independientes que buscan el mismo fin, cual es realizar unas ventas y ampliar un mercado, pero el concesionario obra por su propia cuenta y riesgo, lo que implica

---

<sup>30</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos Atípicos. Ob. Cit. p. 286.

que compre los productos del concedente, los venda por su cuenta y asuma los riesgos de las transacciones; el concedente mantiene un control de las operaciones del concesionario y de sus redes de distribución. Además, es un contrato que requiere una cierta duración y que, como regla general, implica una adhesión del concesionario a las reglas y obligaciones que le imponga el concedente.

Es un contrato que también cumple con los requisitos de la distribución comercial, por cuanto se trata de dos empresarios independientes que se unen durante un prolongado período con el fin de comercializar un determinado producto para perseguir un fin común (cooperación). En relación con esta cooperación, se ha sostenido que “... *el contrato de concesión comercial, al igual que la familia a la cual pertenece, los contratos de distribución mercantil, si bien no genera una nueva persona jurídica, sí constituye una operación de integración económica entre las partes intervinientes, así esta compenetración no sea tan fuerte como la que existe entre los grupos empresariales*”<sup>31</sup>. (Subraya fuera de texto)

La concesión se diferencia de la agencia mercantil por cuanto en la primera el concedente actúa por su propia cuenta y riesgo, es decir, a él le toca asumir todos los riesgos de la comercialización de los productos; en la agencia comercial, el agente actúa en nombre de su agenciado, y al final los riesgos de la comercialización los corre este último.

## **2.5 LA DISTRIBUCIÓN**

El contrato de distribución, como se ha establecido al principio del presente capítulo, puede ser entendido como otra de las especies de la distribución comercial como género, no está regulado en el ordenamiento jurídico colombiano

---

<sup>31</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. En: Foro del Jurista, No. 26. “Derecho de la distribución comercial”. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín, 2005. p. 109.

y no es fácil establecer cuándo se presenta una distribución simple debido a la coincidencia de sus elementos característicos con los de otros contratos de distribución comercial.

En principio, el contrato de distribución es un contrato aceptado y reconocido por parte del derecho y la doctrina de Argentina, que le reconocen unas características especiales como son la compra con fines de reventa y la independencia del distribuidor que obra por su propia cuenta y riesgo. Es un contrato de duración que, de acuerdo con lo que se sostuvo anteriormente, cumple con los requisitos para poder hablar de una distribución, pues se presenta la independencia entre las dos partes contractuales, la permanencia de la relación contractual y la cooperación que se da entre ambos contratantes.

Pero, ¿en qué se diferencia este contrato de distribución de los otros contratos mencionados anteriormente, como la agencia comercial, la franquicia o la concesión? LORENZETTI sostiene que:

... Dentro del espectro de contratos con finalidad distributiva es el que presenta menor grado de integración entre los sujetos. No hay representación como en la agencia, ni identificación intensa como en la franquicia. La función de este contrato termina con actos continuos de reventa, y en ello se diferencia de la concesión, puesto que el concesionario asume las obligaciones de garantía y servicio posventa que son propias del proveedor<sup>32</sup>.

Una vez analizados los contratos mencionados al inicio del capítulo, es posible sostener que en principio todos tienen unos elementos característicos que los relacionan bajo la figura económica de la distribución comercial, por lo que su

---

<sup>32</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 258.

análisis puede ser realizado bajo la consideración de que todos pueden llegar a tener las mismas incidencias económicas a nivel de mercado y de competencia, sobre todo porque para cada uno de estos contratos la ley o la doctrina han establecido la posibilidad de pactar la exclusividad a favor de cualquiera de la partes, pero dentro de los límites de la libertad de competencia, ya que existe la posibilidad de que con los pactos de exclusividad, sin importar el contrato del cual se trate, se podrían presentar aquellas características que consideró el legislador como importantes para establecer cuándo se entiende que se presenta un acto de competencia desleal que deba ser sancionado: cuando se trate de un acto realizado dentro del mercado y que ponga en peligro la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento del mercado en competencia. Dichas características, vale la pena decirlo, se pueden presentar en cualquiera de los contratos de distribución anteriormente establecidos, sobre todo cuando los pactos de exclusividad busquen restringir el acceso de competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios, en contra de la libre competencia económica protegida por el artículo 333 de la Constitución.

Lo anterior está expresado especialmente en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, que es el que establece los límites para los pactos de exclusividad en los contratos de suministro a partir de la libertad de competencia y el libre mercado. Pero dada la falta de regulación en cuanto a la exclusividad en los demás contratos de distribución, se propone a continuación hacer un análisis acerca de los criterios hermenéuticos y legales que permitirían sostener que, en la medida en que la exclusividad puede suponer una restricción a la libertad de competencia o un abuso de la posición dominante, la prohibición de los pactos de exclusividad debería extenderse o por lo menos establecerle un límite a todos los otros contratos que cumplen con la función económica de la distribución comercial.



### **3. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVA LA PROHIBICIÓN DE EXCLUSIVIDAD A OTROS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL?**

La pregunta acerca de si es posible extender la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a los demás contratos de distribución comercial, se debe resolver a partir de un análisis que aporte argumentos suficientes para comprender los motivos de dicha aplicación y la mejor manera de hacerla, o simplemente para rechazar dicha extensión por considerar que no es posible aplicar una prohibición por la vía interpretativa.

La Ley 256 de 1996 en su artículo 19 estableció la prohibición de las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro cuando tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios. Sin embargo, se debe tener en cuenta que dicha prohibición no fue considerada de una manera tan absoluta en las discusiones relacionadas con la promulgación del Código de Comercio en 1971, en las cuales se estableció que dicha exclusividad sí podía pactarse dentro de un límite temporal de 10 años, con lo cual al mismo tiempo se protegía la libertad de competencia y se garantizaba que el contrato pudiera cumplir de mejor manera con su cometido económico.

Por otro lado, la cláusula de exclusividad se permite en los contratos de agencia comercial, de acuerdo con los artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio que consagran los pactos de exclusividad tanto a favor del agente como a favor del agenciado. En efecto, el artículo 1318 de dicho código reconoce en el contrato de agencia una exclusividad supletoria a la voluntad de las partes, al establecer que: *“Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en*

*una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos*<sup>33</sup>; mientras que el artículo 1319 consagra que *“En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores”* (exclusividad vertical).

Pero, ¿por qué el legislador consideró que en este tipo de contrato mercantil, que cumple a todas luces las funciones económicas de la distribución, sí es posible e incluso es supletorio pactar la exclusividad?

En principio, aunque hay que reconocer que no es mucha la elaboración doctrinaria al respecto, el origen de la “exclusividad” en el contrato de agencia se debe precisamente a una salvaguarda de la competencia y del mercado, debido a que a partir de dicha exclusividad se puede evitar una competencia desleal por parte del agente o del agenciado, en la medida en que las partes no podrán hacer uso de la figura de la agencia comercial para sacar provecho en detrimento de los intereses de la otra parte del contrato.

