

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO.**



**MAESTRIA EN DERECHO Y ECONOMIA.**

**TEMA DE INVESTIGACIÓN: CRITERIO DE EFICIENCIA KALDOR-HICKS  
APLICADO A LA CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN POR CLIENTELA  
DEL ARTÍCULO 1497 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA  
NACIÓN ARGENTINA**

**Felipe Arturo Rodriguez Valderrama**

feliperod89@gmail.com

*Director de Tesis: Prof. Dr. Diego Ríos*



## **INDICE DE CONTENIDO**

	<u><b>Pág.</b></u>
Resumen	5
<b>I.</b> Introducción.	6
<b>II.</b> De la Concepción Jurídica comparada del Contrato de Agencia con énfasis en la Cláusula de Compensación por Clientela.	8
<b>2.1.</b> Sistema Argentino.	9
<b>2.2.</b> Sistema Colombiano.	17
<b>2.3.1.</b> Efectos Económicos de la Cláusula de Compensación por Clientela en el Tratado de Libre Comercio entre E.E.U.U. y Colombia.	22
<b>2.3.</b> Sistema Anglosajón.	26
<b>2.4.</b> Sistema de la Unión Europea.	29
<b>2.5.</b> Teoría del Empresario Débil y su interpretación en el Contrato de Agencia.	34
<b>III.</b> Análisis Económico de la Cláusula de Compensación por Clientela.	39
<b>3.1.</b> Análisis del criterio de eficiencia Kaldor- Hicks aplicado al Artículo 1497 del Código de Civil y Comercial de la Nación.	43
<b>3.2.</b> Teoría del incumplimiento eficiente de las prestaciones contractuales.	52
<b>3.3.</b> Consecuencias de la teoría de precios y costos de transacción en la Cláusula de Compensación por Clientela. Contraste de legal rules y la autonomía de las preferencias de las partes.	59
Conclusiones	68
Bibliografía	71

*“La gran multiplicación de la producción de todos los diversos oficios, derivada de la división del trabajo, da lugar, en una sociedad bien gobernada, a esa riqueza universal que se extiende hasta las clases más bajas del pueblo”*

*Página 50, La Riqueza de las Naciones*

*Adam Smith*

## **RESÚMEN**

Los contratos mercantiles tienen una función económica específica, algunos de ellos tipificados por la incidencia social que repecuté, aún en los negocios privados es necesario establecer un marco que promueva la eficiencia de las relaciones comerciales, prevengan conductas oportunistas y minimice costos de transacción. El contrato de agencia representa en el mercado la entrada efectiva de nuevos competidores, dónde el inversionista o empresario mediante un análisis de costo-beneficio evaluará su entrada a un nuevo mercado de una zona geográfica determinada.

Por lo anterior, el agente, en razón a su profesionalidad, experiencia y conocimiento del mercado, introducirá al empresario a conquistar la zona geográfica determinada, promocionando el bien o servicio sobre nuevos negocios que consideren un aumento significativo de la rentabilidad o ganancias a favor del empresario. Esta valoración de “aumento significativo” y debido a la presión por grupos de interés en el tomador de decisiones del legislativo, a implementado políticas económicas proteccionistas, como lo es la llamada, Compensación por Clientela; un mecanismo tipificado con la altruista finalidad de generar equidad en la relación contractual del empresario y agente.

Este mecanismo, produce incentivos perversos en el mercado, desincentiva la relación contractual e impide la maximización de beneficios para las partes, además de ser una barrera de entrada en el mercado, por los altos costos de transacción tanto ex ante como ex post, implica, además, para su reconocimiento, costos legales de acceso a la justicia, dónde lamentablemente, el papel del Estado, (legislador-juez) es prejuzgar al empresario en abusar de su posición contractual frente a un supuesto agente débil.

Esta premisa vulnera el principio de buena fe, autonomía de la libertad contractual y de libre empresa, al mismo tiempo, de ser una norma ineficiente e irracional en su fundamento jurídico y económico.

## ***I. INTRODUCCIÓN***

El presente estudio pretende analizar los efectos económicos de la cláusula de compensación por clientela del contrato de agencia comercial, estipulada en el Artículo 1497 del Código Civil y Comercial de la Nación en el desarrollo de las relaciones comerciales del empresario para acceder y posicionarse en nuevos mercados; fundamentándose en el derecho comparado, ésta cláusula se le ha dado tratamiento de carácter imperativo generado incentivos perversos en el mercado, puesto que impone altos costos de transacción al empresario, al otorgarle un derecho al agente por supuesta aplicación del principio de protección a la parte débil de la relación contractual.

El contrato de agencia tiene como función económica la promoción y explotación de negocios a favor de un tercero en una zona específica, este mecanismo emblemático del capitalismo competitivo ha entrado en desuso para los agentes económicos, perdiendo la relevancia social, jurídica y económica para la cual se instituyó, puesto que el excesivo proteccionismo jurídico desconoce las relaciones contractuales de los agentes económicos en suplir la demanda del mercado, aumentando los costos de entrada para el oferente empresario.

Así las cosas, en primera medida se examinará el contrato de agencia frente a su regulación en los sistemas jurídicos de la República Argentina, Colombia, Unión Europea y del Sistema Anglosajón, ii) a continuación, se observará la incidencia de la cláusula de compensación por clientela en las negociaciones del TLC entre Colombia y E.E.U.U. iii) en el análisis económico del derecho contractual al emplear el criterio de eficiencia Kaldor – Hicks como herramienta dispositiva de responsabilidad entre los contratantes, consiste si una parte mejora su situación con la ejecución del acuerdo, este puede, en teoría, compensar la situación de la otra parte que no mejora su situación por efecto del mismo acuerdo; pero existe el conflicto cuando su aplicación es de manera coercitiva por vía normativa en razón a la inalienabilidad de los derechos que la supuesta parte débil ostenta, por lo tanto, los contratantes deben evaluar los costos de transacción y la pérdida de oportunidad del negocio sobre la cláusula enunciada, ya que, si sobrepasan sus costos sobre los beneficios alcanzados, estas buscarán mecanismos alternativos que conlleven al incumplimiento de la cláusula de compensación

por clientela, lo cual, implicará que el agente deba asumir costos legales para la búsqueda del reconocimiento de su derecho, sin que efectivamente, dicho mecanismo promueva la equidad, por su ambigua tipificación; por ende, las partes buscarán abrirse espacio en el mercado, generalmente celebrando contratos distintos pero con la mismas prestaciones o función económica, generándose una pérdida social y la relevancia del contrato de agencia en el mercado argentino.

## **II. DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA COMPARADA DEL CONTRATO DE AGENCIA CON ÉNFASIS EN LA CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN POR CLIENTELA.**

Las distintas legislaciones en el plano occidental institucionalizaron el contrato de agencia a finales del siglo XIX, puesto que se vio la necesidad de expansión de las corporaciones hacia otros mercados, por vías distintas a la inversión directa de capitales en filiales, subsidiarias o sucursales, por lo tanto, se reconoció al agente como un auxiliar del comercio, quien desarrolla su actividad de manera autónoma a favor de un empresario y que tiene como objeto ser el puente entre la oferta y demanda de un producto o servicio en el mercado, para el desarrollo de dicha actividad es necesaria una relación contractual de larga duración que se le permita dar permanencia en el mercado con el fin de ampliar negocios y fidelizar clientes a favor del empresario.

Es así como en Alemania en su Código de Comercio de 1987, se enfatizó su objeto contractual como aquel encargo de carácter permanente en gestionar negocios por cuenta de otro empresario o de concluirlos en nombre de este último (Arrubla Paucar, 2015); el caso alemán es pionero en el desarrollo legislativo de esta figura contractual, estableciendo que las partes son libres de escoger la ley aplicable a sus relaciones jurídicas de manera clara, de no ser así dicha relación deberá regirse por la legislación con que tenga más puntos de conexión<sup>1</sup>, presumiéndose aquella del lugar donde se ejecutarán las obligaciones.

Según la Directiva 86/653 de la Comunidad Europea (1986) referente a los agentes comerciales independientes, se entenderá como aquellos

a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo empresario, la venta o la

---

<sup>1</sup> Este principio se fundó en el Código Civil Alemán en su Ley Introdutoria, artículo 27.

compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.

Igualmente, para Carlos Julio Giraldo (2012) el agente es considerado como

un auxiliar del comercio, que desarrolla su actividad en favor de un empresario y tiene como principal función la de poner en contacto a la oferta y a la demanda, creando la demanda, de manera autónoma. En otras palabras, el agente tiene que influir en la voluntad de un tercero, y procurar realizar el mayor número de operaciones posibles. Pero, ante todo, el agente es un experto, un conocedor a fondo del mercado y eso es lo que lleva al agenciado (empresario) a buscar sus servicios. Para desarrollar su actividad requiere de tiempo, ya que únicamente mediante un contrato que tenga una cierta permanencia el agente podrá abrir mercado o penetrar uno ya existente, ampliándolo a favor del empresario o agenciado. El agente es fundamentalmente un buscador de negocios y su actividad consiste en proporcionar clientes.

## **2.1. Sistema Argentino**

Tomando como precedente las definiciones anteriores, el sistema argentino de tradición anglosajona adopta el régimen institucional en base al precedente judicial, tipificó el contrato de agencia en su actual Código Civil y Comercial de la Nación, en su Capítulo 17, entre los artículos 1479 al 1501, estableciendo serias confusiones entre el contrato de preposición y agencia, puesto que al principal o empresario, se le llama preponente, recordemos que la preposición es un mero encargo de administración de un establecimiento comercial, es decir, no existe la característica esencial de independencia o autonomía del agente. Además, consagra que no representa al preponente o empresario, situación frente a terceros, actúa por cuenta propia como si fuera un mero distribuidor, no se concibe entender cómo el agente mitiga el riesgo del mercado sino actúa en representación del empresario.

Así las cosas, su tipificación fue considerada en el Artículo 1479 del C.C. y C. de la Nación así:

Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.

El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente.

El contrato debe instrumentarse por escrito.

Para Osvaldo Marzorati (2008), el contrato de agencia, era entendido como un contrato por medio del cual, una parte, denominada comitente, le encarga a otra, llamada agente, la promoción de negocios por su cuenta y orden. De lo anterior, se destacan los siguientes elementos esenciales:

- a. La calidad de promotor de negocios que caracterizan al agente, que cumple una función de intermediación entre el principal y aquel o aquellos que están interesados en celebrar un contrato y que, en su caso, lo hará directamente con el principal. Como regla general, se puede establecer que es un mandato especial, sin representación, la que no se encuentra desnaturalizada aún cuando adicionalmente tenga facultades representativas del fabricante y/o empresario contratando en su nombre.
- b. La independencia y autonomía con las que el agente desarrolla su actividad, entendida como ausencia de subordinación o de dependencia toda vez que el contrato no se inserta dentro del marco laboral.
- c. La unificación de la gestión del agente, en el sentido de que su acción promotora de negocios se realiza en favor de una sola de las partes intervinientes en la operación y no en la de ambas.
- d. La estabilidad, es decir que la relación que une al agente con su principal o proponente es de carácter estable, pues ambas partes están unidas por un contrato de duración.
- e. La asignación geográfica, toda vez que goza de un territorio en el que promueve los negocios del principal.

Según lo anterior, el agente asume la labor de promoción y distribución del negocio o las mercancías, es decir, no corre el riesgo financiero de la operación comercial<sup>2</sup>, además el agente carece de independencia de acción, no así de independencia operativa, la cual esta última es la que se reconoce; es fundamental que en las obligaciones que las partes estipulan mutuamente, no afecte la relación comercial del agenciado con los terceros, puesto que las obligaciones del agente son de hacer, mientras que las del agenciado son de dar, estas se ejecutan en tiempo y modo que fueron sus intenciones, con lealtad, diligencia y buena fe<sup>3</sup> (Lafaille, 1928).

De lo anterior, se establecen elementos formales del contrato de agencia, según el tratadista Garrigues (1962) son:

- a. La bilateralidad, puesto que existen obligaciones para las partes que son recíprocas, es decir, que la obligación de promover negocios que le permite al empresario vender su mercancía a terceros, le corresponde una retribución a cargo del empresario por el beneficio generado.
- b. Formalidad, se requiere que sea escrito.
- c. Onerosidad, ya que las partes acuerdan una remuneración por la obligación de hacer a cargo del agente.
- d. Mercantil, en función de su naturaleza, las partes realizan su actividad económica de forma organizada.
- e. Nominado y típico.
- f. Estable, el vínculo es de continuidad o tracto sucesivo y potencialmente comprende la realización de una pluralidad de operaciones.

En relación a las obligaciones del agente, se encuentran taxativamente señaladas en el Artículo 1483 del C.C. y C., entre ellas:

---

<sup>2</sup> Para la Comisión Europea ha considerado que existe un “independent trader” por oposición al agente, cuando ese comerciante independiente mantiene, a su propio costo y riesgo, inventarios de mercancías bajo su propiedad en cumplimiento del contrato, igualmente, la independencia negocial, se mantiene, bajo su propia cuenta y riesgo, inventarios de mercancías que él mismo adquiere para la reventa. (Cuberos de las Casas, 2005, págs. 15, 23).

<sup>3</sup> EL principio de buena fe en el Estatuto Civil y Comercial de la Nación debe ser interpretada como aquella buena fe probidad, referida como una conducta en el obrar esperada de cada parte, en forma recta y leal, sin engaños y sin intentar perjudicar, descartando el uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor, de modo tal que pueda surgir de este obrar un daño injusto respecto de la otra parte o de un tercero (Vítolo, 2015, pág. 145)

- a. Velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades.
- b. Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron.
- c. Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión.
- d. Informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones.
- e. Recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato.
- f. Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

De esto se derivan deberes en calidad del agente, como el de fidelidad, diligencia de un buen hombre de negocios, sujeción a instrucciones, deber de información, evaluación de los contratantes propuestos, recibir reclamos de terceros en nombre del principal y en documentación contable. Es evidente que el empresario está en capacidad de exigir ciertas conductas de parte del agente, tales como el suministro de información sobre la evolución y condiciones del mercado o la sujeción a ciertos parámetros que son indispensables para la preservación del buen nombre comercial y las marcas del empresario que son en últimas lo que se busca acreditar (Cuberos de las Casas, 2005, pág. 25).

Para Marzorati (2008), las obligaciones del agente se entienden dentro de los parámetros de

planificación comercial, al establecer precios unitarios, régimen de mercados, aceptación y colaboración de un determinado programa de propaganda o publicidad, centralizado por el productor y compartido, en mayor o menor entidad e intensidad, por el distribuidor, a lo que se une la obligatoriedad de tener establecimiento abierto, estacionamiento, depósito o inventario de un determinado número de productos manufacturados para atender el mercado que comprende la zona de influencia del distribuidor.

Complementando lo anterior, para Carlos Julio Giraldo (2012) del agente se predica cuando este realiza aperturas de oficinas o establecimientos de comercio, vincula laboralmente a empleados calificados, establece la técnicas de mercadeo y publicidad, y en general, todo acto que procure el cumplimiento del encargo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que se hayan convenido.