Al respecto, ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio:

En caso de no pactarse en contrario en relación con la exclusividad contemplada en el artículo 1318 del código de comercio o de estipularse la exclusividad de que trata el artículo 1319 del mismo estatuto, no se configura *per se* un acuerdo restrictivo de la competencia. Lo anterior por cuanto que para que se configure se requiere la presencia de los supuestos determinados por las normas vigentes sobre la materia<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Se dice que es supletoria pues el artículo 1318 consagra que la exclusividad se entiende establecida salvo que haya un pacto entre las partes que establezca lo contrario, es decir, que entre las partes acuerden que en su contrato de agencia no va a existir la exclusividad.

<sup>34</sup> Concepto 00034404 del 23 de Junio de 2000. Superintendencia de Industria y Comercio.

Más adelante, la misma Corporación sostuvo en otro concepto, 00045359 del 28 de Julio de 2000, que:

... todo vínculo comercial en el que se pacte una situación de exclusividad resultará contrario al ordenamiento jurídico, y en tal virtud será merecedor de rechazo legal, en tanto en cuanto implique o suponga una restricción a la libre competencia. Sin embargo, es menester analizar las condiciones y el contexto bajo el cual se estructura la situación de exclusividad en cada caso, considerando especialmente las repercusiones que su inclusión supondría para el mercado respectivo, a efectos de establecer si la misma se torna o no en restrictiva para competencia.

Lo anterior significa que la exclusividad en el contrato de agencia también está limitada por la protección a la libre competencia, solo que, a diferencia del contrato de suministro, no se estableció una norma expresa que imponga los límites de la libertad de competencia. Esto se podría solucionar si se aceptara que, a fin de cuentas, hay una norma dentro del capítulo de la agencia comercial que remite a las normas del Título III del Libro IV del Código de Comercio, título que se encarga precisamente de todo lo relacionado con el contrato de suministro. En esta medida, podría sostenerse que, de acuerdo con esta remisión normativa, la prohibición de las cláusulas de exclusividad cuando estas tengan por objeto o como efecto la vulneración de la libertad de competencia podría aplicar también para aquellos casos de la agencia comercial en que se determine que la cláusula de exclusividad tiene tal objeto o genera el efecto que se busca evitar.

Pero en relación con los contratos de franquicia, concesión y distribución, que son contratos atípicos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el problema de la cláusula de exclusividad es más un problema de definición; es decir, en caso de que se reconozca la posibilidad del pacto se debe determinar si dicho pacto podría ser subsumido por la prohibición del artículo 19 de dicha ley.

En lo que se refiere a la franquicia, se presenta la posibilidad de pactar una exclusividad territorial entre el franquiciante y el franquiciado, pero siempre y cuando dicha exclusividad sea recíproca, de manera que se pueda evitar un abuso de parte de uno de los contratantes que pueda mantener sometido a una amenaza a su contraparte de negociar con un competidor en cualquier momento<sup>35</sup> (lo que se ha denominado “problema de la cautividad”). Pero se puede presentar también una exclusividad si se desarrolla un suministro en conjunto con la franquicia, en la medida en que el franquiciado entregue los insumos para la fabricación de los productos o indique en dónde adquirirlos. En efecto, se ha sostenido que “... existe una característica de este contrato, cual es la que podríamos llamar “pactos de exclusividad”, tanto para el suministro de insumos como para la protección de una determinada zona, la cual normalmente no la delimitan fronteras geográficas, sino cuantificaciones poblacionales (mercado)”<sup>36</sup>.

De la misma manera, en el contrato de concesión se ha reconocido<sup>37</sup> la posibilidad de pactar cláusulas de exclusividad en favor de una de las partes del contrato, pero en Colombia, debido a la atipicidad del mismo, no se ha consagrado nada en concreto. Sin embargo, es importante tener en cuenta que en algunos lugares, como la Unión Europea, se ha reconocido que dichas cláusulas deben tener una limitación en el tiempo, es decir, que no deben sobrepasar de 10 años para que no puedan constituirse en vulneraciones a la libertad de competencia.

Y en cuanto al contrato de distribución, dada la atipicidad del contrato mismo, no existe una norma expresa que determine la posibilidad de pactar dichas cláusulas

---

<sup>35</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 302.

<sup>36</sup> JARAMILLO, Mauricio. Ob. Cit. p. 163.

<sup>37</sup> La exclusividad en los contratos de concesión ha sido discutida tanto por autores colombianos como por autores extranjeros. En Colombia es posible encontrar a GAVIRIA y a ARRUBLA, y en el extranjero es posible encontrar a ETCHEVERRY.

de exclusividad, aunque la doctrina<sup>38</sup> ha hecho mención a una exclusividad territorial y a la existencia del principio de la autonomía de la voluntad. En principio, dicha exclusividad parece atender a una forma de garantizar la buena fe entre ambos contratantes, de manera que ni el distribuidor se aproveche del productor ni el productor pueda sacar una ventaja indebida del trabajo del distribuidor; pero, en consonancia con la protección de la libertad de competencia, dicha exclusividad no puede ser ilimitada, ya que también en el contrato de distribución es posible que por la vía de la exclusividad se llegue al abuso del poder de mercado.

Con base en lo anterior, y debido a que por ser contratos atípicos nada se ha dicho respecto a la prohibición de cláusulas de exclusividad en el ordenamiento jurídico colombiano legislado, se debe tener en cuenta para el análisis dos situaciones: en primer lugar, recordar que lo que caracteriza a los contratos atípicos es que carecen de una regulación expresa dentro del ordenamiento jurídico, por lo que los elementos que los componen suelen determinarse a partir de elaboraciones doctrinarias y de la observación de las costumbres mercantiles. Por lo anterior, sostener que en los contratos de franquicia, concesión y distribución es posible tanto pactar exclusividad como aplicar la prohibición condicionada de la misma, se convierte en una tarea argumentativa que reviste un alto nivel de complejidad.

En segundo lugar, tener presente que una interpretación por la vía de la analogía para resolver el problema objeto del presente estudio puede ser complicada, sobre todo porque la aplicación analógica de una prohibición no es algo generalmente aceptado. Surge una nueva pregunta: si no pudiera hacerse extensiva por la vía

---

<sup>38</sup> En Francia, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia han aplicado la limitación de 10 años de la exclusividad en el abastecimiento a otros contratos como el de distribución. Así lo señala JULIO CÉSAR RIVERA en su artículo "Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución" en la Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 3.

La exclusividad de los contratos de distribución también la sostiene LORENZETTI.

de la analogía, ¿se podría hacer extensiva la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos atípicos de distribución comercial de alguna otra manera? ¿Y cómo se podría extender para el caso de la agencia comercial, en la que una norma expresa permite dichos pactos de exclusividad?

### 3.1 APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN POR VÍA DE UNA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

El artículo 8 de la Ley 153 de 1887 establece que: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”*. En relación con dicho artículo, la Corte Constitucional ha sostenido que las situaciones que no están expresamente contempladas en la ley solo difieren de las que sí lo están en aspectos que son jurídicamente irrelevantes o que se pueden considerar ajenos a la razón de ser de la norma, por lo que decidir cuáles son los aspectos relevantes que justifican la aplicación analógica es una tarea que le corresponde al juez y que no se diferencia de la tarea de determinar si un caso particular se puede subsumir en una norma de carácter general<sup>39</sup>.

La analogía implica la aplicación de una norma a un supuesto de hecho que no fue contemplado por ella pero que es semejante al supuesto previsto por la misma norma. De esta manera, se aplica una misma norma a dos supuestos de hecho que guardan una cierta semejanza entre ellos; a pesar de que son diferentes tienen un elemento en común que justificaría la aplicación de una misma norma a ambos.

---

<sup>39</sup> Sentencia C-083 de 1995.

Para aplicar una norma por vía de la analogía, lo primero que se debe hacer es, de acuerdo con GUASTINI “... *argumentar que el elemento común a los dos supuestos de hecho (lo que los hace semejantes) constituye, además, la “razón suficiente” por la que al supuesto de hecho disciplinado se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica*”<sup>40</sup>, lo que implica buscar cuál es el motivo o razón que subyace en la norma y analizar si ese motivo se presenta en otro supuesto de hecho frente al cual nada ha dicho el legislador.

De todas maneras hay que tener en cuenta que la analogía puede implicar también un análisis más profundo, como lo señala Diego López, puesto que no se trata tan sólo de tener en cuenta el derecho positivo, sino de “... *buscar el término medio, necesario a la analogía, en consideraciones de política legislativa, es decir, en los motivos de orden moral, social, económico, tendiendo a satisfacer la justicia concreta o la utilidad general, que han inspirado la regla, sirviendo de tipo y de modelo*”<sup>41</sup>.

Ahora bien, en principio debería sostenerse que en el caso de la agencia comercial no se podría hacer una aplicación analógica ya que para este tipo de contrato sí existe una norma expresa que consagra la posibilidad de pactar cláusulas de exclusividad tanto a favor del agente como a favor del agenciado. Pero, si se aceptara lo anteriormente citado, hay que reconocer que sería posible aplicar dicha prohibición por vía analógica, sobre todo por los motivos de orden constitucional y económico que inspiraron la prohibición de las cláusulas de exclusividad con, sobra decirlo, los mismos límites que se han establecido para dichas cláusulas en relación con los contratos de suministro. Esto es muy discutible, sobre todo porque no es un argumento que pueda ser aceptado de manera general, ya que en último término implica establecer un límite a una norma

---

<sup>40</sup> GUASTINI, Ricardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 97.

<sup>41</sup> GÉNY, F. Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law. Louisiana State Law Institute. New Orleans: 1954. Pág. 569. Citado en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Editorial Legis, 2004. p. 283.

de tipo positivo, límite que la misma norma no consagra. Además, dado que uno de los presupuestos de la analogía es que exista una laguna o falta de regulación, en el caso de la agencia dicho presupuesto no se presentaría y por lo tanto la aplicación analógica no sería posible.

Y en relación con los otros contratos objeto de análisis, la aplicación analógica no es ni mucho menos sencilla, ya que si bien es cierto que no cuentan con una regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, son contratos que se presentan de manera constante en el ejercicio de las actividades mercantiles, por lo que la analogía podría dificultar el normal desenvolvimiento de dichos contratos y desincentivar a los comerciantes que encuentran en la exclusividad una forma de proteger sus intereses, ya que posiblemente preferirían no hacer ningún tipo de inversión que más adelante no van a poder recuperar si no tienen cómo garantizar que nadie se aprovechará de los frutos de su esfuerzo, como lo explica la teoría del *free rider*, vulnerándose así sus derechos a la libre empresa y a la libertad de contratación.

A pesar de ello, es cierto que la aplicación de la prohibición del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 por la vía de la analogía se hace más fácil en tanto efectivamente en los contratos atípicos se presenta una laguna del ordenamiento jurídico, derivada precisamente de su misma condición atípica, razón por la cual sería más fácil argumentar que en esos casos, siempre y cuando se compruebe que se presentan las razones constitucionales y legales para la aplicación de dicha prohibición, la exclusividad también estaría limitada por el artículo 19 en atención del principio de igualdad. Nuevamente, se debe tener en cuenta que la aplicación analógica de una prohibición no es algo aceptado pacíficamente, y puede generar malestar en quienes consideren que las sanciones y prohibiciones no deben ser, en ningún caso, extendidas por la vía de la analogía.



Sin embargo, también están quienes reconocen que, finalmente, la analogía obedece más a un problema de valoración del juez en el caso concreto. En efecto, como lo señala Beatriz Quintero:

... tanto la interpretación extensiva como la analogía, en cualquiera de sus especies, exigen una valoración, son tareas de la estimativa; [...] la intuición de la existencia de razones iguales, que llevan a descubrir el principio axiológico insito, o la formulación de la norma primaria como esencia del precepto concreto, son tareas no solamente lógicas, sino especialmente axiológicas, porque suponen un juicio de valor<sup>42</sup>.

Ahora bien, una aplicación extensiva podría hacerse a partir de dos vías diferentes<sup>43</sup>:

- a) La analogía, que implicaría hacer un análisis de fondo de la norma y verificar, a través de juicios de valor, que el contrato atípico puede ser cobijado por la misma. Implica tener en cuenta el argumento según el cual donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.
- b) El interés o fin dominante, mediante la cual se acude a las reglas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos. Esta sería la interpretación teleológica, que busca determinar la finalidad de la norma en términos del sistema al cual pertenece. Por lo tanto, en este análisis sería necesario recurrir a los principios constitucionales y a las razones que motivaron al legislador para prohibir las cláusulas de exclusividad, así como al ordenamiento jurídico en el cual se inscribe dicha prohibición (la Ley 256 de 1996)

---

<sup>42</sup> QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 63.

<sup>43</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. Ob. Cit. pp. 110 - 111.

Así, en el tema bajo estudio, se podría sostener que se hace una aplicación analógica de la prohibición del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 a aquellos pactos de exclusividad que se den dentro de alguno de los contratos atípicos, en términos de la razón de ser de la norma y debido a que se trata de contratos que cumplen las mismas funciones económicas que el contrato de suministro y que por lo tanto pueden generar los mismos efectos nocivos para la competencia. Por lo tanto, se trataría de una interpretación extensiva que atendería tanto a la interpretación analógica como a la interpretación teleológica.

Esto trae implícito el argumento en pro de la igualdad, argumento que ha sido sostenido por la Superintendencia de Industria y Comercio en algunos de sus conceptos y resoluciones, que en varias oportunidades se ha pronunciado a favor de la interpretación analógica. En efecto, dicha Institución ha sostenido que

... aún cuando la anterior disposición [Ley 256 de 1996] hace referencia a los contratos de suministro, creemos que independientemente de la denominación contractual que se otorgue, cualquier negocio jurídico que incluya un pacto de exclusividad podría hallarse bajo la causal de deslealtad indicada, pues no olvidemos el principio de derecho por el cual, a una misma causa debe sobrevenir una misma consecuencia jurídica<sup>44</sup>

El anterior argumento, que se basa sobre todo en la teoría del autor bogotano JAECKEL, lo ha mencionado la Superintendencia (en adelante SIC) en múltiples conceptos a lo largo del período 1997-2003. En efecto, es posible encontrar otros pronunciamientos como el Concepto 02008933 del 19 de marzo de 2002 o el Concepto 01052233 del 14 de agosto de 2001, en los cuales la SIC se ha acogido a la idea según la cual, como se trata de contratos similares, en cuyo desarrollo es posible llegar a una afectación real de la economía, se debe aplicar la prohibición

---

<sup>44</sup> Concepto 00081239 del 11 de Diciembre de 2000

del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 a todos los contratos de distribución comercial<sup>45</sup>.