La independencia en la gestión del agente, se puede interpretar de carácter relativa, ya que esta independencia no debe entenderse como autonomía, y por ende, el agente debe desarrollar su gestión mediante las instrucciones que le imparta el agenciado, este carácter de gestor independiente a primera vista puede ser muy clara, pero, por ejemplo, en el caso Colombiano, a través de una sentencia judicial de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, se desvirtuó la validez y eficacia del contrato de agencia, cuando el agenciado estableció limitaciones a la fijación de las condiciones de venta final; esta instrucción es normal en el desarrollo del negocio puesto quien lo celebra el contrato, finalmente es el agenciado y no el agente, lamentablemente para la Corte, esta situación violentaba la independencia del agente y por ende, la esencia del contrato de agencia en sí mismo; la falta de seguridad jurídica y facultades de instrucción y monitoreo sobre la gestión del agente, produce un riesgo sobre las políticas comerciales que tiene el agenciado, ya que la restricción de las instrucciones dadas puedan ser interpretadas como subordinación del agente y pérdida de su autonomía; para que esta ambivalencia de reglas no opere en la regulación argentina, es necesario que el juez defina a que se refiere la autonomía del agente cuando su obligación es de hacer mediante la representación que éste ejerce a favor del agenciado.

En tal sentido, para Katia Fach (2003) el carácter independiente del agente, se predica de su autonomía jurídica, donde dispone un margen de maniobra importante en la organización de su actividad, la única excepción a esta regla es al estipularse la cláusula de exclusividad, impidiéndole al agente poderse vincular a varios mandantes, situación que le restringe el volumen de su negocio, y genera una dependencia propia al empresario.

---

<sup>4</sup> Sentencia del 8 de Julio de 2005, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos. Proceso de Guillermo y Hernando Quintero Ltda “Quinteros Ltda” contra Monroe Auto Equipment Company.

En consonancia, se hace énfasis que la gestión del agente no puede ser en sentido pasiva, puesto que su ejercicio de promoción<sup>5</sup> y explotación<sup>6</sup> se condiciona a la estabilidad del contrato suscrito, entre otras, la capacidad de producción del empresario, la no sujeción a actos jurídicos sino en la ejecución de actos netamente materiales.

Por otra parte, las obligaciones del empresario, constan en el Artículo 1484 del C.C. y C., estipulando lo siguiente:

- a. Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad.
- b. Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente.
- c. Pagar la remuneración pactada.
- d. Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida.
- e. Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.

De esto se derivan deberes a su cargo del agenciado o empresario, tales como, el de actuar de buena fe, pagar la remuneración acordada, expedir las operaciones propuestas, información sobre el resultado final del negocio propuesto.

Respecto al pago de la remuneración que tiene por obligación el agenciado, el Artículo 1486 C.C. y C. establece que de no haber pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente,

---

<sup>5</sup> La Promoción de negocios debe ser entendida como una gestión implícita del encargo que asume el agente comercial, puesto que este no debe esperar una directriz específica del empresario para actuar, celebrando este directamente los actos de promoción, dónde las dos partes se benefician directamente. Esta obligación siempre va dirigida a conquistar un nuevo mercado.

<sup>6</sup> La Explotación de negocios hace referencia sobre aquellos que le generan una utilidad propia al agenciado o empresario, siendo necesario la celebración de dos o más negocios jurídicos, como son el arrendamiento de servicios y el contrato de agencia comercial.

conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente. Por consiguiente, el legislador, establece normas supletivas para no dejar desprovisto al agente de su retribución justa por la gestión realizada, tal como establecer la base del cálculo para su remuneración (Art. 1487 C.C. y C.), el derecho a una comisión a la conclusión de cada contrato (Art. 1488 C.C. y C.); así como el reembolso de los gastos ocasionados durante su gestión, los cuales deben pactarse expresamente (Art. 1490 C.C. y C.)

Entre otras prebendas, que el legislador le ha concedido al agente el derecho de reclamar. una Compensación por Clientela contenida en el Artículo 1497 del C.C. y C., el cuál declara:

Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.

En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el periodo de duración del contrato, si éste es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

Para la legislación argentina, el agente esta legitimado en exigir el pago de dicha compensación, sólo si con su gestión:

- a. Se incrementó significativamente el giro de las operaciones del empresario.
- b. La posibilidad de producción continuada de ventajas sustanciales. Se refiere a la potencialidad de la producción, independientemente de su materialización.

Su exigibilidad se predica una vez se haya dado terminado el contrato de agencia, con excepción en los casos si:

- a. El agente a incumplido con sus obligaciones del Artículo 1483 del C.C. y C.
- b. Si el empresario o agente da por terminado el contrato, a menos que esta sea justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

Es menester, aclarar que, de no llegarse a un acuerdo entre el agenciado y el agente sobre la fijación de la Cláusula de Compensación por Clientela, ésta será fijada judicialmente y no podrá excederse del importe equivalente a un (1) año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante últimos cinco (5) años, o durante todo el periodo de duración del contrato, si este es inferior. Esta compensación no impide al agente, reclame además por daños derivados de la ruptura contractual por culpa del empresario (Marzorati, 2013).

Las cláusula de compensación por clientela a favor del agente, es un incentivo distorsivo al empleo de esta figura contractual, en la cual, se desconoce la distribución del riesgo que tienen las partes, al punto de brindarle al agente una retribución alejada de su gestión; el principio de libre estipulación de las partes en base a sus intereses, está totalmente desvirtuado, en esta materia, sustrajeron la autonomía privada de la voluntad y la mitigación de los riesgo que en la deliberación de las estipulaciones contractuales se les era permitido a las partes. La valoración del juez de las normas relativas a la agencia como la sujeción al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y el derecho de compensación por clientela del agente a la terminación del contrato, ha generado altos costos de transacción para las partes, tanto ex ante al nivel de información y negociación, como ex post en su ejecución y debido control al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el agente.

En realidad, el único riesgo que el agente asume es no recibir ingresos por no lograr mantener el encargo primordial de promover, estimular y atraer clientela a favor del agenciado, el riesgo asumido por el agente tiende a versar directamente sobre su empresa, sobre sus relaciones internas, organización administrativa y económica (Mendieta Pineda, 2006); es decir, el agente no está inmerso

en las variaciones macroeconómicas y microeconómicas del mercado, no le influye la política fiscal, regulación cambiaria, inflación, elasticidad de los precios, los costos de producción, entre otras variables del mercado, que el agenciado si debe soportar.

Un riesgo eventual que podría causársele al agente, versa respecto a su retribución, cuando se establece un valor fijo por su gestión y una comisión por un mínimo de negocios celebrados, siendo proporcional a la utilidad que el agenciado reciba, es decir, si los precios bajan en el mercado dejan una utilidad mínima o nula que el agente percibirá en sus ingresos, al igual que el mercado reaccione a la inversa.

Según lo anterior, no existe una proporcionalidad entre los riesgos asumidos por el agente en el mercado y las prestaciones o derechos que la ley le otorga con el fin de proteger sus intereses, y no ser sujeto de supuestas arbitrariedades por parte del agenciado, dicha desmedida desnaturalizó el contrato de agencia, siendo necesario el empleo de otras figuras contractuales típicas o atípicas para regularizar las relaciones entre las partes dentro de una economía de mercado.

## **2.2. Sistema Colombiano**

La prestación económica de la compensación por clientela, en el sistema Colombiano se le ha llamado, indemnización por clientela o cesantía comercial establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio Colombiano, su denominación de cesantía comercial fue producto a la similitud para su tasación técnica con una cesantía de un trabajador como prestación de su labor dentro del derecho laboral; el referido artículo manifiesta lo siguiente:

El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una

indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

La transcripción del artículo 1324 del C.Co.Col. se hace con la finalidad de que el lector pueda advertir las dos clases de prestaciones que se presentan allí, en el primer inciso encontramos la cláusula de compensación por clientela, la cual se solicita a la terminación del contrato, con la excepción si este se termina por justa causa o si es el agente quien da lugar a la terminación; en el segundo inciso se encuentra la llamada indemnización equitativa, la cual se da por retribución a los esfuerzos del agente en la acreditación de la marca, la línea de productos o servicios del contrato, esta se otorga cuando el agenciado da por terminado el contrato de manera unilateral sin justa causa, o cuando es el agente quien termina el contrato por justa causa endilgada al agenciado.

Es importante establecer que estas dos prestaciones son altamente gravosas para el agenciado, puesto que, no sólo responde por su responsabilidad contractual frente al agente sino se le imponen mayores cargas si desea dar por terminado el contrato como la cesantía comercial o la compensación por clientela y la indemnización equitativa.

Ahora bien la doctrina y la jurisprudencia colombiana ha justificado tipificar la cesantía comercial desde la expedición del Código Comercio de 1971, elevandola a la categoría de norma imperativa desde el 2 de diciembre de 1980 mediante la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, manifestado a la vez su carácter de irrenunciabilidad, cuando expresó:

Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1º es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier

causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial, ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible, una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación.

Dos años después, el Consejo de Estado, mediante Sentencia del 22 de Noviembre de 1982, al referirse sobre el inciso 1º del artículo 1324 del C.Co. estableció como norma imperativa de orden público, al declarar lo siguiente:

La Constitución Política de 1886 en su artículo 17 enseña que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado y la doctrina y la jurisprudencia han entendido que tal protección no está limitada al trabajo subordinado que normalmente se presta en virtud de un contrato de trabajo, sino que abarca el trabajo humano en general cualquiera que sea la relación jurídica.

En desarrollo de tal principio se han dictado diversos estatutos protectores del trabajo independiente, (...) sobre comisiones, honorarios, y toda clase de remuneraciones por trabajo independiente de derecho privado, adscribiendo su conocimiento a la jurisdicción del trabajo como una medida de especial protección.

Con aplicación a los mismos principios, el artículo 32 del estatuto fundamental, al consagrar la intervención del Estado en la economía, le señala como objetivo principal la de dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, con lo que francamente queda comprendida la protección general al trabajo humano.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha conocido que las normas protectoras del trabajo humano son de orden público y, por lo mismo, de aplicación inmediata a los contratos que se encuentren en ejecución al momento de entrar a regir la norma respectiva.

De tal naturaleza es el comentado artículo 1324, como muy bien lo dice la sentencia apelada, pues él vino a poner fin a la injusticia que cometían empresas nacionales y extranjeras con sus agentes locales y regionales, quienes después de acreditar, mediante su inteligencia y consagrada actividad, determinados artículos, creándoles un mercado propio, eran desplazados sin compensación económica alguna, mediante el establecimiento de sucursales o la simple sustitución del agente.

Dichas sentencias han tenido vigencia por más de 30 años en Colombia, generando altos costos de transacción para las partes, desconociendo los principios generales del derecho privado y generando confusión y desconfianza en el sistema jurídico entre los empresarios y/o inversionistas por los obseculos que esta regulación a producido para el desarrollo de mercados. Por otra parte, dichas decisiones se enmarcan dentro de un juicio de valor proteccionista a los comerciantes nacionales o locales, pero aún así ataca igualmente a la producción de las empresas nacionales al emplear barreras normativas para comercializar sus productos y conquistar nuevos mercados.

También se alerta, sobre la confusión que el magistrado aduce a la aplicación de principios del derecho laboral y de los cometidos estatales en garantizar el pleno empleo para sustentar su posición y entablar a la categoría de orden público a la referida prestación económica de la cesantía comercial o compensación por clientela dentro de un contrato de derecho privado dónde la autonomía privada de la voluntad debe primar sin violentar las buenas costumbres, la seguridad del Estado o la protección a terceros, ya que nos se enuncia es netamente sobre la prestación de carácter patrimonial acordada entre dos empresarios independientes, razón por la cual, la naturalza normativa del inciso 1º del artículo 1324 del C.Co. debe ser de carácter supletiva, más no imperativa (López, 2013, pág. 103).

Otros de los aspectos que se resaltan es el carácter de derecho crediticio de la prestación económica que la Corte le otorgó a la mal llamada cesantía comercial, por la supuesta posición de debilidad que el agente tiene frente al agenciado, se requiere de su protección y la retribución de los esfuerzos del agente por conseguir la clientela del empresario, esta teoría retributiva y de derecho crediticio de la prestación referida, encuentra su asidero en el supuesto sobre la conformación o creación de una clientela se requiere de un proceso lento cuyos resultados no se reflejan en las comisiones durante su

fase inicial, y considera a la clientela como una propiedad colectiva entre el agente y agenciado que surge en virtud de un contrato de colaboración, como es la agencia (Cárdenas M., 1984).

La anterior concepción desconoce la racionalidad económica del consumidor, puesto que supedita el orden de preferencias en la toma de decisiones y la elasticidad de la demanda en los mercados, sobreentendiéndole a la clientela como si fuese un activo fijo del capital del agenciado, donde éste puede disponer a su arbitrio de la mal llamada “propiedad colectiva”, igualmente, no se comprende que la fidelidad de la clientela o del consumidor se conota a la calidad del producto en sí mismo y la identidad que éste tiene con la marca, más no implícitamente por políticas de comercialización o mercadeo, que este último es en esencia el contrato de agencia.

Entre los años 2006 a 2011, la Corte<sup>7</sup> reconoció al agente como una persona de negocios que ejerce una actividad lucrativa con una mínima inversión, al aporvecharse de la notoriedad de la marca, la fabricación de un producto y la infraestructura del empresario o agenciado, compara con el riesgo asumido por éste, fruto de la contingencia de ganar o perder ingresos en ese convenio, aspecto equilibrante de la posición contractual de ambos, por tal razón, la prerrogativa económica adquiere un matiz dispositivo, a pesar del reconocimiento dispositivo de la norma del inciso 1º del Artículo 1324 del C.Co. persistió la concepción de literal de la norma como un derecho en titularidad del agente, por ende, al ser la cesantía comercial un elemento natural del contrato de agencia, así las partes hayan guardado silencio en el contrato sobre la misma, ésta se entenderá pactada siendo exigible en la terminación del contrato independiente de la parte o la causa por la cual se invoca la terminación del mismo.

A pesar de la intencionalidad de la Corte por cambiar su interpretación sobre la normativa de ser imperativa a dispositiva, en el fondo persiste en categorizarla como un elemento natural del contrato, amarrando así al agenciado de pagar el derecho crediticio al agente una vez se da por terminado el contrato, acogiendo el criterio de la comisión al momento de liquidar la prestación, entendiéndola como el importe bruto que el agenciado percibe por el esfuerzo de conformar la clientela que ha hecho el agente, el carácter dispositivo sólo se centra en la forma de pago de la prestación donde las

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp. 2001-00847-01

partes consientan sobre la cuantificación o su determinación de forma diferente, o que la misma se pague de manera anticipada<sup>8</sup>.

Finalmente, Colombia requiere de una modernización de esta institución dejando políticas proteccionistas mal fundadas con el fin de proteger a grupos de interés, que persisten que estas medidas retrogradadas se mantengan sobre un mundo globalizado, donde la racionalidad del consumidor es más exigente en calidad e idoneidad de los productos que adquiere, ésta puja institucional se evidenció en las negociaciones del TLC con Estados Unidos, como se analizará a continuación.

### **2.2.1. Efectos Económicos de la Cláusula de Compensación por Clientela en el Tratado de Libre Comercio entre E.E.U.U. y Colombia**

Las negociaciones sobre esta materia iniciaron el 18 de mayo de 2004, al momento en que el equipo negociador de Estados Unidos dentro del capítulo de servicios transfronterizos presentó ante el equipo negociador colombiano que Dealers Act era un tema de su preocupación por la regulación que existía sobre el contrato de agencia comercial, y por ende, requerían proponer algunos cambios, entre ellos fueron:

- a. Eliminar la prestación comercial del inciso 1 del Artículo 1324 Código de Comercio.
- b. Modificar el inciso 2 del Artículo 1324 del Código de Comercio para hacer que del monto correspondiente a la indemnización equitativa se descuente el valor equivalente a lo recibido por el agente a título de comisiones.
- c. No exclusividad de contrato, salvo pacto en contrario
- d. Que la fecha de terminación del contrato sea considerada justa causa de terminación del contrato de agencia comercial.
- e. Que todo lo anterior sea aplicable a la agencia de hecho.

La argumentación sobre el literal a), punto que nos concierne se refiere a que el referido artículo hace alusión a una fórmula estatutaria, es decir que es impuesta por la ley y que no corresponde a la

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de noviembre de 2017, Exp. 2011-00081-01

ralidad de la relación comercial y que resultaba incierta y costosa para el empresario, igualmente, se percibía que esta prestación se constituía como una doble remuneración a los servicios prestados por el agente comercial (López A, 2011, pág. 41).

El equipo negociador americano manifestaba que solo veía viable la aplicación de una prestación que remunerará de forma adicional a la comisión los esfuerzos del agente, solo si su aplicación respondía a la voluntad de las partes del contrato de agencia, quienes estaban en libertad de fijar una prestación con base en la fórmula que éstas consideran justas, su inconveniencia radicaba en que dicha prestación comercial fuera de naturaleza obligatoria y respondiera a una fórmula legalmente establecida.

Siguiendo a la doctora Adriana López (2011), llegada a la ronda No. XII de negociaciones el equipo estadounidense fijó su solicitud final en el siguiente sentido:

- a. Modificar una medida similar a la prestación comercial del inciso 1ero del Artículo 1324, haciendo que el otorgamiento del derecho al pago sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y dejando abierta la posibilidad de que se adopten o mantengan otras medidas diferentes con relación a pagos asociados a la terminación de un contrato de agencia en mala fe o en violación a los términos del contrato.
- b. Modificar una medida similar a la indemnización equitativa del inciso 2do del artículo 1324, haciendo que el requerimiento de pagar la indemnización equitativa sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y en su lugar, hacer que cualquier indemnización derivada de la terminación de un contrato de agencia en mala fe o en violación a los términos del contrato.
- c. Modificar la medida de exclusividad a favor del agente estableciendo que un principal pueda contratar más de un agente en una misma zona geográfica, para el mismo ramo de actividades o productos, salvo pacto en contrario.

Es importante señalar que el equipo negociador colombiano, frente a estas solicitudes realizó varias reuniones con el sector privado nacional y académico con el fin de conocer su posición frente a las propuestas de E.E.U.U., el sector privado manifestó al gobierno colombiano su desacuerdo con dichas propuestas, basado en lo siguiente: (López A, 2011)

- a. El contrato de agencia surgió para proteger a los comerciantes nacionales del abuso de los empresarios, puesto que una vez que los agentes conquistaban la clientela para el empresario, el empresario les terminaba el contrato y seguían beneficiándose de la clientela.
- b. El contrato de agencia busca equilibrar la relación empresario-agente pues los agentes no tienen la misma capacidad económica y poder de negociación que los empresarios.
- c. La llamada cesantía comercial protege al agente como la parte débil del contrato y le da poder de negociación.
- d. La comisión al agente remunera una transacción individual, mientras que la cesantía comercial remunera la creación de una clientela y los gastos de infraestructura del agente.
- e. Suprimir la cesantía comercial equivale a suprimir la agencia comercial, pues sin cesantía comercial, el contrato se asimilaría a uno de distribución o a cualquier otro contrato de mandato.
- f. La cesantía comercial es una norma imperativa.
- g. La Directiva 86/653 de la Comisión Europea señala el desequilibrio en la relación empresario-agente.

A pesar de las diferencias anteriormente señaladas, los equipos negociadores llegaron a los siguientes compromisos en materia de la agencia comercial, denominado “Anexo 11-E” cuyo contenido es el siguiente:

1. Si una Parte mantiene una medida en el nivel central de gobierno:
  - a) Otorgando un derecho al agente en que, a la terminación de un contrato de agencia comercial el principal le pague una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato;
  - b) Requiriendo que en el evento en que el principal termine un contrato de agencia comercial son justa causa o el agente termine un contrato de agencia comercial por justa causa provocada por el principal, el principal debe pagar una indemnización equitativa al agente como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto de un contrato de agencia comercial;

- c) Estableciendo que un contrato de agencia comercial crea una agencia exclusiva salvo pacto en contrario;

Esa parte deberá modificar la medida o derogarla de conformidad con el párrafo 2, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este Tratado.

2. Una Parte deberá:

- a) Modificar una medida descrita en el párrafo 1(a) haciendo que el otorgamiento del derecho al pago, sea inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial;
- b) Modificar una medida descrita en el párrafo 1(b) haciendo el requerimiento de pagar la indemnización equitativa inaplicable a las partes de un contrato de agencia comercial y en su lugar, hacer que cualquier indemnización derivada de la terminación por parte del principal de un contrato de agencia comercial sin justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa, o derivada de la terminación de un contrato de agencia comercial por parte del agente por justa causa provocada por el principal, sea determinada de conformidad con:
  - (i) Los principios general del derecho contractual (por ejemplo, daño emergente, lucro cesante y detrimental realice) y en el evento en que las partes estipulen así expresamente;
  - (ii) Las estipulaciones voluntariamente acordadas entre el principal y el agente en un contrato de agencia comercial, en la medida que sean compatibles con las leyes aplicables.

3. Nada en este Anexo impedirá que continúe la aplicación, en la medida en que sea requerida por la Constitución de una de las Partes, de una medida descrita en el párrafo 1 (a) o (c) a contratos de agencia comercial celebrados antes de la entrada en vigencia de la legislación que se adopte para implementar este Anexo.

4. Una Parte no adoptará una medida descrita en el párrafo 1.

5. Para efectos de este Anexo, contrato de agencia comercial significa,
  - (a) Para Colombia, un contrato comercial según lo consagrado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio de Colombia, solo cuando el contrato esté relacionado con bienes comerciales, y
  - (b) para Estados Unidos, cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte.

Este compromiso no trascendió a las reformas legales que se pretendían establecer, debido a distintos factores como presiones de grupos de interés, se desconce la radicación de algun proyecto de ley en específico que busque dar cumplimiento a dichos acuerdos, es por ello, que hasta la fecha se mantiene la regulación establecida entre los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio Colombiano de 1971.

### **2.3. Sistema Anglosajón**

Por otra parte, en el sistema anglosajón, la agencia es tratada como un acto de intermediación en general, y eventualmente puede coexistir con cualquier otra estructura jurídica como el mandato, la comisión, la preposición o el suministro; a pesar de ello, la doctrina anglosajona la define como: la relación que existe entre dos personas, cuando se considera que una, llamada agente, representa jurídicamente a la otra, llamada principal, con respecto a terceros, llevando a cabo contratos que implican la disposición de la propiedad (Morales Arias, 1998).

Como es sabido el derecho anglosajón las partes se rigen por la realidad de sus relaciones contractuales, así que si una de ellas, intentara negar la celebración y posterior ejecución de un contrato de agencia, no se podrían invalidar las consecuencias jurídicas de dichas estipulaciones o comportamiento de los contratantes, por ello, en caso de existir alguna clausula ambigua o genere controversia entre las partes, siempre se contrarrestará con el precedente judicial en la materia.

El acuerdo de agencia puede ser creado de diferentes formas:

- a. La agencia basada en el contrato o acuerdo: puede hacerse de manera verbal o escrita, o deducirse de los actos de las partes, siendo este un acuerdo tácito.
- b. Por ratificación: el principal puede ratificar los negocios o actos jurídicos realizados por el agente, teniendo efectos retroactivos, en el caso de no hacerlo dichos actos estarán viciados de nulidad.
- c. Agencia por Estoppel: es cuando el principal no ha dado al agente poder por acuerdo ni por ratificación, pero el agente a inducido a un tercero que si contaba con dicho encargo. La ley busca proteger al tercero de buena fe, dada la apariencia<sup>9</sup> de poder manifestada por el agente, se dice que el principal es Estoppel para negar que el agente tenía autorización. En este tipo de agencia, se presenta el detrimental reliance, el cual se entiende como el perjuicio sufrido por una persona como consecuencia de su expectativa legítima en algo que otra le hizo creer, estableciendo un mecanismo de tasación para su indemnización.
- d. Agencia generada en operaciones por ley: nace a la vida jurídica desde la ley, para ciertos casos, cuando el agente no puede recibir órdenes directas de su principal. A raíz de la tecnología este tipo de agencia se ha abolido.

La extensión del poder de un agente (lo que el sistema anglosajón llama: “Extent of an agent’s authority”) se basan en dos circunstancias: i) como ha sido creada la agencia y ii) el desarrollo que con posterioridad el agente puede aumentarlo o disminuirlo, en base a consideraciones como si el acuerdo es expreso o tácito, su apariencia, y su presunción legal (abolida). Dentro de las obligaciones que tiene el agente se denomina como de business opportunities, el cual, consiste en la venta o arrendamiento de productos o servicios a un empresario que está iniciando un negocio, desempeñando además de otras funciones, una labor de asistencia a este último. (Camacho López, 2008).

---

<sup>9</sup> La teoría de la apariencia en el Nuevo C.C. y C. de la Nación es tenida como una fuente de representación, es necesario que exista una actividad del representado que genere en los terceros la creencia que una determinada persona reviste el carácter de representante. Es decir, que no basta que el que se pretende representante actúe haciendo creer a los terceros que reviste tal calidad, sino que debe ser el propio representado el que genera la situación de confianza en los terceros (Vítolo, 2015, pág. 160).

Una de las evidentes diferencias del Common Law con el sistema argentino, se manifiesta en el ámbito de la territorialidad, donde el sistema anglosajón no delimita el espectro espacial de la gestión del agente, ni tampoco su exclusividad, puesto que se encuentra en un régimen liberal de libre competencia, a diferencia del sistema proteccionista en Argentina.

Por otra parte, respecto a las reglas del preaviso del Artículo 1492 del C.C. y C., cualquiera de las partes puede ponerle fin al contrato mediante un preaviso, cuando lo realiza el agenciado se le llama revocación, y cuando la hace el agente se le llama renuncia, en cualquiera de las situaciones será el juez quien determine si hay lugar o no a indemnizaciones; la doctrina anglosajona hace alusión únicamente a la indemnización por perjuicios causados, debidamente probados por el principal o agente que sufrió la afectación, no existe una presunción de debilidad del agente, ni una compensación por clientela por la gestión del agente. La jurisprudencia del common law no ostenta dichos supuestos, ya que como se mencionaba con anterioridad, este tipo de contrato es óptimo en una economía de libre competencia, donde sistema legal no privilegia a ninguna de las partes, respeta el principio de autonomía de las partes y la búsqueda del cumplimiento de los intereses de cada una de ellas.

La desregulación del contrato de agencia, establece que los derechos y obligaciones de las partes han estado cobijados por un marco contractualista, por ende, se han enunciado distintas teorías sobre la génesis de los derechos contractuales que las partes asumen al celebrar cualquier tipo de acuerdo civil o comercial, es el caso de la regla de propiedad, regla de responsabilidad y la inalienabilidad del derecho, desarrollada por Guido Calabresi y Douglas Melamed (1972) con el fin de comprender por qué en estos sistemas no se encuentra la carga legal de compensación de una labor ya remunerada, al darse por terminado el contrato comercial; por ende, la regla de propiedad hace alusión a que el titular del derecho dispone del mismo, aún hasta su enajenación, constituyendo un precio, título y modo de transmisión a un tercero, se tiene la libertad de estimar su valor, sin que el Estado intervenga en su fijación, pero si implica por parte del Estado el reconocimiento del nuevo titular del derecho.

La regla de responsabilidad tiene que ver cuando un tercero o cualquiera actúa con ánimo de pretender privar de un derecho a su titular, y éste está dispuesto a pagar por ello una cantidad establecida

objetivamente, su objetividad se estima en tratarse de un derecho protegido por la mencionada regla de responsabilidad, el titular tiene la potestad de ceder voluntaria a un valor convencional con el tercero o ser fijado por criterios objetivos; de aceptarse su fijación convencional no habrá lugar a posteriores reclamaciones.

La inalienabilidad del derecho hace alusión cuando sobre este, no se le es permitido un intercambio voluntario de su titularidad, es decir, existe una restricción legal en la transmisión de dicho derecho, así exista un acuerdo en tal sentido, por lo tanto, el Estado, sólo interviene, si quien ostenta la titularidad del derecho y la compensación que le es debida en caso de que su posición sea atacada, igualmente, cuando el derecho se pretende enajenar en todo o en parte (Calabresi, 1972, pág. 192), su protección radica en la limitación a la posición jurídica que se le reconoce al titular.

Sobre este último, se centra el derecho a una compensación por clientela alegada por el agente, puesto que es un derecho irrenunciable e intransferible o enajenable, por razones estrictamente de carácter distributivas, es decir, este derecho está diseñado de manera que persigue una determinada distribución de la riqueza, concepto que se desarrollará en el capítulo siguiente.

### **2.3. Sistema de la Unión Europea**

La cláusula de compensación por clientela (CCpC) mejor llamada en el derecho alemán como indemnización por clientela, fue concebida como una prestación que se hace exigible con la terminación del contrato, y tiene como finalidad económica retribuir al agente por los negocios que se celebraron y ejecutan en el tiempo de su gestión, la cual, corresponde en una comisión sobre las ganancias que obtuvo u obtendrá el agenciado en base a la clientela conquistada<sup>10</sup> por el agente, tomando como límite de tasación las previsiones obtenidas en un año de agencia.

Es menester señalar que en la doctrina alemana existen dos mecanismos de protección a los intereses del agente, el primero es la llamada *tácita reconducción*, consiste que, a pesar de la exigibilidad de

---

<sup>10</sup> Código de Comercio Alemán Sección 89b.

una justa causa para la terminación del contrato imputable al agente, el contrato podrá dar continuidad si las partes han cumplido con sus demás obligaciones y prestaciones de manera progresiva en el tiempo. Por otro lado, la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, puesto que al agente no se le está permitido en el clausulado renunciar de manera anticipada a las prestaciones que tiene derecho, (Cuberos de las Casas, 2005).

Para la tratadista María Elisa Camacho López (2008) no es clara la naturaleza de la indemnización por clientela en el derecho alemán, puesto que se le ha dado tratamiento de tutela social o del ejercicio del principio del enriquecimiento sin justa causa, pero para Camacho López este tipo de indemnización es de carácter retributivo e inmaterial sobre la cual recaen derechos de propiedad, definidos contractualmente, es así que el agente no tiene la intención de hacerse dueño de dicha clientela, puesto que su labor se dirige a crear dicha clientela a favor de otro; por ende, se introduce a cuestionamientos como ¿Por qué se debe de pagar por algo que nunca fue del agente?, o ¿Por qué se debe indemnizar al agente por una gestión que ya ha sido remunerada?; estos planteamientos son compartidos cabalmente, puesto que la falta de un fundamento racional y del desconocimiento de la interacción relacional de los mercados, la teoría jurídica dispone de mecanismos de protección a la supuesta parte débil del contrato, sin que se evidencie dicha debilidad del agente, ya que, tanto el agenciado como el agente presenta una racionalidad económica considerada en el ejercicio autónomo de su actividad económica como empresarios o comerciantes que son, la calidad esencial del contrato de agencia, por ser bilateral - *intuitu personae*. Este presupuesto de debilidad contractual del agente se ahondará más adelante.