Esto es precisamente lo que sostiene JAECKEL y permite comprender que dicho autor reconoce la posibilidad de la analogía:

... los casos que enumera la ley son simplemente enunciativos y no taxativos y a través de la prohibición general del artículo 7º se podría extender la causal de deslealtad a otros contratos que contengan dichas cláusulas, pues los argumentos por los cuales los pactos de exclusividad son desleales, se fundamentan en razón de los efectos de la cláusula y no a los del contrato al cual acceden y dado que en derecho donde opera la misma razón debe seguirse la misma consecuencia, es de concluir que si dichos pactos pueden generar las consecuencias por las cuales se descalifican en el suministro, en cualquier otro contrato en el que se establezcan pueden también generar las mismas consecuencias.<sup>46</sup>  
(Subrayado fuera de texto)

Esto puede resultar controvertido, sobre todo si se atendiera a lo que en relación con el contrato de concesión sostuvo JUAN ANTONIO GAVIRIA:

... por la función económica del contrato de concesión comercial y por sus particularidades, se debe interpretar el mismo consultando únicamente las estipulaciones de las partes y las normas generales sobre contratos, las

---

<sup>45</sup> En el Concepto 02008933 del 19 de marzo de 2002 la Superintendencia establece que "Teniendo en consideración lo señalado y que los actos de competencia desleal enunciados en la ley 256 de 1996 no son taxativos, es claro que los pactos desleales de exclusividad son aplicables a todo tipo de contratos".

Y en el Concepto 01052233 del 14 de agosto de 2001 es posible encontrar algo similar: "Es así como, tal y como ya lo hemos manifestado, la doctrina ha puntualizado que no obstante el artículo menciona únicamente los contratos de suministro, la prohibición que establece no se aplica solamente en relación con el contrato de suministro, sino que se extiende a todos los pactos de exclusividad, independientemente del tipo de contrato en el cual se incluya"

<sup>46</sup> JAECKEL K, Jorge. Ob. Cit. pp. 66 - 67

cuales son suficientes para la plenitud hermética, sin que sea necesario, salvo excepciones, acudir a la regulación de otros contratos, a los cuales no hay ninguna remisión legal y que, así sean de distribución mercantil, pueden tener diferencias sustanciales con el de concesión comercial<sup>47</sup>.

Este argumento podría aplicarse en general para los otros contratos atípicos (la franquicia y la distribución), porque son contratos frente a los cuales el legislador no se ha pronunciado, y por lo tanto la aplicación por la vía de la analogía de una norma particular como la prohibición de la exclusividad en el suministro podría terminar desincentivando a quienes recurren a estos contratos para el desarrollo de sus actividades comerciales. Algo similar ha mencionado, al analizar la validez de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro, Ernesto Rengifo:

Los pactos de exclusividad son cláusulas normales en casi todos los contratos de distribución o intermediación mercantil (distribución, agencia comercial, concesión mercantil, franquicias, etc.), a tal punto que, en las actuales condiciones de mercados tan competitivos, es raro encontrar a un intermediario que se lance al mercado sin un pacto de exclusividad, puesto que éste, en teoría, le permite recuperar los gastos de infraestructura, los gastos de instalación, los pagos a los trabajadores, etc.<sup>48</sup>

Concluye el autor afirmando que no se debe entender que la prohibición del artículo 19 aplica para todos los contratos de intermediación, sino que sólo debe ser aplicada al contrato de suministro porque así lo estableció la norma referida. Esto implica, finalmente, que dado que la Ley 256 de 1996 sólo prohibió la exclusividad para los contratos de suministro, la aplicación de la misma no debe

---

<sup>47</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. Ob. Cit. p. 111.

<sup>48</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 365. GAVIRIA, Juan Antonio. Ob. Cit. pp. 110 - 111

hacerse extensiva de ninguna forma a los demás contratos de distribución comercial.

Se puede argumentar por lo tanto que la interpretación por la vía de la analogía tiene dos problemas fundamentales: por un lado, hay que tener en cuenta que la aplicación de sanciones y prohibiciones por la vía de la analogía no es posible, puesto que atenta contra uno de los principios generales del derecho: la no aplicación de la analogía *in malam partem*, que si bien no ha sido consagrada de manera expresa, se ha reconocido dentro del ordenamiento jurídico y constitucional colombiano.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que si bien al prohibir las cláusulas de exclusividad en todos los contratos de distribución comercial se estaría protegiendo el derecho a la libre competencia económica, también se estarían vulnerando los derechos a la libertad de empresa y a la libertad de contratación de aquellas personas que, en el desarrollo de sus negocios, prefieran pactar cláusulas de exclusividad por los beneficios que las mismas les podrían reportar. Surge la pregunta de cuál derecho debe prevalecer en el caso concreto, lo cual es algo que le corresponde responder al legislador, que parece haber tomado su decisión cuando decidió prohibir la exclusividad y sólo mencionó al contrato de suministro, lo cual parece evidenciarse en la misma exposición de motivos de la Ley 256 de 1996, en la que se sostuvo:

La generosa tipificación de los actos concretos de competencia desleal permitirá dotar de mayor certeza a la disciplina, evitando que conductas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones más que dirigirse a

incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad<sup>49</sup>. (Subraya fuera de texto).

### 3.2 APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN A PARTIR DE LA REGLA DE LA RAZÓN

La prohibición de las cláusulas de exclusividad se podría aplicar por la vía de la interpretación analógica, lo cual requiere un extenso trabajo de argumentación, pero sobre todo de valoración, a la hora de establecer si el pacto de la exclusividad en un contrato de franquicia, concesión o distribución podría enmarcarse dentro del supuesto normativo del artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

Pero, para efectos de un análisis que permita un mejor entendimiento de la problemática bajo estudio, lo más pertinente es entender las posibles razones por las cuales la prohibición de las cláusulas de exclusividad debe ser aplicada a todos los contratos de distribución comercial. Para esto, se recurre a un análisis de las posiciones de la Corte Constitucional y del derecho comparado, en especial de la legislación *antitrust* de Estados Unidos y de las leyes de competencia de la Unión Europea.

Primero, la Constitución, en el artículo 333, establece a la libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades, así como que al Estado le corresponde evitar que se obstruya o restrinja, y controlar los abusos que se puedan hacer de la posición dominante en el mercado nacional. También el Código Civil, en los artículos 1502 y siguientes, establece la libertad contractual, con lo cual se acentúa el interés del Estado de proteger y mantener la libertad de competencia.

---

<sup>49</sup> Exposición de Motivos. Proyecto de Ley No. 67 de 1994, Senado. En: Gaceta del Congreso, viernes 9 de septiembre de 1994.

En segundo lugar, es posible encontrar otras leyes y decretos más particulares que contienen directrices encaminadas a la protección de la libertad de competencia y a evitar las prácticas restrictivas del mercado y la competencia desleal. Entre estas leyes, se puede encontrar la Ley 256 de 1996, “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, que trata el problema de las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro al calificarlas de competencia desleal cuando tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios; y que de manera especial consagra en su artículo 7.

Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado. (Subraya fuera de texto).

Además, está el Decreto 2153 de 1992, que contiene lo relacionado con la Superintendencia de Industria y Comercio y que en el artículo 47 establece como acuerdos que restringen la libre competencia “... 2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;* 3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*” Este Decreto, que es anterior a la Ley 256 de 1996 y aún está vigente, bien podría

servir como base o criterio para estudiar la posibilidad de prohibir los pactos de exclusividad cuando estos se puedan enmarcar dentro de uno de esos dos numerales.

Esto último puede ser compatible con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, ya que sería posible hacer el análisis de cada uno de los pactos de exclusividad por separado, en razón no solo de los motivos legales que subyacen a dicha ley, sino también de las consideraciones que en torno a su constitucionalidad se han hecho. En efecto, cuando la Corte Constitucional sostuvo que “... *si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia.*”<sup>50</sup>, está abriendo una puerta para que sea posible hacer el análisis de todas las cláusulas de exclusividad en términos de si generan o no una efectiva restricción a la competencia.

En esta misma línea, se podría decir que cuando un pacto de exclusividad tenga como objeto o efecto uno de los dos eventos mencionados en los numerales 2 y 3 del artículo 47 y, sobre todo, puedan también enmarcarse dentro de la prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, por lo que se podría sostener que se trata de un acto que restringe la libre competencia y que en esa medida puede ser considerado ilegal, sin importar el contrato del que haga parte, y la Superintendencia de Industria y Comercio podrá tomar todas las medidas necesarias para corregir o impedir el abuso o podrá acudir ante los jueces de la República para que ellos procedan a tomar sus decisiones encaminados a proteger por sobre todo la libre competencia en condiciones constitucionales.

Si el análisis se hiciera desde esta perspectiva, mediante la integración de lo consagrado por la Constitución, por la Ley 256 de 1996 y por el Decreto 2153 de 1992, la argumentación en orden a la aplicación de la prohibición de las cláusulas de exclusividad a los demás contratos de distribución comercial alcanzaría un

---

<sup>50</sup> Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz



sustrato constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que se trata de contratos que cumplen una función económica similar, cual es la distribución, y que en desarrollo de dicha actividad pueden generar limitaciones a la libertad de competencia, bien porque restringen el acceso de competidores al mercado o porque permiten la creación de monopolios y poderes de mercado.

Además, si la interpretación se hace por esta vía se podría solucionar el problema de la agencia mercantil, ya que no era fácil determinar cómo hacer la aplicación de una norma a un contrato que ya tenía una regulación al respecto, puesto que la agencia comercial sí tiene una consagración en el Código de Comercio en la que se permiten los pactos de exclusividad. Para ello, la interpretación a partir de la regla de la razón aporta la solución, pues no implica desconocer la existencia de dicha exclusividad sino que requeriría pactarla con base en los juicios constitucionales, que van de la mano de lo establecido por la Ley 256 de 1996, y por aquellos actos que pueden ser investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio por atentar contra la libre competencia.

Este análisis, que podría utilizarse para el estudio de las cláusulas de exclusividad en todos los contratos de distribución comercial, implica verificar que no se presente uno de los cuatro eventos en los cuales se afirma que hay competencia desleal<sup>51</sup>:

- La cláusula tiene por objeto restringir el acceso de los participantes al mercado.
- La cláusula tiene como efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado.
- La cláusula tiene por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios.

---

<sup>51</sup> JAECKEL, Jorge. Ob. Cit. p. 66.

- La cláusula tiene como efecto monopolizar la distribución de productos o servicios.

Sin embargo, lo anterior implica un problema: ¿cómo es posible identificar cuándo una cláusula de exclusividad es o no reflejo de una práctica de competencia desleal o restrictiva del mercado? ¿No es esa la razón que justificaría que se pacten dichas cláusulas? Porque, desde un punto de vista económico, las cláusulas de exclusividad pueden ser precisamente lo que impulse a los empresarios a contratar en aras de alcanzar la maximización de sus propios beneficios, o por lo menos de internalizar los costos de transacción que se podrían derivar si dentro de la relación contractual se llegara a presentar el problema de la “cautividad” o del aprovechamiento gratuito, ambos mencionados cuando se hacía el análisis de las razones económicas de la prohibición<sup>52</sup>.

Posiblemente, si no se contara con el respaldo que puede brindar la exclusividad, no se celebrarían los contratos, sobre todo porque queda abierta la posibilidad de que más adelante se genere una restricción a la libertad de competencia, restricción que buscaban las partes y que, sin embargo, podría llevar a que un juez declarara que dicha exclusividad no se podía pactar y la declarara nula, contraviniendo lo que las partes habían pactado desde el principio; o a que la Superintendencia de Industria y Comercio, en desarrollo de sus funciones, iniciara una investigación por competencia desleal o violación a la libertad de competencia.

Para resolver el anterior problema, la Comisión Europea para la Competencia Desleal, a partir de un análisis de la actual regulación en materia de competencia, ha establecido que debe hacerse un estudio con base en dos parámetros diferentes: por un lado, la naturaleza de la restricción vertical que se estudia; y por otro lado el nivel de poder de mercado involucrado en el estudio. Este último

---

<sup>52</sup> COLOMA, Germán. Ob. Cit. pp. 188 - 189.

parámetro es particularmente importante, ya que la Comisión Europea introduce una presunción de legalidad de las cláusulas que implican restricciones verticales en beneficio de los productores que tienen una participación en el mercado inferior al 30%.

Lo anterior tiene algunas excepciones, como lo demuestra el caso de Heineken, en donde además del poder de mercado de la empresa cervecera (superior al 50% en Holanda), se analizó también la afectación real a la competencia, y la autoridad de Competencia de Holanda (conocida como NMa) determinó que, si bien los pactos de exclusividad generan el riesgo de que se le niegue a los competidores el acceso al mercado y por lo tanto pueda terminar excluyéndolos del mismo, hay que reconocer que para determinar si los acuerdos de suministro exclusivo dan lugar al cierre del mercado se requiere analizar los efectos que dichos acuerdos generan en el mercado como un todo<sup>53</sup>, es decir, establecer de manera precisa que se está vulnerando significativamente a la competencia.

Lo anterior se podría ver reforzado con el uso del modelo teórico presentado por VAN DEN BERGH y CAMESASCA en su libro “Competition Law and Economics: A comparative perspective” según el cual la fuerza del argumento o defensa económico basado en la eficiencia de la cláusula de exclusividad se debe analizar con base en el siguiente cuadro<sup>54</sup>:

| <b>Producto/<br/>Naturaleza de la<br/>distribución</b> | <b>Caso fuerte (fácil)</b>      | <b>Caso débil (difícil)</b> |
|--|---------------------------------|-----------------------------|
| Complejidad del<br>producto                            | Altamente complejo o<br>técnico | Simple o no técnico         |

<sup>53</sup> [http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb\\_brief04.pdf](http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief04.pdf) Traducción libre.