Los fundamentos de la indemnización por clientela se basan en los siguientes presupuestos (Camacho López, 2008):

- a. Las ventajas económicas a favor del agenciado con posterioridad a la terminación del contrato, como consecuencia de la nueva clientela que se le procuró al agente o la continuación o incremento de aquella ya existente.
- b. Pérdida de provisiones que el agente habría continuado a percibir, por los negocios ya concluidos o que hubiera podido concluir en el futuro con los clientes por él desarrollados.

- c. Por principio de equidad que una indemnización de dicha naturaleza tendría, frente a las circunstancias descritas.

Por ende, mediante la Directiva Europea 86/653<sup>11</sup> del Consejo Europeo (1986), se le otorgó al agente la potestad de solicitar una indemnización descrita en el numeral segundo del Artículo 17 o una reparación de perjuicios del numeral tercero del mismo articulado, se entiende que estos conceptos son excluyentes, por un lado la tesis de la indemnización por clientela<sup>12</sup> y por otro, la indemnización por daños y perjuicios, cuando el agenciado da por terminado el contrato de duración indefinida de manera unilateral, dichas indemnizaciones no son exigibles cuando se termina el contrato por incumplimiento del agente<sup>13</sup>, si éste de manera voluntaria termina el contrato o si el agente cede a un

---

<sup>11</sup> Artículo 17

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.
2.
  - a) el agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que: Hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.
  - b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del periodo.
  - c) la concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.
3. El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario. Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiere podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial; y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

<sup>12</sup> Esta Directiva acogió en su artículo 17 numeral 2, el derecho a una indemnización en cabeza del agente comercial, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- a. Hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario.
- b. El pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes.

Respecto a la forma en que se determine su valor, el literal b, manifiesta que el importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del periodo.

<sup>13</sup> Artículo 1

tercero sus derechos y obligaciones; entre otras contribuciones de la Directiva se encuentra el preaviso para la terminación del contrato a término indefinido; además, estableció el derecho a remuneración por operaciones celebradas, aún sin su intervención dentro de un sector geográfico o grupo de personas asignadas, con el fin de evitar supuestas arbitrariedades de parte del agenciado.

Siguiendo a la doctora Adriana López (2011) la indemnización que señala el literal a., numeral 2 del artículo 17 de la referida Directiva, se debe pagar sólo si el agente creó nueva clientela, a diferencia del sistema colombiano, que la cesantía comercial se paga sin importar si la motivación de terminación del contrato; en el sistema argentino las únicas excepciones para abstenerse de dicho pago son: i) la terminación del contrato sea por incumplimiento del agente, ii) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades, esta facultad puede ser ejercida por ambas partes.

Respecto al segundo supuesto para que se le conceda la mencionada indemnización la Directiva, estableció el desarrollo sensible de las operaciones con clientes existentes siempre y cuando la actividad pueda reportar ventajas sustanciales al agenciado, este concepto se asimila al de lucro cesante en el entendido que se genera una indemnización al agente si una actividad sigue reportando ventajas sustanciales al empresario, por las cuales el agente podría estar recibiendo comisión de no haber sido terminado el contrato.

Para López (2011, págs. 68-69) las prestaciones del artículo 17 de la Directiva Europea, considera

La naturaleza de la indemnización y reparación de la Directiva Europea pareciera no ser tan clara, genera confusión y permite reclamar concurrentemente la indemnización y los daños y

---

No habrá lugar a indemnización o a reparación con arreglo al artículo 17

- a. Cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial, que, en virtud de la legislación nacional, justificare la terminación del contrato sin preaviso;
- b. Cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se puede exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;
- c. Cuando en virtud del pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

perjuicios, lo que resulta contradictorio con el apartado inicial que dispone que se puede reclamar o la indemnización del numeral segundo o la reparación del perjuicio con arreglo al numeral tercero (que en últimas corresponde al daño emergente y lucro cesante).

(...)

La indemnización de la Directiva Europea debe aplicarse bajo el principio de equidad y bajo un límite de cuantía cuyos parámetros se encuentran fijados por la misma Directiva, mientras que la cesantía comercial del Código de Comercio Colombiano no responde a un principio de equidad ni cuenta con un límite en el cálculo de su monto, sino que responde a una fórmula fijada por ley, que se aplica a la terminación del contrato de agencia independientemente de la motivación que haya tenido la terminación del contrato.

En tal sentido, en el sistema argentino la forma de tasarse la CCpC derivada de su artículo 1497 del C.C. y C. cuando menciona, que podrá ser fijada por i) acuerdo entre las partes, pero ante la falta del mismo, será el juez, quien determine su importe ii) no excederá el equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o iii) durante todo el periodo de duración del contrato, si este es inferior.

Los anteriores escenarios le permiten al agente ajustar sus pretensiones según el ánimo del agenciado para negociar el monto de la CCpC o en direccionarse a un pleito, considerando la posible compensación que pueda obtener por el hecho de haber incrementado significativamente el giro de las operaciones del agenciado por el aporte de su labor, frente a los costos legales que tendría que asumir inicialmente para probar dentro del proceso los siguientes supuestos:

- a. Haber incrementado significativamente el giro de las operaciones del agenciado.
- b. Terminación del contrato por una causa ajena al agente.
- c. Establecer la temporalidad desde el inicio de las actividades del agente hasta su terminación o interrupción de las mismas.

Finalmente, sobre esta prerrogativa a favor del agente, contenida en el artículo 17 de la mencionada Directiva, la comunidad europea se pronunció mediante la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO de fecha del 22 de diciembre de 2003, en la que manifestó que éste artículo generaban inseguridad jurídica en la práctica comercial y legal. (López A, 2011, pág. 69).

#### **2.4. Teoría del Empresario Débil y su interpretación en el Contrato de Agencia.**

En relación al principio de protección al más débil o el Favor Debitoris tuvo sus orígenes en el derecho romano en la interpretación del contenido de un contrato, puesto que había estipulaciones que no eran claras para las partes y por ende, debían interpretarse de conformidad a la costumbre de la región donde se contrató, y de no poderse aplicar se empleaba el favor debitoris (Álvarez, 2015); en consecuencia la tradición romanística comprendía a la parte más débil del contrato como aquella que debía hacer entrega de un dinero y como tal, el favor debitoris tendía a proteger.

Para Torrent (2005):

En el Derecho Postclásico se entendió que el deudor por el solo hecho de estar gravado con la obligación de cumplir con la prestación, debía beneficiarse de la ambigüedad que pudiera haber en el negocio. Este favor debitoris es también llamado favor promissoris, que parte del dato que las cláusulas han sido puestas por el estipulante, de donde el promitente debe ser prometido de esas cláusulas que consiente per adhesionem sin considerar las posibles insidias que pudieran contener.<sup>14</sup>

Esta consideración del interprete en favorecer al debitoris o promissoris en aquellas cláusulas que no eran claras o ambiguas para las partes, podemos inferir que la parte más débil de la relación contractual es aquella que está obligada para la otra en el cumplimiento de una prestación o el pago de la misma, es menester manifestar que dicha protección no se configura con la determinación del monto con el cual se obliga a pagar. Este tipo de “protección” es muy apreciable en defensa del Consumidor donde la racionalidad económica de las partes permite la posible estipulación de cláusulas abusivas y ciertas

---

<sup>14</sup> Estos principios se extendieron a la venta y al arrendamiento a favor del comprador y arrendatario (Ulpiano, Digesto 45, 1., 38; Pomponio, Digesto 18, 1, 33; Paulo, Digesto 50, 17, 172 y Papiniano, Digesto 2, 14, 39).

normas puedan considerarse de orden público. Para el caso en concreto, la costumbre mercantil categoriza al agenciado y al agente como comerciantes o empresarios que de manera autónoma, profesional y habitual ejercen su actividad comercial, (Marzorati, 2013) es decir, se encuentran al mismo nivel de racionalidad económica en su comportamiento maximizador, autonomía negocial, apreciación de sus preferencias y el conocimiento de las condiciones del mercado, su costo de oportunidad, entre otras variables.

Existe en la doctrina, una supuesta teoría respecto a la desigualdad contractual relacionada sobre aspectos de capacidad negocial del agente como la supuesta parte débil, ya que las anteriores atribuciones materiales se ven condicionadas a las exigencias del agenciado, limitando su autonomía de ejercicio (Fach Gómez, 2003), esta presunción de debilidad del agente, desnaturaliza la esencia del contrato de agencia, puesto que el agente ejerce su función económica de promoción y explotación de negocios a favor de un tercero (agenciado), siendo un facilitador de contratos celebrados según las exigencias, necesidades y oportunidades que el agenciado y el mercado le asignen al agente. La autonomía del agente se ve reflejada en la organización y estructuración del personal y estrategias de comercialización, mercadeo y publicidad en función de cumplir el objeto contractual en tiempo, modo y lugar convenidos por las partes, es decir, se trata de una relación de coordinación y no de subordinación respecto a las pautas mínimas de desarrollo de la gestión del agente (Giraldo Bustamante, 2012).

Así las cosas, el doctor Felipe Cuberos (2005) manifiesta que la evidente preocupación del legislador por proteger los intereses económicos del agente, por la supuesta debilidad que ostenta frente a los empresarios con quienes contrata, es discutible, puesto que las leyes nacionales se han inclinado por buscar soluciones que logren reconocer el esfuerzo promocional efectuado por el agente, sobre la estimación de que el agente sirve al agenciado, aún después de haberse dado por terminado el contrato, para seguir desarrollando exitosamente su labor comercial y es en esta debilidad, en que los sistemas proteccionistas se hacen relevantes en los mercados estableciendo regímenes indemnizatorios con la finalidad de equilibrar la balanza del supuesto aprovechamiento de la gestión en el tiempo.

Por otra parte, para el tratadista italiano Massimo Bianca (2007, págs. 421 - 422) puede existir una relación de debilidad entre empresarios o comerciantes cuando se trata del proveedor subordinado, para dicho autor el fenómeno de la provisión subordinada concierne a

Asumir una identidad típica bajo el aspecto económico, como la fase de integración del proceso industrial y así de este fenómeno se había hablado en términos de “descentralización productiva”, poniéndose de presente su permanente expansión. El uso, cada vez mayor de ese recurso y su importancia de las actividades comprometidas habían despertado la atención de la Comunidad Europea, por cuya iniciativa se publicó una guía práctica, con la finalidad de facilitar el incremento de las relaciones de la provisión subordinada, en especial cuando presentan aspectos de internacionalidad.

La definición de provisión subordinada comprende dos hipótesis: una referida a la elaboración de productos, otra al suministro de bienes y servicios, pero, de todas formas, las dos hipótesis tienen un hilo conductor común, esto es, la subordinación empresarial de proveedor subordinado al comitente. La subordinación se identifica en que la actividad de ese proveedor subordinado se conforma a las exigencias específicas del comitente y por tanto esa actividad no es susceptible de ser ofrecida al mercado de la competencia. El proveedor subordinado que organiza su propia actividad en función de la elaboración de productos semi-elaborados o de materia prima para el comitente, o del suministro de bienes o servicios conforme con proyectos ejecutivos o instrucciones técnicas del comitente, se ve condicionado a la demanda de este último y a la relación que se haya instaurado, relación que no se puede reemplazar por la cesión de las prestaciones a terceros. Se advierte, entonces, la doble exigencia de tutela del proveedor subordinado, que encuentra eco en la nueva disciplina, la cual, por un lado, tiende a garantizar el equilibrio sustancial de la posición de los contratantes, y por otra, tiende a asegurar el cumplimiento preciso de las obligaciones del comitente.

La provisión subordinada constituye una situación típica de dependencia económica, pues, como se vio, la actividad del proveedor subordinado está organizada en función de las exigencias específicas del comitente y las prestaciones destinadas a este último no tienen otra salida en el mercado. El proveedor está, por lo tanto, sujeto a la posición dominante del comitente, y la nueva normatividad

encuentra su fundamento específico en la exigencia de tutela sustancial de la parte débil respecto del dominus de la relación (Bianca, 2007, pág. 426).

Por ende, el carácter natural crediticio de la cláusula de compensación por clientela, el favor debitoris se encuentra en cabeza del agenciado / empresario, más no del agente, la posición dominante en materia contractual se basa en un sesgo cognitivo de supuesta debilidad del agenciado, pero es evidente que la mejor información para el desarrollo del negocio la posee el agente, y es allí, donde radica su valor agregado, en su conocimiento en el mercado local para poder desarrollar los negocios a favor del empresario; al agente no se podría categorizar dentro del proveedor de servicios subordinado, debido a que las directrices ejecutivas que el agenciado establece al agente son mínimas y chocan respecto a su autonomía administrativa e independencia en su gestión de comercialización.

#### **2.4.1. Del Abuso de la Posición Contractual**

En consonancia con lo anterior, categorizar el tipo de prestación económica a la que se refiere el derecho a una compensación por clientela, se ve claramente en el sistema anglosajón, pero no tanto así, en los países de tradición del Civil Law, ya que, su justificación se basa en un supuesto abuso de posición de dominio contractual que ejerce el agenciado sobre el agente, esta presunción, emana de la institución jurídica del abuso del derecho, la cual se consagra en el artículo 10 del C.C. y C., para la legislación argentina esta situación debe ser declarada por un juez, el cuál debe tomar las medidas necesarias para evitar la perduración o concreción de los efectos de un ejercicio abusivo, sea que provenga de un acto o se presente por una situación jurídica abusiva, la víctima sólo debe demostrar la inequidad de los efectos del ejercicio abusivo, más no a probar una determinada intención en el sujeto activo de la conducta.

Así las cosas, al tipificarse una conducta que implique limitar un ejercicio supuestamente abusivo, puede conllevar a que no se aporten soluciones específicas para cada incidencia en particular que pueda darse, generando problemas de prerrogativas individuales que pueden llegar a ejercerse de manera dañina, pero legal, y hace su aparición el abuso del derecho. Éste procura alcanzar una solución de compromiso entre justicia y seguridad jurídica y por eso, lo que se le llama la dimensión dogmática del abuso del derecho pasa a preservar los aspectos funcionales y morales previos que

hacen a la esencia del instituto, pero sin que represente tirar por la borda la idea de legalidad que resulta indispensable para garantizar la concreción del valor de justicia que se aduce en primer lugar (Prieto Molinero, 2018).

Siguiendo al doctor Prieto, la tipificación de un derecho o una prerrogativa sin contar con la seguridad jurídica suficiente, conlleva a que el titular de dicho derecho, ejerza un abuso del mismo en contra del deudor de la prerrogativa, puesto que, tratándose de la Cláusula de Compensación por Clientela, este derecho que ostenta el agente una vez terminado el contrato, otorga una facultad de demandar unas pretensiones a juicio subjetivo del agente en contraprestación por el supuesto aumento significativo de los negocios generados a favor del agenciado, perdiendo el sentido de justicia y seguridad jurídica que la normativa debe transmitir a las partes contratantes, produciendo el efecto inverso por el cual, el abuso del derecho era alegado por el agente por una supuesta posición de debilidad contractual, al realmente ejercer dicho abuso de la prerrogativa de la CC por C, produce incentivos perversos en el mercado, puesto que el giro de los negocios del empresario se basa en prestar un bien o servicio al crear la necesidad de su producto al consumidor final, apalancándose en ello, en la experticia del agente en su conocimiento del mercado local, para el cual, fue contratado con fines netamente comerciales y de mercadeo.