<sup>54</sup> VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Meter D. Ob. Cít. pp. 239-240. Traducción libre.

|   |                                       |  |
|---|---------------------------------------|--|
| Costo para el consumidor  | Costoso/ gran parte del presupuesto   | No costoso                                       |
| Hábitos de compra del consumidor                                    | Compras ocasionales                   | Compras repetidas                                |
| Formato de tienda para la compra                                    | Tiendas no convencionales             | Tiendas convencionales                           |
| Información del consumidor sobre el producto                        | Conocimiento limitado o especializado | Detalles / Características ampliamente conocidas |
| Producto/ Naturaleza de la distribución                             | Caso fuerte                           | Caso débil                                       |
| Precio /Calidad comparativa   | Bienes de experiencia o de crédito    | Search goods <sup>55</sup>                       |
| Diferenciación del producto   | No clara – marca débil                | Clara – marca fuerte                             |
| Posición en el ciclo de vida del producto                           | Nuevo                                 | Posicionado o maduro                             |
| Barreras de entrada en la distribución                              | Bajas                                 | Altas  |
| Economías de alcance en la distribución minorista ( <i>retail</i> ) | Insignificantes                       | Sustanciales                                     |

De esta manera, se debe analizar si el mercado es muy complejo en términos técnicos (como es el caso de los equipos médicos de alta tecnología), si el

<sup>55</sup> Los *search goods* son aquellos bienes que “presentan bajos costos para detectar la calidad, antes de la compra. Por lo tanto, el comprador puede aprender al comparar e inspeccionar los atributos del bien antes de comprarlo. Algunos ejemplos de estos bienes son la ropa, el calzado, los muebles las cámaras y la comida.” Tomado de <http://www.springerlink.com/content/hntx544w333671hl/>. Traducción libre.

producto es muy costoso, si se trata de un producto que se compra de vez en cuando (como un carro), si hay que ir a tiendas especializadas para conseguirlo, si el consumidor no tiene mucho conocimiento sobre el bien (se requiere conocimiento especializado), si el bien es de aquellos catalogados como bienes de experiencia<sup>56</sup> o bienes de crédito<sup>57</sup>, si las marcas comerciales en el mercado no son muy fuertes ni muy conocidas, si el producto es nuevo, si no hay (o son pocas) barreras de entrada a la distribución del producto, si no hay economías de alcance<sup>58</sup> (o son insignificantes), etc.

Si se verifica que nos encontramos siempre ante lo que en el cuadro se denomina “caso fuerte” (es posible sustentar el argumento de eficiencia pues es una defensa fuerte), entonces tenemos una situación perfecta para justificar las cláusulas de exclusividad desde el punto de vista económico porque generan eficiencia y benefician al consumidor.

Por supuesto, encontrar un mercado que cumpla con todas las condiciones mencionadas en la tabla es casi imposible. Por eso, no es necesario que se cumpla con todas las características. Esto es un modelo teórico que muestra

---

<sup>56</sup>Estos son los denominados *experience goods* que han sido definidos como aquellos bienes que “... tienen un costo alto al momento de la compra, pues no es posible para el comprador conocer la calidad de lo que compra. Pero el comprador aprende los atributos después de comprar y consumir el bien, por lo que los costos en cuanto al nivel de conocimiento de la calidad son bajos después de la compra. Esta información puede ser utilizada para posteriores consumos del producto. Algunos ejemplos de estos bienes son los trabajos, hoteles, periódicos, discos musicales y películas, vino y restaurantes.”

Tomado de <http://www.springerlink.com/content/hntx544w333671hl/>. Traducción libre.

<sup>57</sup> Son los *credence goods*, que son aquellos que “... tienen costos altos para la detección de calidad tanto antes como después de la compra. Su utilidad no puede ser exactamente determinada, ni siquiera después del consumo. Ejemplos de estos bienes son los servicios de salud, las asesorías legales, el cuidado de los niños y las guías religiosas y espirituales.” Tomado de <http://www.springerlink.com/content/hntx544w333671hl/>. Traducción libre.

<sup>58</sup> Las economías de alcance se presentan cuando: “Una empresa utiliza recursos especializados (y con frecuencia caros) para producir una *gama de bienes y servicios*. Por ejemplo, Microsoft contrata programadores especializados, diseñadores y expertos en marketing y utiliza sus habilidades en una gama de productos de software. Como resultado, Microsoft coordina los recursos que producen software a un costo inferior de lo que puede hacerlo una persona que compra todos estos servicios en el mercado”.

Tomado de: PARKIN, Michael; ESQUIVEL, Gerardo y ÁVALOS, Marcos. Microeconomía. México: Pearson Educación, 2006. p. 220.

casos extremos. En cada caso concreto, teniendo en cuenta estas características, se decidirá si el argumento de eficiencia prevalece o no.

A nivel local, la Corte Constitucional parece hacer uso de otra regla para la interpretación de las cláusulas de exclusividad, regla a la que también se suele acudir en el ámbito de la Unión Europea: la “regla de la razón”, que establece que las posibles restricciones a la competencia derivadas de la realización de una determinada práctica serían sopesadas con los efectos benéficos sobre la eficiencia económica que su realización podría reportar. En estos casos, no se evalúa ya el posible sacrificio que haga o deje de hacer el productor en aras de lograr alcanzar un determinado poder de mercado, sino si efectivamente los efectos benéficos para el desarrollo de los bienes o servicios de que se trate y, por ende para el consumidor, derivados de esa eficiencia económica, superan en forma contundente a los posibles efectos anticompetitivos de los acuerdos.

Se ha reconocido, en el ámbito de la Unión Europea, que para que haya una buena regulación en materia de restricciones verticales deben buscarse, más que fórmulas legales, reglas de competencia que se basen en el reconocimiento de que dichas restricciones tienen efectos ambiguos en el bienestar económico, y que por lo tanto el análisis se debe basar en si un acuerdo determinado tiene o no efectos nocivos para la competencia. Pero si la naturaleza de la restricción en sí misma no nos permitiera predecir cuándo genera efectos negativos y cuándo no, ¿cómo se puede llevar a cabo dicho análisis?

Se debe partir de una comparación entre los beneficios o ganancias que se pueden obtener en términos de eficiencia en la distribución y los costos generados por las restricciones a la competencia. De esta manera, la prohibición de la restricción vertical puede ser evitada si se probara de manera suficiente la ganancia en la eficiencia asociada con la restricción del número de competidores.

Así, la fuerza del argumento de la eficiencia depende del tipo de producto y de la naturaleza del sistema de distribución.

Por ello, se reconoce que

La primera pregunta que se debe hacer en una investigación sobre restricciones verticales es si hay un poder de mercado significativo desde el punto de vista del productor, del distribuidor o de ambos, [...] En ausencia de poder horizontal de mercado es poco probable que los problemas de las restricciones verticales revistan importancia.

... Si se determina que no hay poder de mercado, el análisis podría terminar. Pero si efectivamente se presenta poder de mercado, se debe pasar a la siguiente pregunta acerca de qué tan serias son las distorsiones en la competencia para el consumidor. [...] Si los consumidores pueden cambiarse a otros productos y/o distribuidores, las restricciones verticales tienen pocas posibilidades de ser dañinas. Por contraste, una elasticidad baja o moderada de la demanda indica que los efectos anticompetitivos pueden ser importantes para los consumidores<sup>59</sup>.

Los beneficios económicos que puede reportar para las partes contractuales una cláusula de exclusividad van desde evitar el problema del *free rider*, hasta lograr la lealtad y, por lo tanto, el mayor esfuerzo en la promoción y venta de los productos y la creación de economías de escala. Además, hay que tener en cuenta que, si

---

<sup>59</sup> VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Meter D. Ob. Cít. pp. 238 - 239.

"Therefore, the first key question for consideration in an investigation of vertical restraints is whether there is significant horizontal market power at the manufacturers' or retailers' level or both. [...] In the absence of horizontal market power it is unlikely that the issues of vertical restraints are important.

... If no market power may be established, the investigation of the real effects of vertical restraints can already stop here. In the opposite case, the new key issue relates to the seriousness of the competitive distortions to the consumer. [...] If consumers can easily switch to other products and/or retailers, vertical restraints are less likely to be harmful. By contrast, moderate or low elasticities of demand indicate that the anticompetitive effects may be important to consumers". (Traducción Libre)

no existe un método para prevenir el problema del *free rider*, los futuros distribuidores, franquiciados, concesionarios o agentes podrían decidir no iniciar sistemas de distribución comercial en primer lugar, pues de esta manera pueden evitar hacer inversiones muy altas y específicas pero sin contar con la garantía de que van obtener el retorno de su inversión. En cuanto a los costos que la exclusividad puede representar para los consumidores se destacan los costos de búsqueda de los consumidores finales en tiempo y esfuerzo en relación con el valor de los bienes; y en cuanto a la competencia, se presenta un aumento en los costos de producción para los competidores, lo cual podría llegar incluso a sacarlos del mercado o a cerrar dicho mercado y evitar la entrada de nuevos competidores, lo cual podría desembocar en la creación de un poder de mercado.

Ese poder de mercado, de acuerdo con lo que han propuesto algunos autores europeos como P. Dobson y M. Waterson, se puede medir a través de factores como la diferenciación sustancial en una o en ambas de las etapas de la industria (llámese producción, distribución o consumo) en comparación con productos con características similares, ganancias altas, participaciones en el mercado altas y estables y una concentración estable.

Existe otra forma de hacer el análisis con base en comparaciones, que es el que se conoce como la “regla del sacrificio”<sup>60</sup>, que es muy similar a la regla de la razón, de acuerdo con la cual se debe analizar primero si un acuerdo de exclusividad tiene sentido porque crea beneficios de eficiencia que superan los costos del acuerdo como tal (incluyendo el costo de oportunidad del distribuidor por no poder negociar con otros, y que el productor tiene que asumir). Si se determina que efectivamente son mayores los beneficios, el acuerdo es legal. Si los costos

---

<sup>60</sup> La denominada “rule of reason” propuesta por A. Douglas Melamed en su texto “Exclusive dealing agreements and other Exclusionary conducts—are there Unifying principles?” En: [http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed\\_ExclusiveDealingAgreements.pdf](http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed_ExclusiveDealingAgreements.pdf)



superan los beneficios, se debe analizar si los acuerdos han creado o pueden crear poder de mercado para el productor, pues si la respuesta es positiva sería posible concluir que el acuerdo sólo era rentable por la exclusión de los rivales y el poder de mercado resultante, lo cual hace que el acuerdo sea anticompetitivo. Se le da el nombre de test del sacrificio porque se entiende que

... hasta la conducta que excluye a los rivales es legal si es rentable en sus propios términos, sin atender a ningún poder de mercado que pueda crear, y, como corolario, la conducta que excluye a los rivales es anticompetitiva sólo si el demandado está sacrificando ganancias como parte de una estrategia para obtener poder de mercado<sup>61</sup>.

En Estados Unidos, la Ley Antitrust hace un análisis muy parecido, puesto que la Corte Suprema de Justicia acude a un estudio basado en la regla de la razón y determina que las restricciones territoriales deben promover "... una competitividad dentro de la marca al permitirle al productor alcanzar cierta eficiencia en la distribución"<sup>62</sup>. De esta manera, se renuncia al establecimiento de restricciones *per se* y se recurre mejor a un análisis basado en los verdaderos efectos logrados o perseguidos por la cláusula, analizada individualmente, atendiendo a las ganancias de quien se ve beneficiado por la misma.

Este es precisamente el criterio propuesto por la Corte Constitucional, puesto que no implica el reconocimiento de una prohibición absoluta para todo tipo de cláusulas de exclusividad, sino que implica necesariamente el estudio individual de

---

<sup>61</sup> MELAMED, A. Douglas. Exclusive dealing agreements and other Exclusionary conducts—are there Unifying principles? En: [http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed\\_ExclusiveDealingAgreements.pdf](http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed_ExclusiveDealingAgreements.pdf). Pág. 391.

"... even conduct that excludes rivals is lawful if it is profitable on its own terms, without regard to any market power it might create, and, as a corollary, that conduct that excludes rivals is anticompetitive only if the defendant is sacrificing profits as part of a strategy to obtain market power." (Traducción libre)

<sup>62</sup> VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Meter D. Ob. Cít. p. 223.

las cláusulas para determinar si constituyen o no violaciones a la libertad de competencia.

Pero ese análisis con base en la regla de la razón que hace la Corte, y que se ha venido haciendo en otros países, no se debe limitar a los contratos de suministro, sino que sería posible aplicar el criterio de análisis a los demás contratos de distribución atendiendo únicamente al artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

De esta manera no sería necesario recurrir a una norma tan particular como el artículo 19 de la Ley (que se refiere de exclusivamente a los contratos de suministro), sino que sería posible realizar el estudio de las cláusulas de exclusividad en contratos como la agencia, la franquicia o la concesión dentro del marco de la prohibición del artículo 7 y con base en la regla de la razón, es decir, haciendo un balance real entre los beneficios económicos derivados de la exclusividad y los costos que dicho pacto le pueden acarrear al mercado en términos de competencia y afectación de los intereses de los consumidores.

Ese balance tendrá que hacerlo quien tenga que decidir si una determinada cláusula de exclusividad, pactada dentro de un contrato de distribución comercial, puede ser considerada como un acto de competencia desleal de acuerdo con lo que se establece por los artículos 7 y 19 de la Ley 256 de 1996. Para ello, se deberá tomar en cuenta que no todos los pactos de exclusividad generan un aumento en la eficiencia pero tampoco todos son *per se* perjudiciales para la libre competencia económica.