### **III. Análisis Económico de la Cláusula de Compensación por Clientela**

El análisis económico del derecho ayuda a caracterizar de manera objetiva y racional las decisiones que toman los agentes de mercado o quienes participan de manera directa o indirecta en el orden espontáneo del mismo, sujetos a una regulación estatal, pese a este último, Gary S. Becker nos recuerda que el enfoque económico se centra en tres tópicos principales que son a) el supuesto comportamiento maximizador, b) la estabilidad de preferencias y c) el equilibrio de mercado (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, pág. 7).

Así las cosas, bajo dicho enfoque los agentes toman decisiones bajo una racionalidad imperfecta que busca la eficiencia en cada una de ellas, es decir, que las partes de un contrato mercantil buscan el máximo nivel de logro de un cierto objetivo, mediante el uso de una cantidad de recursos; o a la inversa, el logro de un objetivo determinado con el mínimo de recursos (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, pág. 26).

Las reglas legales juegan un papel fundamental para el cumplimiento de los objetivos de eficiencia que se proponen las partes contractuales, es así como Buchanan establece la distinción de las normas que afectan este tipo de relaciones, tales como: 1) la constitución, 2) las instituciones legales y 3) las decisiones colectivas elaboradas dentro del proceso legislativo ordinario, (Marciano, 2006, pág. 8). El impacto que generan las reglas legales en el comportamiento económico de los agentes llega a producir cambios en la valoración de los bienes o servicios a contratar, por ende, el intercambio de las prestaciones que se obligan las partes pueden ser flexibles en su cumplimiento o generar altos costos de transacción que desincentiven la intención de contratar.

Para el análisis económico del derecho de los contratos, la función económica de este instrumento, versa si este instrumento permite acuerdos que promueven la eficiencia en la asignación de recursos (Tolosa, 2019, pág. 73), en el entendido de la economía institucional, el contrato permite reducir

costos de transacción de los intercambios, reducir conductas oportunistas de las partes, minimizar los problemas de información ex ante y ex post de la celebración del contrato.

El criterio de eficiencia que se predica sobre una norma que regula relaciones privadas, debe ser de carácter dispositiva, basado en principios de autonomía de la libertad, buena fe, libertad de contratación; dentro del análisis económico la eficiencia se concibe cuando no es posible mejorar a nadie sin perjudicar al mismo tiempo a otro participante de una interacción social (McCloskey, 1985, pág. 93), así mismo, se reconoce que en la realidad existen individuos que inicialmente se perjudican en la transacción, por ende, el beneficio que recibe el favorecido es suficiente para compensar totalmente el perjuicio del desfavorecido, es decir, mejorar su situación inicial; esto se conoce como Pareto-potencial o medida de eficiencia en el sentido de Kaldor-Hicks, que en esencia requiere un beneficiado y un perjudicado en su estructura, con la potencialidad o peligrosidad que por una decisión política y no técnica sea de carácter obligatorio el pago de una compensación. Complementando lo anterior, cuando existe un cambio en la política o en las instituciones, debe buscar la mejora de la eficiencia que pudiese alcanzar, si se acompaña de un sistema apropiado de compensaciones y cobranzas, puede hacer que todos estén mejor que antes. (Scitovsky, 1951, pág. 308).

Kaldor cree, al igual que Hicks, aunque por diferentes razones, que el economista debe favorecer todos los cambios en la política económica que mejoren la eficiencia del sistema económico, incluso cuando causan pérdidas a algunas personas e independientemente de si estas personas son compensadas o no. Kaldor parece pensar que cada decisión que afecta a la política económica se compone de dos partes: la decisión económica de realizar o no el cambio en sí misma, y la decisión política de compensar o no a los perdedores en caso de que se produzca un cambio en la política e infringe pérdidas a algunas personas. Defiende que el economista debe tomar parte activa en la toma de la primera parte de esta decisión y basar sus recomendaciones sólo en consideraciones de eficiencia, porque, según Kaldor, el economista puede confiar en que otros se ocuparán de los aspectos distributivos de la economía. Si interpreto a Kaldor correctamente, él tiene en mente a una comunidad cuyos representantes políticos están plenamente conscientes del problema de la distribución y están dispuestos a asumir la plena responsabilidad de mantener una distribución equitativa del ingreso. (Scitovsky, 1951, pág. 309).

Por otra parte, aunque la eficiencia no es el único criterio de análisis de una norma, es indispensable que los legisladores al momento de creación cuenten con un análisis adecuado que no permita la dilapidación de recursos, efectos distorsivos o incentivos perversos para alguna de las partes, puesto que la tipicidad de una relación privada deriva por la necesidad de regular la falla de mercado que se presenta, y buscar el equilibrio contractual. Emplear criterios de eficiencia efectivos permite advertir el curso previsible de muchas conductas y agregados de aquellas, interacciones que implican costos sociales y externalidades negativas en un mercado de economía abierta sobre agentes de modo asimétrico (Acciarri, 2019, págs. 8, 13).

En este orden de ideas, para Mitchell Polinsky (1985, págs. 19, 21) la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma, como consecuencia de mejorar la posición de alguna de las partes sin empeorar la de nadie. En contraste con el análisis de equidad de una norma, versa sobre la renta de los individuos (distribución final) y cómo este se protege de manera exógena mediante determinados derechos. Por lo tanto, de realizarse una distribución equitativa de la renta sin costes no habrá lugar a conflicto entre los dos criterios mencionados.

Continuando con Polinsky (1985, págs. 132-137) debe existir una ponderación en relación a los incentivos y a la asignación de riesgos que propone una norma jurídica para satisfacer el criterio de eficiencia de la misma, por ende, al tratarse la cuestión del incentivo se establece la siguiente pregunta:

¿Crea la norma jurídica incentivo para las empresas y los individuos relevantes se comportan eficientemente?

Para el autor, comportarse eficientemente refiere a si la conducta amplía al máximo los beneficios totales, descontando los costes totales, puesto si las empresas e individuos tienen en cuenta las consecuencias de dicha conducta en la relación costo-beneficio, el problema que incurre el incentivo, es la forma de inducir a las empresas e individuos a tener en cuenta las consecuencias de su conducta en los costes y beneficios de otros. Para ello, las partes deben considerar en la toma de decisiones, las precauciones y el nivel de actividad que deben adoptar para determinar si la conducta es beneficiosa.

Por otra parte, la asignación de riesgos de una norma jurídica, implica que el riesgo es beneficioso cuando la incertidumbre versa sobre la ganancia que se produce con la decisión adoptada, en cambio, el riesgo es perjudicial si lo incierto es sobre las pérdidas. En el caso, de que la eliminación del riesgo no sea posible, se debe distribuir entre las empresas o individuos relevantes, por el sesgo de aversión al riesgo que cuenta un contratante. Esto significa que la asignación del riesgo debe distribuirse entre las partes o en su defecto transferirlo a una compañía de seguros.

Ahora bien, el análisis económico de las normas de derecho privado, se ha considerado que las presunciones que éstas consagran en imponer una carga prestacional mayor a una parte contractual es ineficiente por varias variables, como lo menciona Hugo Acciarri (2019, págs. 21-22) en el caso del deber de prevención (Artículo 1710 C.C. y C. de la Nación) manifestó lo siguiente:

Lo deseable, parece, es que la ley promueva que prevengan quienes pueden hacerlo más eficientemente. Es razonable que los fabricantes de autos prevengan los vicios que los hagan impropriamente peligrosos, pero también lo es que los conductores eviten que se ponga a prueba el funcionamiento de las air bags. Que unos produzcan correctamente y que otros conduzcan con cuidado, no que los primeros prevengan riesgos de la conducción irresponsable o que los segundos deban verificar si su auto esta bien construido, y mucho menos que los peatones deban hacer guardia para advertir a los conductores sobre los peligros de colisiones más o menos inminentes.

Pero el Código Civil y Comercial no es la instancia más adecuada para discernir quién debe prevenir y quién no en cada una de las situaciones posibles. Parece más razonable pensar que son los jueces, sobre la base de unas pocas directivas generales, quienes están en mejor posición para construir un catálogo refinado de responsables en cada género de casos que les toque sentenciar. Como en otros ámbitos, la división del trabajo tiene un rol importante y consecuencias en el bienestar de la sociedad.

Así las cosas, bajo esta línea de interpretación, el legislador no debe establecer juicios a priori respecto a la conducta de una parte contractual, puesto que es el juez mediante un análisis razonable de los hechos y las pruebas presentadas, quien decidirá respecto a la imposición de una sanción por una

conducta reprochable y antijurídica que se haya cometido. En este sentido, el procedimiento judicial es detallado, neutral, se reduce la asimetría de información y generalmente transparente con el fin de facilitar el debate, la crítica, y así, a través de pasos sucesivos, mejorar la decisión (Acciarri, 2019, págs. 23-24).

Por lo tanto, a continuación, analizaremos la función económica de la cláusula de compensación por clientela en el contrato de agencia, sus costos de transacción para las partes, si su tasación legal busca la equidad entre ellas o si genera incentivos distorsivos de comportamiento para una parte dentro del juego final en la terminación del contrato.

### **3.1. Análisis del criterio de eficiencia Kaldor- Hicks aplicado al Artículo 1497 del Código de Civil y Comercial de la Nación.**

A partir de la teoría exegética de los contratos sobre su funcionalidad, menciona el tratadista Bianca (2007, pág. 545) lo siguiente:

La eficacia de un contrato representa fundamentalmente el desarrollo de lo que las partes quisieron, o sea, de lo que ellas dispusieron mediante su acto de autonomía negocial. Los efectos, sin embargo, pueden no coincidir con el contenido del contrato, ante todo, se debe tener presente que a los efectos previstos por las partes se debe agregar los efectos integrativos que pueden colmar lagunas del contrato, e incluso modificar su contenido (interpretación supletiva); de tal forma que puede haber efectos jurídicos que no corresponden a la determinación convencional, aún cuando no son compatibles con la causa del contrato.

La divergencia entre contenido y efectos puede representar un incumplimiento del contrato, esto es, la falta de actuación o el desarrollo defectuoso del compromiso de la parte con miras al resultado programado. Así, en caso de divergencia, el contrato es, de todas formas, eficaz, pues obliga a la parte a desarrollar el resultado que produce un efecto obligatorio diferente al efecto real previsto.

En tanto, la perspectiva del análisis económico del derecho de los contratos, identifica cometidos específicos que debe cumplir todo contrato, tales como (Tolosa, 2019) (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012):

- a. Maximización del bienestar social dados los recursos disponibles en la sociedad.
- b. Permitir la cooperación entre las partes para maximizar el bienestar de los individuos.
- c. Permitir acuerdos que promueven la eficiencia en la asignación de recursos.
- d. Reducir costos de transacción de los intercambios.
- e. Reducción de conductas oportunistas de las partes.
- f. Minimizar los problemas de información.
- g. Mitigar las externalidades negativas.

En cumplimiento de dichos cometidos, las partes establecen las prestaciones a las cuáles se obligan, el sistema de sanciones que se comprometen en caso de posibles incumplimientos y la forma de resolver los conflictos, sobre todo en los casos que la tipicidad contractual sea dispositiva. Su celebración causa un impacto en el comportamiento de las partes, puesto que, al conferir un derecho individual, dentro de las reglas de exigibilidad, se crean incentivos para el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones establecidas (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, págs. 94-95).

Según lo anterior, los contratos en el derecho privado deben incrementar el bienestar de las partes por medio del excedente derivado del intercambio. A diferencia de lo que ocurre con la división de un pastel, los convenios no constituyen juegos de suma cero, donde las ganancias de uno suponen la pérdida del otro, sino que permiten que ambas partes ganen con la transacción (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, pág. 98).

Por ende, cuando los mecanismos institucionales para hacer cumplir los contratos son deficientes, lentos o caros, y los criterios legales o judiciales para resolver las disputas son ambiguos en el sentido de que muchos acuerdos pueden ser modificados en el momento de cumplirlos, debido a la aplicación de una norma ineficiente o una jurisprudencia oscilante, se producen los siguientes efectos (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, pág. 92):

- a. Se desalienta la celebración de acuerdos, esencialmente de aquellos en los que una parte realiza su prestación de inmediato, y debe esperar un tiempo para que cumpla otra parte.
- b. Aparecen incentivos para incumplir, en la medida que la sanción puede tardar, e incluso no ser tan gravosa, dependiendo de criterios judiciales.
- c. También se generan incentivos para celebrar ciertos contratos riesgosos, con la esperanza de que puedan ser corregidos por los tribunales en cuanto a sus consecuencias.

Cuando el sistema jurídico se emplean las normas de carácter imperativo en el derecho contractual según Schawartz & Scott (2003, págs. 609-610) sólo se justifican por dos razones íntimamente ligadas, en función al inadecuado ejercicio del mercado, con la finalidad de evitar la generación de externalidades y la segunda, en razón de subsanar una falla de mercado que en el acuerdo mismo no se pueda redimir. Las razones del auto-paternalismo legal, se concibe por reglas inalienables que tiendan a mejorar la situación de alguna de las partes, pero otras empeoran significativamente, esto solo demuestra que la realidad es imperfecta y que el óptimo paretiano puede ser alcanzado más fácilmente por sistemas que limitan las transacciones que por sistemas que solamente se basan en la autonomía y libertad contractual (Calabresi, 1972), esta concepción, induce a que las reglas legales sean las que determinen las decisiones y el orden de preferencias de las partes, más no, los mismos agentes de mercado quienes determinen dichas consideraciones. En tal sentido, Scitovszky (1941, pág. 78) manifiesta que la forma de juzgar la eficiencia de una asignación por parte de una institución, ya sea económica o legal, el criterio que establece es si ésta, permite o no que la personas redistribuyan los bienes y servicios entre sí (independiente de la posición inicial), así las cosas, la competencia perfecta será un hecho si existe demanda recíproca intersectada en el contrato.

Por ende, al existir una prohibición de negociación o renegociación, se están haciendo más pobres a las partes potencialmente interesadas en realizar transacciones prescritas; sin embargo, los efectos de mantener la prohibición puede ser negativa en materia de distribución, pero lo que resulta más intrigante es que esta circunstancia no suele ser advertida por el Estado, por la pérdida de maximización de la riqueza y eficiencia de los mecanismos jurídicos (Monroy, 2012, págs. 89-91).

Por lo tanto, en relación al contrato de agencia, cuenta con una cláusula de compensación por clientela, la cuál, desde el punto de vista económico, es considerada como un mecanismo de redistribución de

la renta que cuenta, dónde debe analizarse si ésta norma genera un costo del uso en la transferencia, esto determinará si la norma es eficiente o no en el mercado, aún así cumpla con el objetivo deseado (Polinsky, 1985, pág. 129). En consonancia, es imprescindible cuestionarse si esta norma cumple con su función de incrementar las transacciones, al implementar sanciones que aumenten la confianza en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas, desincentiva el oportunismo o sí por lo contrario, rompe la confianza en los mecanismos institucionales por el mismo desequilibrio contractual que la norma produce para la asignación efectiva de recursos.

Esta redistribución de la renta, es el objetivo del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks, en palabras del tratadista Richard Posner (1998, págs. 21-23) significa que los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente, es decir, se trata de reconstruir una transacción de mercado cuando en realidad ocurrió un intercambio forzado, esto ocurre cuando en el sistema legal se trata de conjeturar si el intercambio incrementa o reduce la eficiencia, como un método de asignación de recursos por las fallas de mercado, de no ser viables dichas reglas, la elección de redistribución se debe replantear y evitar estos intercambios forzados, puesto que la regulación genera ineficiencias, externalidades negativas e incrementa los costos de transacción.

Así las cosas, para Scitovszky (1941, pág. 88) el criterio Kaldor-Hicks se confirma, siempre que sea posible un cambio que otorgue una mejora al bienestar general, incluso si no todas las personas ganan con él y algunos pierden. La prueba sugerida por ellos: para ver si es posible después del cambio compensar completamente a los perdedores a un costo para los favorecidos que no alcanza su ganancia total; es decir, que para que el supuesto ganador compense al supuesto perdedor, la ganancia debe ser mayor al costo que este asume por la compensación.

Desde la perspectiva del filósofo John Rawls, en su obra Teoría de la Justicia de 1971, manifiesta que la distribución del ingreso y la riqueza es justa sólo si ninguna otra distribución mejoraría la situación de la gente más pobre de la sociedad, esta distribución podrá ser desigual, ejemplarizando el impacto negativo de una distribución más igualitaria sobre el incentivo para trabajar fuese tan sustancial que la mayor parte recibida por quienes están en peor situación fuese menor en tamaño absoluto que la parte relativamente menor que recibirían bajo una distribución menos igualitaria. Dar preferencia a los intereses de quienes se encuentran en peor situación parecería violar el principio suscrito por todos

los economistas modernos, sobre las comparaciones interpersonales de la utilidad (felicidad) son arbitrarias (Posner, 1998, pág. 436).

Por otra parte, si la redistribución es lo suficientemente costosa empleando el sistema jurídico para ella, así se empleen acciones legales para su reconocimiento, no significa que esta norma sea eficiente, en realidad, generalmente, se emplean normas ineficientes para propiciar equidad; las normas jurídicas no podrán redistribuir la renta de forma sistemática a menos que el estatus de las partes de un determinado tipo de litigio corresponda estrechamente con los grupos que se desea distribuir (Polinsky, 1985, págs. 129-130).

Recordemos el postulado de la cláusula de Compensación por Clientela, en el Artículo 1497 del C.C.yC.

Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder el importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el periodo de duración del contrato, si este es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

Se alerta, sobre el detalle de la norma, al precisar desde que momento se hace exigible el derecho a la compensación, presumiblemente en relación al good will / Know How que el agente prestó para el desarrollo de la actividad para la cual se contrató, siendo el único contrato que además de reconocer el esfuerzo en el cumplimiento de la prestación, a través de la remuneración (Art. 1486 C.C. y C.), comisión (Art. 1488 C.C. yC.) también le reconoce dicha compensación, si y sólo si,

existe un incremento significativo del giro de las operaciones del empresario y la posibilidad de producción continuada de ventajas sustanciales derivadas de aquella actividad. Estos requisitos son ambiguos, puesto que, se debe determina su cumplimiento, constatando la información financiera y contable del empresario, es decir, el agente prima facie no tiene el acceso a dicha información, ni un conocimiento objetivo respecto de si el incremento que él aporta a los negocios del empresario es “significativo” o no.

En consonancia con lo anterior, la vaguedad de la ley generara un riesgo de que se decida si una conducta legítima viola la norma, esto, reduce el efecto de disuasión porque este depende de la diferencia entre el costo del castigo esperado de la conducta legal o ilegal; igualmente, desalienta actividades legítimas, así incurra en un aumento pequeño en sus costos podría reducir en mucho la demanda privada de la actividad y al hacerlo podría imponer sustanciales costos sociales (Posner, 1998, pág. 510).

Entre otros mensajes que la Cláusula de Compensación por Clientela expone en el mercado, en la palabras de Scitovszky (1941, pág. 79) cuando una norma favorece el cambio de la organización respecto a la redistribución correctiva de los ingresos, en el cual, se busca que se compensen completamente a los perjudicados, este cambio haría que algunas personas se sientan mejor sin hacer nada; en el entendido de la relación contractual, presupone que el agenciado le causa un perjuicio al agente y por ende, éste tiene derecho a ser compensado, sin causa alguna de daño causado, sin hacer nada, que amerite compensación alguna. Recordemos que los derechos son un componente de la riqueza, la configuración de los derechos puede influir en la asignación de recursos a través de "efectos de riqueza" (al modificar la composición de la demanda) (Kennedy, 1981, pág. 423)

Por ende, la economía del comportamiento agregaría un argumento propio: la necesidad de exponer el razonamiento mediante una fórmula, comprenderla y dar valor a sus variables, modifica la arquitectura de la decisión de los jueces. Exige pensar el problema en secciones. Impone decidir, no de un plumazo tosco sino para cada uno de los factores, qué ha quedado acreditado, cómo jugaron las cargas probatorias, qué puede estimarse y en cuánto puede valorarse. (Acciarri, 2019, pág. 24).

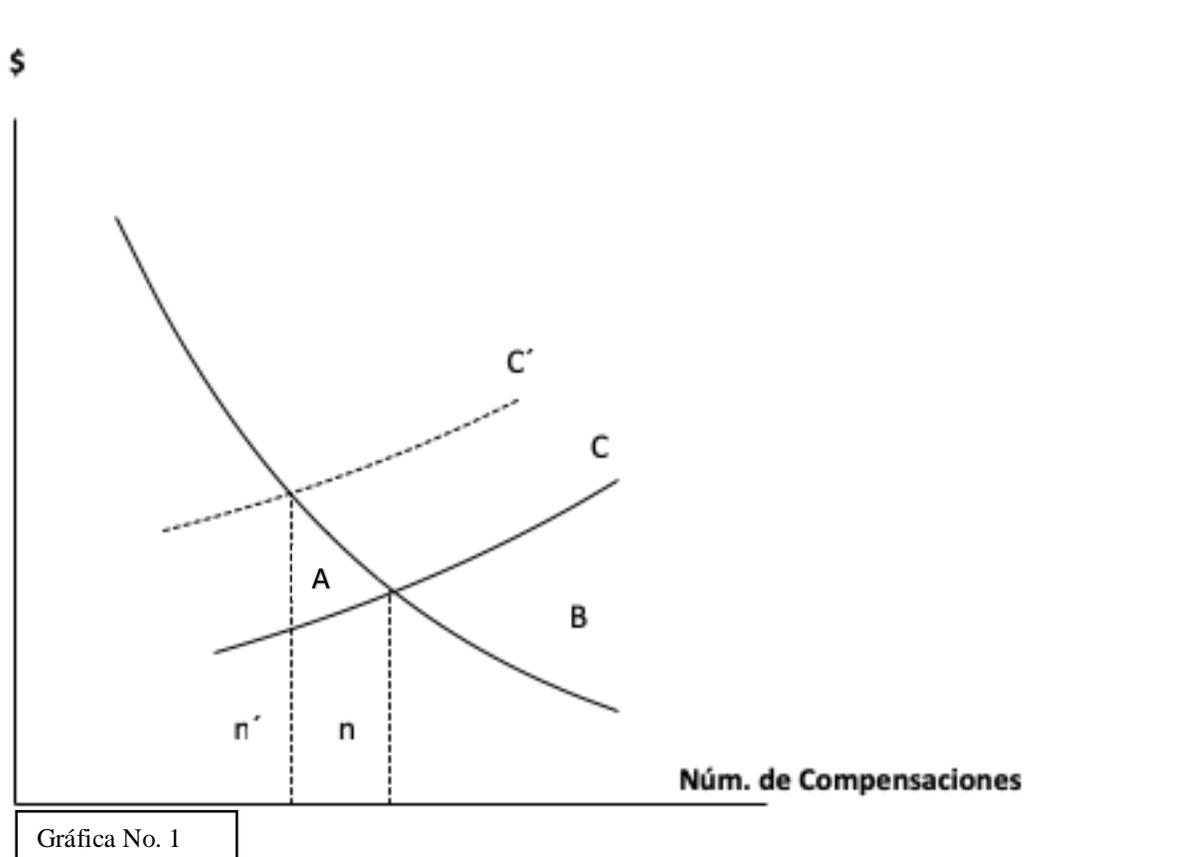
En síntesis, el efecto de una norma ambigua en el comportamiento de los agentes económicos produce mayores costos de transacción para las partes y externalidades negativas, puesto que, los costos sociales que repercuten en la falta del mecanismo contractual idóneo, impide a consumidores ejercer su facultad de elección y orden de preferencias.

Así la formula de compensación fuese detallada en su ejercicio, puede generar lagunas, pero esto puede minimizarse si la regla comprende responsabilidad en contextos de negligencia y de incumplimiento; si una regla es arbitraria en asignar mayores costos a una parte, estas reglas tenderán a evadirse con transacciones que representen menores ingresos o una renta “significativa”, faltando al principio del derecho de los contratos en la búsqueda de maximizar los beneficios de las partes, ya que no es un juego de suma cero (Posner, 1998, pág. 511).

Por lo tanto, la existencia de efectos de riqueza a partir de la configuración inicial de los derechos en cuestión puede concederse sin un daño irreparable a la plausibilidad del análisis costo-beneficio de los derechos. Para empezar, no es lógicamente necesario establecer el derecho a favor de una u otra parte antes de proceder a determinar la valoración de los resultados por parte de las partes. (Kennedy, 1981, pág. 426)

Por ende, el enfoque Kaldor-Hicks que pretende una supuesta maximización de la riqueza, se ve en problemas cuando la transacción es una gran parte de la riqueza de una de las partes, debido al valor comercial o que las mismas partes la estiman. Si bien es cierto, la cláusula establece un límite para su pago, el cual, debe ser inferior al importe equivalente a un año de remuneraciones; dicho límite sigue siendo ambiguo, al regularse de manera imperfecta, tiende a generar efectos más costosos por su regulación a diferencia que las partes hubiesen asignado libremente, debido más a intereses políticos de distintos grupos que un beneficio social o derivado de un análisis de castigo/recompensa por daños ocasionados. (Posner, 1998, pág. 351).

En analogía, al análisis planteado por Posner (1998, pág. 512) en relación al costo de las confesiones forzadas, se toma como referencia, respecto al costo-beneficio de la compensación forzada que se ha referenciado anteriormente, así:



De lo anterior, se entiende que B representa los beneficios de emplear las compensaciones como forma de redistribuir la renta en el contrato de agencia, el eje C enmarca el costo social por emplear este mecanismo; en la intersección  $n$ , denota el número óptimo de compensaciones voluntarias. Pero el efecto que repercute la cláusula de compensación por clientela al denotar desconfianza entre las partes por un prejujuamiento normativo en la conducta del agenciado, al que supuestamente se le imputa incurrir en un abuso de la posición contractual, el agente buscará su reconocimiento mediante las vías judiciales, aumentando la pérdida social por los costos legales que se deben asumir. En vista, al alza de los costos de transacción  $C'$ , debido a la norma que imputa la compensación forzosa por el derecho otorgado, se refleja una disminución del número de compensaciones declaradas en  $n'$ , así A refleja la pérdida de utilidad que las partes asumen debido a la compensación forzosa, generando un sofisma redistributivo de equidad de la renta, y a su vez, induciendo a un desuso paulatino del contrato de agencia.

Parafraseando a Posner (1998, pág. 437) pese a que, llegue a existir un abuso de la posición de dominio contractual por parte del empresario, incurriendo en elevados costos de transacción para la realización del negocio, éste buscará proteger sus inversiones empleando mecanismos contractuales eficientes, por el principio de maximización de la utilidad esperada; puesto que, como se alertó en la gráfica No. 1, la aversión al riesgo y los altos costos de transacción afectarán esta utilidad, sin que por ello, se genere una efectiva provisión de la redistribución de la renta esperada, en consecuencia, no habrá lugar a la exigibilidad del derecho que otorga el Artículo 1497 del C.C.yC.

En efecto, se continúa cayendo en el supuesto de si redistribuimos el ingreso para restablecer aproximadamente la distribución inicial del bienestar, habría una ganancia neta, haciendo que los miembros de ambos grupos estuvieran en mejores condiciones de lo que estaban antes. Pero se demuestra que, si son las personas favorecidas por el cambio fueran pobres y los perjudicados por él fueran ricos, el equivalente en dinero de la ganancia del primero sería insuficiente para compensar la pérdida de este último, de modo que una redistribución del ingreso tendiente a restaurar la distribución inicial del bienestar resultaría, en una pérdida neta de satisfacción para todos. (Scitovszky, 1941, pág. 86).

Por lo tanto, concordamos con Richard Posner (1998, pág. 489) al enunciar:

El proceso legal también se parece al mercado en su impersonalidad (en términos económicos, su subordinación de las consideraciones distributivas) la mano invisible del mercado tiene su contraparte en el reservado desinterés del juez. El método de compensación de los jueces y las reglas de la ética judicial están diseñados para asegurar que el juez no tenga interés financiero o de otra índole en el resultado de un caso que se plantea, ninguna otra responsabilidad a parte de decidir cuestiones planteadas por las partes y ningún conocimiento de los hechos del caso fuera de los que le presente la competencia de las partes.

Así las cosas, es el juez, quien debe considerar si es el empresario o agenciado se encuentra en curso de un acto de abuso de posición de dominio contractual, de conformidad al artículo 10 del C.C. y C. y no el legislador per se, en señalarlo para imponerle el pago de la cláusula de compensación por clientela, en sustento de un supuesto perjuicio causado al agente por la terminación del contrato.

Finalmente, se ha demostrado que, si se debe elegir entre más de dos alternativas, no podemos, en general, construir una función de bienestar social que pueda considerarse como una verdadera representación de las preferencias individuales (derechos) y al mismo tiempo conducir a un ordenamiento social coherente y no contradictorio de todas las alternativas disponibles, de protección a una posibilidad de abuso contractual. Por una representación real de las preferencias individuales se entiende, en este contexto, un ordenamiento social que se correlaciona positivamente con las preferencias individuales, uno que es independiente de la presencia o ausencia de alternativas irrelevantes, y uno que no está determinado por los deseos de un estado-paternalista ni por mera convención o tradición. En resumen, Arrow muestra que no podemos, en general, construir una función de bienestar social o equidad de una manera que cumpla con los requisitos simples y razonables anteriores sin involucrarnos en una contradicción. (Scitovsky, 1951, pág. 313)

### 3.2. Teoría del Incumplimiento Eficiente de las Prestaciones Contractuales.

Los mecanismos que ofrece el análisis económico del derecho para que las partes ordenen sus preferencias y se asignen eficientemente los recursos, comprende el juego de agencia, para establecer si el primer jugador (empresario) decide si pondrá o no un activo valioso bajo el control del segundo jugador (agente). En palabras de Coote y Ulen (1997, págs. 238-239) los jugadores presentan las siguientes alternativas

		Segundo Jugador (Agente)			
		Cooperar		Apropiarse	
Primer Jugador (Empresario)	Invertir	0,5	0,5	1,0	1,0
	No Invertir	0,0	0,0	0,0	0,0

Según el sistema de pagos que tendría cada jugador conforme a sus preferencias, se deduce que al segundo jugador, no le conviene cooperar, ya que, si el primer jugador decide invertir, el segundo podrá apropiarse de la inversión con una ganancia de 1,0, a diferencia, si éste coopera, ganará solo 0,5. Esta diferencia se le denomina estrategia dominante, en ser la mejor movida para el segundo

jugador (agente) sea la no cooperación; el primer jugador (empresario) al advertir esto, su mejor movida será no invertir, conduciendo a una solución del juego ineficiente, por la falta de mecanismos que incentiven el cumplimiento de las prestaciones contractuales, prevengan comportamiento oportunistas o generen incentivos perversos sobre la utilidad del negocio.