Finalmente, se tendrán que analizar, entre otras variables, el tipo de demanda del bien en cuestión, el tamaño del mercado relevante al cual hace parte y la posición real que ocuparían los competidores dentro de dicho mercado, con o sin la cláusula de exclusividad. Sólo a partir de un examen juicioso de los efectos positivos y negativos que se generarían a partir del acuerdo es posible aplicar la

regla de la razón y aplicar la prohibición de las cláusulas de exclusividad de acuerdo con los criterios constitucionales y legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 4. CONCLUSIONES

- La prohibición de la cláusula de exclusividad en el contrato de suministro, consagrada en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, busca garantizar que la libertad de competencia protegida por la Constitución Nacional no se vea afectada por prácticas desleales susceptibles de perturbar el funcionamiento de un mercado competitivo. Pero, de acuerdo con la Corte Constitucional, el tipo de pacto que se prohíbe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, pues para que una cláusula pueda estar sometida a las consideraciones del mencionado artículo debe generar un efecto real en la restricción de la competencia.
- Si se logra sostener que con la cláusula de exclusividad no se produce ninguna restricción al mercado o a la libertad de competencia dicha cláusula puede pactarse e incluso resultar mejor para los empresarios contar con ella pues sirven para garantizar que no se presenten problemas de oportunismo, restringir la entrada de nuevos competidores al mercado, internalizar los costos de transacción que se podrían generar para el productor que se tenga que encargar de la comercialización de sus propios productos, entre otros.
- Dentro del normal devenir de las relaciones comerciales es posible que la relación productor-consumidor no se presente de manera directa, sino que se requiera de un tercero que se encargue de cumplir un papel de intermediación a lo largo de la cadena productiva. Ese tercero cumple una función económica especial, ya que se encarga de poner a disposición de los consumidores finales los bienes o servicios de los productores, de una manera más eficiente. La función económica ha recibido el nombre de “distribución comercial” y

puede ser desarrollada a través de diversos contratos o figuras jurídicas, como el suministro, la agencia comercial, la franquicia o la concesión. Pero hay otro tipo de contrato que cumple con la misma función económica y que, si bien no ha sido desarrollado como contrato independiente en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene unos elementos que lo caracterizan y lo diferencian de los demás contratos de distribución comercial: el contrato de distribución.

Con base en lo anterior se hace posible reconocer la existencia de un género próximo que recoge a todos los contratos que cumplen una función económica similar y que recibe el nombre de distribución comercial; y que dentro de ese género próximo es posible encontrar una especie de contrato denominado contrato de distribución, cuya existencia ha sido reconocida y mencionada en Colombia, pero que no ha sido objeto de una mayor atención doctrinaria y legal, como sí lo ha sido en otros países como Argentina.

- En el desarrollo de cualquiera de los contratos de distribución comercial se puede generar un monopolio o un poder de mercado que implique una vulneración a la libertad de mercado y competencia, ya que dichos contratos cumplen la misma función económica y tienen unos elementos comunes con el contrato de suministro, sobre todo en lo que a la relación entre las partes se refiere, y dado que en todos es posible recurrir a pactar una exclusividad, entendida como una restricción vertical, bien porque hay una norma expresa que así lo permita, como en el caso de la agencia, o bien porque se trata de contratos atípicos sobre los que nada se ha establecido. Por lo tanto, la prohibición de la cláusula de exclusividad debería poderse aplicar o por lo menos analizar en relación con todos estos contratos, sobre todo porque lo que se protege con dicha prohibición guarda relación con unos fines constitucionales que no dependen del tipo de contrato que se realiza sino de los efectos que dicho contrato puede tener en el mercado.

- Ahora bien, al entender que la prohibición atiende a motivos de protección del principio constitucional de libre mercado, consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, y que finalmente dicho principio puede verse vulnerado con cualquier tipo de exclusividad, es importante tener en cuenta que los pactos de exclusividad no están prohibidos *per se* sino que dependen de que se verifique si afectan o no la competencia y el mercado, es decir, se debe hacer un análisis con base en lo que se conoce como la regla de la razón, según la cual se debe hacer un balance entre los beneficios o ganancias que se pueden obtener en términos de eficiencia en la distribución y los costos generados por las restricciones a la competencia. De esta manera, la prohibición de la restricción vertical puede ser evitada si se logra probar que la ganancia en la eficiencia asociada con la restricción del número de competidores supera sustancialmente los efectos negativos generados por dicha restricción en el mercado y la libertad de competencia.

Pero dado que el análisis caso por caso implica una tarea ardua y como quiera que al respecto no son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales o legales, debe reconocerse que la tarea de la prohibición de la cláusula de exclusividad para todos los contratos de distribución comercial dependerá en gran medida de la argumentación y el balance que en cada caso concreto hagan los jueces de la República y la Superintendencia de Industria y Comercio, pero siempre con miras a aceptar que su posibilidad de aplicación depende de la efectiva vulneración que se presente en el mercado, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 y no del artículo 19 de la misma Ley.

Al final, la aplicación o no del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 depende, más que todo, de la mayor o menor disposición que se tenga para verificar, por un lado, que se cumplen los presupuestos de dicho artículo; y por otro lado, que la afectación a la libre competencia no es tan sólo potencial sino que sea efectivamente verificable en la realidad del mercado y sea evidentemente

superior a las ganancias que se generen para el distribuidor o productor exclusivo, en atención a las características particulares del mercado bajo estudio.

## BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997. p.572

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos atípicos. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997. p.314

COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003. p.438

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Contratos: Parte Especial 1. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. p.411

GUASTINI, Ricardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Editorial Porrúa, 2003. p.158

JAECKEL K, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. CEDEC II. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 8. 1998. p. 66 - 87.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Editorial Legis, 2004. p. 480

LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos, Parte Especial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p.656



MELAMED, A. Douglas. Exclusive dealing agreements and other Exclusionary conducts—are there Unifying principles? En: [http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed\\_ExclusiveDealingAgreements.pdf](http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ad127e35-c391-4c32-af63-67a840080b61/Presentation/PublicationAttachment/e4c04a7f-c942-4923-af07-6cb5a18dca9c/Melamed_ExclusiveDealingAgreements.pdf)

PARKIN, Michael; ESQUIVEL, Gerardo y ÁVALOS, Marcos. Microeconomía. México: Pearson Educación, 2006. p.584

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p 599.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p.470

RIVERA, Julio César. Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 3. Editorial Rubinzal-Culzoni. 1996. pp. 149 - 177.

RYDIARD, BISHOP AND BAKER. Pro-Competitive Exclusive Supply Agreements: How Refreshing! En: [http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb\\_brief04.pdf](http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief04.pdf)

VAN DEN BERGH, Roger y CAMESASCA, Meter D. European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective, Intersentia Publishers. 2001, p.568

Derecho de la Distribución Comercial. Santa Fe de Bogotá: El Navegante Editores, 1995. p.308

Foro del Jurista: Derecho de la distribución comercial / Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Vol. 26, No. 26 (Octubre 2005) Medellín: Ediciones Tinta Fresca, 2005.

Concepto 00034404 del 23 de Junio de 2000. Superintendencia de Industria y Comercio.

Concepto 00081239 del 11 de Diciembre de 2000. Superintendencia de Industria y Comercio.

Exposición de Motivos. Proyecto de Ley No. 67 de 1994, Senado. En: Gaceta del Congreso, viernes 9 de septiembre de 1994.

Objeciones presidenciales al proyecto de Ley número 67/94 Senado (271/95 Cámara). Santa Fe de Bogotá. 24 de noviembre de 1995.

Respuesta a las objeciones presidenciales al proyecto de Ley número 67/94 Senado (271/95 Cámara). Santa Fe de Bogotá. 14 de diciembre de 1995.

Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Días.

Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Tesis se llama Adriana Vargas Saldarriaga y la tesis se desarrolló dentro de la investigación ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN.

<http://www.springerlink.com/content/hntx544w333671hl/>.