De ser la inversión puramente cooperativa, las partes usan contratos simples, por el principio de autonomía contractual, son ellas las que interpretan el clausulado propuesto, empleando límites a su renegociación para que ésta, no sea infinitamente costosa. La inversión cooperativa beneficia directamente al comprador (agente), por lo que el vendedor (empresario) debe estar directamente motivado para invertir. Dado que el resultado de la inversión es estocástico, los contratos se renegocian con probabilidad positiva, lo que implica que la renegociación sirve al dual propósito de lograr eficiencia ex post y asegurar al vendedor suficiente excedente para invertir eficientemente. (Schwartz & Watson, 2001, pág. 26).

Lo anterior, es el reflejo de conducción de las relaciones contractuales por la diferencia entre el costo que asume una parte para cumplir las promesas y por la otra parte el valor que ésta le otorga a dicho cumplimiento, el comportamiento oportunista deriva al existir una prestación específica se valora de forma distinta por las parte, incurrir en errores de apreciación respecto al esfuerzo que la otra parte ejerce sobre el cumplimiento, conlleva a que el precio total del contrato en el mercado sea valorado de forma subjetiva por el derecho que genera la prestación específica y los daños consecuenciales de esta por su falta de cumplimiento. (Eisenberg, 2005, págs. 1025-1026).

En el caso del contrato de agencia, el empresario al prever los costos de transacción que le implica la cláusula de compensación por clientela sobre el negocio, obtará por no confiar activos de buen rendimiento, para la explotación del agente, puesto que, al finalizarse el contrato deberá pagar dicha cláusula; esto bloquea la asignación de recursos para su buen aprovechamiento, ya que, el empresario de optar por esta modalidad contractual, asignará (inversión) activos de alta depreciación en el mercado, para que estos generen una utilidad mínima, pero no significativa para el negocio del empresario. Es decir, el empresario asume igualmente, un costo de oportunidad en emplear sus mejores recursos y/o activos en cabeza del agente para la búsqueda de negocios en nuevos mercados debido a que la cláusula imposibilita racionalmente su actividad.

Así las cosas, existen condiciones que no permiten la cooperación efectiva entre las partes, las reglas legales creadas en contextos impersonales, presupone incertidumbre sobre la utilidad esperada, los riesgos asumidos, en cambio, incentiva el oportunismo contractual, en la pérdida de credibilidad y confianza sobre los contratantes en el cumplimiento de las prestaciones. Por ello, la teoría económica a dispuesto que es más eficiente incumplir una prestación que cumplirla, y que la parte incumplida responda con el resarcimiento de los daños causados, es fundamental que las partes acuerden mecanismos que no produzcan un gravamen excesivo para la parte damnificada por el incumplimiento, entre ellos (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, págs. 105-109):

- a. El pago perfecto: por el índice de eficiencia se requiere que sólo se cumplan aquellos contratos, dónde los costos del deudor es menor que el beneficio del acreedor; de acontecer a la inversa, es decir, si el beneficio del acreedor es menor que el costo del deudor, las partes pueden llegar a mejorar su situación, si a través de la norma se obliga a pagar al deudor a pagar daños que compensen perfectamente al acreedor e incumpla en forma específica la prestación.

Esta solución sólo comprueba la eficiencia en presencia de un pago de daños perfecto, en el sentido de que este debe dejar al acreedor en igual situación que si se hubiese cumplido; en tal sentido, un pago perfecto de daños de expectativa consiste en que el deudor pague la cantidad de unidades  $X$  multiplicada por la diferencia, de recibir el acreedor la suma equivalente a los que se debía recibir, permite suponer una solución eficiente desde el punto de vista paretiano.

- b. Los daños de confianza: consiste en dejar indiferente a la víctima entre la ausencia del contrato y su incumplimiento. Es decir, ambas situaciones deben ser igualmente preferibles para la víctima, es decir, debe reportar igual grado de utilidad; los daños son iguales a los costos de confianza en que hubiera incurrido las parte cumplidora.
- c. Los daños de costos de oportunidad: al igual que los items anteriores, el pago perfecto de daños de costos de oportunidad debe dejar al acreedor indiferente entre el rompimiento del contrato y la segunda mejor oportunidad contractual disponible. Los daños en este caso son iguales a la diferencia entre el valor neto del cumplimiento del siguiente mejor contrato y la ausencia de contratos.

- d. La Restitución: comprende un mínimo de restitución cuando cada parte devuelve aquello que haya percibido del otro, sin incluir los costos en que haya incurrido como consecuencia del contrato, se aplica sobre todo aquellos contratos cuyos incumplimientos no acarrea mayores perjuicios a las partes.
- e. Cumplimiento específico de la prestación: supone que el deudor debe cumplir la promesa en forma pactada, es efectivo, al tratarse de prestaciones únicas o muy específicas, para las cuales no hay sustitutos próximos de mercado.
- f. Las soluciones alternativas pactadas: las soluciones judiciales generalmente, no increpan a las partes a un cumplimiento de las prestaciones contractuales sobre todo cuando las consideran irracionales; la amplitud de criterios de los jueces puede conllevar a que estos interpreten la voluntad de las partes y asignen los recursos más eficientemente, pero estos no pueden traspasar las normas legales sobre dicha asignación; por lo tanto, el análisis judicial tendrá como consecuencias mayores costos para las partes sin que represente una mejor utilidad para su asignación, puesto que las partes o al menos una de ellas busca es mitigar el impacto que las normas legales tiene sobre sus decisiones, en consecuencia de minimizar costos de transacción.

La teoría del incumplimiento eficiente, da el poder de decisión al deudor de valorar las prestaciones del contrato, desde su celebración y durante su ejecución, estableciendo si resulta conveniente cumplir con lo pactado o incumplir y pagar los daños y perjuicios causados.

Para la doctora Tolosa (2019, pág. 88) el incumplimiento es eficiente desde el punto de vista paretiano, debido a que la víctima recibe una compensación por los perjuicios sufridos, dejandola en las mismas condiciones si se hubiese cumplido el contrato, sólo si existe una situación de indiferencia entre cumplir o incumplir el contrato; en cambio, si con el incumplimiento se obtiene una utilidad aún después de pagar los perjuicios, este es socialmente deseable y eficiente. En tal sentido, para Richard Posner (1998), un incumplimiento, generalmente no es sancionable o reprochable moralmente, ya que, quien incumple puede simplemente haber descubierto que su cumplimiento es más valioso para un

tercero, por ende, la eficiencia es promovida al permitirse a esta parte romper su promesa, siempre y cuando se paguen los daños causados.

Este comportamiento generalmente se deduce cuando existe un tercer oferente valorando mejor el bien que el acreedor inicial, en tal caso, el pago perfecto, deja al acreedor indiferente y gana el vendedor, como el tercero, asignándose mejor los recursos. Por otro lado, se presenta cuando existe un incremento notable de los costos de producción o comercialización del bien, superando la utilidad esperada; de ser los costos superiores al precio e incluso mayores a la valoración que una parte tiene sobre el bien, en este caso es indispensable el pago de daños de expectativa, además, de los perjuicios que se hubiesen podido causar.

En relación al pago que otorga la cláusula de compensación por clientela, no se enmarca en ningún tipo de remedio que la teoría económica contractual establece frente a un daño que el empresario o agenciado le produce al agente, ya sea, por el incumplimiento de las promesas, daño de expectativa o pérdida de oportunidad; si bien es cierto, puede existir una interpretación errónea sobre el daño de expectativa que puede tener el agente, pero es claro que las prestaciones a las cuales se compromete el agenciado es al pago de la remuneración y de una comisión según los artículos 1486, 1487, 1488 y 1489 del C.C. y C., de los cuales se analizarán en el siguiente acápite.

Por ende, en el marco del derecho contractual que permita a una de las partes obligarse a cumplir y, a la vez, a incumplir si paga un precio legal determinado, es incoherente con la teoría del contrato (Tolosa, 2019, pág. 92); esto visto desde la perspectiva actual del contrato de agencia, significa que el empresario aún cumpliendo con sus obligaciones contractuales, al terminarse el contrato, se convierte en deudor del agente por el derecho que le otorga la cláusula de compensación por clientela, por lo tanto, de las prestaciones que se derivan del contrato de agencia, se le permite al empresario cumplir e incumplir pagando el precio legal determinado; sosteniendo claramente su irracionalidad en valorar de manera conjunta las obligaciones contraídas que determinarán, como primera medida su decisión de contratar, y la segunda su decisión de cumplir o incumplir sus obligaciones.

Así las cosas, a este punto del análisis no se halla un fundamento racional del pago de la cláusula de compensación por clientela, debido a que su origen normativo proviene arbitrariamente del poder

legislativo y no de la costumbre mercantil, confluyen las directrices estatales proteccionistas y de la intervención de grupos de interés en la toma de decisiones legislativas, por ende, se retoma la pregunta de Hesselink (2005) ¿Qué explica y justifica la presencia de normas legales elaboradas por autoridades públicas pero de las cuales los particulares no pueden disponer libremente?. Al existir restricciones contractuales introducidas a través de normas, que no se justifiquen de forma consistente con supuestos económicos, es decir, mediante la lógica de mercado y sus fallas, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, estas normas deberían ser eliminadas del ordenamiento, pues más que asignar una asignación eficiente de recursos, de derechos – en términos de Pareto – entre los agentes de la sociedad, en realidad, pueden generar distorsiones innecesarias en el mercado, y con ello, una pérdida irrecuperable de recursos que suponen valiosos (Monroy, 2013, págs. 103-104).

La naturaleza de la prestación a la que se obliga el agente, analizada jurídicamente en el capítulo II, podría interpretarse como un reconocimiento del *good will* y/o *know how* (saber hacer) del agente; el primero, versa sobre la reputación y posicionamiento en el mercado que tiene el agente, por los servicios que presta en el mismo, por lo tanto, el argumento que versa sobre la posición de debilidad contractual no se refleja en este aspecto, puesto que la elección del empresario en contratar se justifica en dicha reputación del agente en conocimiento del mercado al cual se desea alcanzar, es decir, el agente posee información más completa que el empresario para el desarrollo del negocio, por ende, que las partes no se encuentran en igualdad para la toma de decisiones; el papel del contrato, es la garantía de manifestar los intereses de las dos partes, ya que, de no reflejarlos, el acuerdo puede ser rechazado libremente por cualquiera de la partes. Ahora bien, determinar lo que se es justo o injusto en un contrato negociado dentro de un ordenamiento basado en la libertad contractual corresponde a las decisiones individuales de cada uno de los sujetos, decisiones que no pueden ser sustituidas por valoraciones ajenas de la relación contractual (Salazar, 2006, pág. 69).

Por otra parte, el *know how* que emprede el agente, se constituye mediante un modelo de negocio y la ejecución de un plan comercial sobre el activo que empresario pone a su disposición; reconocer una compensación sobre esta labor no tiene fundamento jurídico ni económico, desde la perspectiva del derecho de la propiedad intelectual, por los principios de libertad de empresa y de libre competencia, por ende, los modelos de negocio no son susceptibles de protección o sujetos de algún tipo de pago de regalía por su implementación exitosa. Tampoco, puede señalarse que la gestión del agente sea

considerada como un secreto empresarial, como un contrato accesorio de confidencialidad, para enmarcarse dentro de un presunto abuso que el empresario pudiese tener sobre la información, la promoción de negocios y presunta creación de clientela que el empresario cierra gracias a la gestión adecuada del agente.

Asímismo, al desconocerse la procedencia del pago de la compensación por clientela, es necesario que un juez evalúe la información del clausulado contractual y la tipicidad misma presupone, con la finalidad de establecer la procedencia del pago de la compensación, esta categoría de contratos complejos encarece el costo de producción del contrato y su futura interpretación por un tercero (juez) (Schwartz & Watson, 2001, pág. 21).

Ahora bien, por lo anterior, el comportamiento del empresario buscará incumplir el pago de la cláusula de compensación por clientela, en razón a que esta norma por defecto, genera ineficiencias por los costos de transacción que produce y la irracionalidad de su función económica, por ende, el empresario se ve obligado al pago de esta cláusula si cumple o incumple las prestaciones por las cuales se comprometió, puesto que la suma de los costos en remuneración, comisión y además, la compensación por clientela (sin daño causado), superan los beneficios que el agenciado esperaba como utilidad del negocio, así se argumenta que un derecho contractual-legal que permite a una parte obligarse a cumplir y a la vez, a incumplir si paga un precio legal determinado, es incoherente con la teoría del contrato (Tolosa, 2019, pág. 92). Esto genera externalidades negativas en los mercados, en razón a que el contrato de agencia entra en desuso o produce el fenómeno de la ineficacia por no producción de efectos finales, debiendo el empresario emplear otros tipos contractuales que asimilen la función económica que para este fue concebido.

Por lo tanto, el esquema contractual empleado por las partes debe generar incentivos de renegociación para lograr eficiencia ex post. Así, el clausulado será efectivo sólo si la ley permite a las partes restablecer posteriormente las transferencias especificadas en el contrato original (Schwartz & Watson, 2001, pág. 35) y no de manera impositiva conceder mayores derechos a una parte, impidiendo una asignación diferente de las preferencias de las partes.

### **3.3. Consecuencias de la teoría de precios y costos de transacción en la Cláusula de Compensación por Clientela. Contraste de legal rules y la autonomía de las preferencias de las partes**

La ley o la llamada asignación por defecto puede incrementar la eficiencia de dos formas cuando los costos de transacción son positivos; por un lado, se puede incentivar el intercambio entre los agentes reduciendo directamente los costos de transacción; por otro lado, se puede aumentar la eficiencia simplemente asignando los derechos a la parte que en la transacción valore más el derecho (Cooter & Ulen, 1998, págs. 131-132)

En el mismo sentido, para Posner (1998, pág. 99), en desarrollo del teorema de Coase se puede afirmar que, dado que las transacciones tienen siempre costos en el mundo real, se promueve la eficiencia asignando el derecho legal a la parte que lo compraría (...) si estuviera asignado inicialmente a la otra parte. En cualquier otro caso la transacción (el cambio explícito de la regla) podría incluso ser antieconómico, en el sentido de que generaría una pérdida que no se compensa con el resultado de la negociación explícita de las partes, lo cual, es ineficiente, en tal caso, la asignación inicial de los derechos es definitiva.

La cláusula de Compensación por Clientela bajo el exámen de costo-beneficio, implica la valoración del pago de las prestaciones de las cuales el agente tiene derecho por norma por defecto o legal rule, esto se conoce como efecto dotación, el cual busca generar un resultado sobre el comportamiento de partes, en relación a las posibles pérdidas que pudiesen presentar en la negociación y ejecución del contrato, para Sustain (2001, pág. 3) la regla por defecto puede ser importante no sólo por un efecto dotación puro sino porque esta transmite información acerca de lo que la mayoría de la gente hace, o acerca de lo más razonable para hacer. En este caso también, la regla por defecto puede tener significativas consecuencias.

Por lo tanto, la asignación de los derechos y deberes entre las partes en realidad es un resultado que depende fuertemente de la preasignación inicial descrita por defecto en el derecho, y esto, es así no porque exista costos de transacción que impidan resignar dichos derechos entre las partes a través de un mecanismo de negociación, sino porque al asignarse un derecho a una de las partes y no a su

contraparte ello genera efecto dotación, entendido como una tendencia anómala de la norma para sobrevalorar el derecho, simplemente por ser el asignatario inicial del derecho, y como una correlativa tendencia – también anómala a subvalorar el derecho por parte de quien no es el asignatario inicial de dicho derecho (Monroy Cely, 2014, pág. 93).

Así las cosas, en Código Civil y Comercial preasigna los derechos de remuneración, comisión y compensación por clientela a favor del agente como contraprestación de la gestión de promoción de negocios en un territorio específico, de la siguiente forma:

**Artículo 1486.** Remuneración. Si no hay pacto expreso la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o valor de los actos o contratos promovidos y en su caso, concluidos por el agente, con forme con los usos y prácticas del lugar acutación del agente.

**Artículo 1487.** Base del Cálculo. Cualquiera sea la forma de retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. En las mismas condiciones también tiene derecho:

- a) Si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia.
- b) Si el contrato se concluye con un cliente que el agente presente anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración.
- c) Si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.

**Artículo 1488.** Devengamiento de la Comisión. El derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y el pago del precio al empresario. La comisión debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio del empresario.

Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por éste en el término previsto en el artículo 1484 inciso d)<sup>15</sup>.

**Artículo 1489.** Remuneración sujeta a ejecución del contrato. La cláusula que subordina la percepción de la remuneración, en todo o en parte, a la ejecución del contrato, es válida si ha sido expresamente pactada.

**Artículo 1497.** Compensación por Clientela. Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.

En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos.

A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante el periodo de duración del contrato, si éste es inferior.

Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

Se ha interpretado que la viabilidad del derecho a la comisión mencionada en el Artículo 1486 C.C.yC. de carácter subsidiaria, es decir, que es exigible a falta de pacto expreso de la remuneración específica por la labor del agente, procederá la comisión variable, dependiendo del volumen o valor de los actos o contratos promovidos.

---

<sup>15</sup> Comunicar al Agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida.

Se debe precisar que el momento de pago de la comisión surge al momento de la celebración del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario, de llevarse una ejecución parcial, sólo será exigible una vez se pague la totalidad del precio al empresario, de lo contrario se aduce un enriquecimiento sin causa y un aprovechamiento indebido de la actividad económica del otro. Igualmente, debe acotarse el pago de estas prestaciones al momento de la ejecución del contrato con el tercero, es decir, que no haya obligación alguna de cumplimiento entre el empresario y el tercero.

Contemplar una retribución equitativa, conlleva a un cálculo de la distribución del bienestar, es decir, debe generarse una comparación entre el antes y después de la entrada en vigencia de la norma por defecto. Por lo tanto, parece suficiente concentrarse en estos e investigar cómo afectaría el cambio al bienestar general si fuera antes y después, primero lo que realmente es antes, y luego lo que realmente es después del cambio. Siempre que estas dos comparaciones produzcan resultados idénticos, podemos hacer propuestas de bienestar del economista clásico; especialmente porque los resultados idénticos para las dos distribuciones de bienestar implican una fuerte presunción a favor del mismo resultado que se mantiene para todas las distribuciones de bienestar. (Scitovszky, 1941, pág. 86).

En cumplimiento de la obligación de pagar la remuneración pactada del empresario, del Artículo 1484 literal c) del C.C.yC, el empresario debe estimar el precio relativo que conllevará a pagar en el caso de contratar con el agente, pero podría ser una asignación fija o variable dependiendo de la distribución del ingreso que tenga el empresario en la ejecución de los contratos alcanzados por el agente.

Así las cosas, habrá una discriminación positiva del mercado de los agentes por el precio relativo que se estime individualmente, ya que dependerá, en primera medida si existe pacto previo y expreso por las partes o de no haberlo, se exigirá el pago de una comisión conformidad a la norma anteriormente señalada. Se entenderá que la variación del precio relativo, establecerá una mejor situación a X número de agentes sobre otros (Scitovszky, 1941, pág. 86).

Incluyen en el cálculo las valoraciones de todas las partes afectadas, con el objetivo de determinar si pasar de una regla a otra modificará la asignación de recursos de tal manera que las ganancias para los ganadores del cambio sean mayores que las pérdidas a los perdedores. A veces (aunque no siempre) expresan esta idea en términos de compensación. (Kennedy, 1981, pág. 391). No obstante,

el requisito de compensación establece que los ganadores deben compensar todas las pérdidas de bienestar de los perdedores. En otras palabras, el criterio de compensación, como es comúnmente usado por los analistas de costo-beneficio, involucra la hipotética reversión de los derechos (Kennedy, 1981, pág. 409).

Como señala, la regla bien conocida de que el precio debería ser igual al costo marginal, ya no puede derivarse. A partir de esta conclusión y sus otras observaciones críticas sobre la economía del bienestar en general, deduce que ninguna regla de este tipo es de mucha utilidad y todo lo que se puede decir es que los precios deben tener una relación razonable con los costos. (Arrow, 1951, pág. 933).

En otras palabras, los efectos de una política económica en la eficiencia, por una parte, en la distribución del ingreso, no pueden, como norma, separarse en una economía de libre empresa, porque en esa economía los pagos de compensación no son políticamente factibles. Esto implica que, en la economía de libre empresa, todas las políticas económicas deben ser evaluadas por sus efectos en la eficiencia y la equidad simultáneamente; y no se pueden hacer recomendaciones sobre la base de uno de estos criterios solo. Por lo tanto, que si bien la nueva economía del bienestar, en el argumento de Kaldor, le ha brindado al economista una guía de políticas en algunas comunidades, esta guía no tiene validez universal y no proporciona ninguna base sobre la cual, por ejemplo, en los Estados Unidos, podría hacer recomendaciones políticas (Scitovsky, 1951, pág. 310)

Al igual que el mercado, el derecho (especialmente el derecho no codificado) recurre a la igualdad de precios con costos de oportunidad para inducir a los individuos a maximizar la eficiencia. Cuando los daños compensatorios son el remedio en caso de incumplimiento de una obligación legal, el efecto de la responsabilidad no es obligar a cumplir con la ley, sino obligar al violador a pagar un precio igual a los costos de oportunidad de la violación. Si ese precio es menor que el valor que el violador obtiene del acto ilegal, la eficiencia se maximiza si comete ese acto, y de hecho el sistema legal alienta al violador para que lo haga; si el precio es mayor, la eficiencia requiere que el violador no cometa el acto y de nuevo el remedio de los daños proporciona el incentivo correcto (Posner, 1998, pág. 489)

La fórmula de ganadores-perdedores, en otras palabras, implica mucho más que el juicio de que si un cambio ayuda a los ganadores más de lo que duele a un perdedor, es una buena cosa. La

indeterminación interna de esa formulación abstracta de costo-beneficio deja todos los problemas de valoración. La fórmula de ganadores-perdedores luego los resuelve, sin dar ninguna explicación de por qué eligió resolverlos en favor de algunas personas y en contra de otras (Kennedy, 1981, pág. 413).

Si la norma por defecto se considera ineficiente, pero los costos de transacción son altos, entonces las partes nunca podrán maximizar sus beneficios a partir de acuerdos privados. Dado que en este caso los costos de transacción impiden la creación de una solución privada y/o la modificación de la preasignación efectuada a través de la regla por defecto, y simultáneamente, dicha asignación es diferente a la que las partes acordarían si fuese económicamente viable, es precisamente acá donde el diseño mismo -más que la existencia- de la norma por defecto se convierte en una cuestión radicalmente relevante (Monroy, 2013, págs. 123-124).

Uno podría entonces imaginar la existencia de un tomador de decisiones externo que está subastando las dos configuraciones posibles de la regla de derecho, decidiendo a favor del mejor postor, pero sin exigir ningún pago real. Primero, esa regla estaba en vigor y determina lo que pediría la parte que se beneficiara, y luego imagina que la otra regla estaba en vigor y determina el precio de venta de la otra parte. Uno podría establecer la regla a favor de la parte que tendría el precio más alto después de la asignación (Kennedy, 1981, págs. 426-427).

Está implícito en el Teorema de Coase que, si hay costos de transacción, es posible que un derecho sea ineficiente, es posible que el establecimiento de un derecho genere una asignación que sea potencialmente inferior a la de Pareto y ésta se habría producido, sí el derecho se hubiera establecido de manera diferente (Kennedy, 1981, pág. 392). Los grupos políticamente eficaces, deberán utilizar métodos tan aparentemente ineficientes para transferir la riqueza a su favor como la limitación de la entrada o la competencia de precios. Una transferencia de efectivo de una sola vez en favor de la industria, igual al valor presente de las ganancias esperadas de una limitación reguladora de la competencia, daría a la industria los beneficios de una competencia menor sin un costo de peso muerto en la reducción de la producción (Posner, 1998, pág. 495)

El tomador de decisiones políticas toma dos decisiones iniciales: una sobre la distribución de las cuotas de los factores y la segunda sobre las definiciones iniciales de los derechos. El economista le presenta una opción entre los resultados que son posibles bajo la negociación sin costo de esos supuestos. Cada resultado posible consiste en una asignación de recursos y una distribución asociada de bienestar. El creador de decisiones políticas ahora hace una tercera intervención: aplica su función de bienestar social para decidir entre ellos. El economista se aplica a sí mismo a la tarea de llevar este resultado al mundo real del costo de transacción. Manipula los derechos y la redistribución del bienestar que corresponden exactamente a los elegidos por su jefe o grupos de interés (Kennedy, 1981, pág. 444)

Pero, para una asignación óptima de recursos, debe considerarse la proporción de productividades físicas marginales del trabajo en cualquiera de los dos mercados, por ende, ésta debe ser igual a la tasa marginal de sustitución en el consumo. Si vendemos a precios fijos, entonces las productividades físicas marginales del trabajo en diferentes mercados deben ser inversamente proporcionales a los precios. Si la remuneración se toma como numerarios, se llega a la conclusión de que los precios deben ser proporcionales a los costos marginales. La relación común de precio a costo marginal sirve aquí como un mecanismo distributivo. En otras palabras, el argumento de eficiencia para la fijación de precios de costo marginal no se altera; sin embargo, también podemos alcanzar la eficiencia de otras maneras que pueden ser superiores distributivamente. Si la relación entre el costo promedio y el costo marginal difiere considerablemente en diferentes mercados, parece que no hay una forma concebible de concluir que cubrir los costos promedio sea un criterio razonable. Por lo tanto, igualar las tasas marginales de sustitución en el consumo es una mejora (siempre que los efectos distributivos sean favorables) independientemente del grado de optimización en el proceso de producción; pero igualar las tasas marginales de transformación cuando no se cumplen las condiciones óptimas de cambio no puede justificarse el efecto distributivo (Arrow, 1951, pág. 933)

Considerando lo anterior, al establecer el precio final del valor de la gestión que el agente realiza, se enfoca sobre la tasa marginal de sustitución de consumo, con la finalidad de mantener una utilidad constante para generar un aumento significativo de los negocios del empresario, pero esta relación no le concede al agente de tener la expectativa de un mejor derecho que el empresario, en retribuirle una ganancia por compensación por clientela, puesto que, el efecto distributivo de la tasa marginal de

sustitución es el propio mercado que incentiva un óptimo paretiano, sin recurrir a normas por defecto que convierten ineficiente al contrato de agencia.

El empleo reiterativo en replicar este tipo de normas en distintas legislaciones de corte del Civil Law, se debe al sesgo de aversión a las pérdidas, el cual, sugiere que la obtención de un derecho sea percibido como menos importante que la pérdida del mismo derecho, de ser así, se deduce que los individuos ofrecerían menos para obtener el derecho que lo que exigirían por perder el derecho Korobkin (2003).

Por otra parte, al mantenerse este tipo de cláusulas por defecto en los contratos, impiden que las partes anticipan solicitudes frecuentes de "ajustes", es decir, para renegociación, el costo de la renegociación de los contratos simples podría ser alto si el que toma la decisión trata la disposición a realizar ajustes bajo ciertas condiciones del mercado como la disposición a cumplirlos. En respuesta a esta preocupación, las reglas de asociación comercial que regulan las disputas en muchos mercados de productos básicos generalmente excluyen la evidencia de ajustes previos bajo el actual contrato, o de alojamiento bajo contratos anteriores. (Schwartz & Watson, 2001, págs. 29-30).

En tal sentido, debido a la falta de claridad de la fundamentación en otorgar derechos a una parte de la relación contractual, por norma por defecto, conllevará a que los mismos contratantes busquen la solución en terceros (jueces o árbitros), mediante el litigio, asumiendo costos ex post legales que desincentiven el ánimo de contratar bajo el principio de la buena fe; pero se cree que el empresario, emplea este mecanismo jurídico para intimidar al agente para que desestime sus pretensiones, pero en realidad, la racionalidad del empresario es no incurrir en gastos enormes mediante el litigio, debido a que si se prevé una sucesión de juicios, su costo marginal reduciría el gasto que incurre por cada litigio, generando una credibilidad de apabullar a su oponente, siendo más atractivo el litigio que un arreglo con su contraparte, asimilándose a la práctica de precios predatorios, se generaran barreras de entrada de litigio para el agente, puesto que los costos a incurrir será mayores a los que asume normalmente el empresario como contingencia (Posner, 1998, pág. 531).

Finalmente, las normas por defecto impiden una distribución equitativa de la renta, por la utilidad generada en relación de los negocios alcanzados por el agente a favor del empresario, una

remuneración eficiente versa sobre el pago de la comisión que establece los artículos 1486 al 1488 del C.C.yC. porque refleja la relación del precio en función del costo marginal que incurre el agente para su gestión, incrementando su participación en el mercado. En cambio, la cláusula de compensación por clientela genera un efecto distorsivo en el mercado, puesto que incrementa los costos y reduce los beneficios que el empresario espera por la relación negocial, desincentivando su decisión de contratar o invertir, en una zona geográfica específica, que de forma coactiva le lleve a incrementar sus costos.

## CONCLUSIONES

La cláusula de compensación por clientela, es un mecanismo de incentivos perversos, que distorsiona la función económica del contrato de agencia, tal como el orden de preferencias y la maximización de la utilidad esperada para ambas partes de la relación negocial; este derecho otorgado al agente, no se encuentra en otros contratos que buscan la promoción de negocios a favor de un tercero, como se ve en el contrato de corretaje o distribución.

La falsa ilusión de equidad que proporciona esta cláusula, produce externalidades negativas en el mercado, puesto que desincentiva la inversión o contratar para delegar en el tercero profesional-agente una política comercial y de mercadeo para la promoción de un activo de alta rentabilidad en una zona geográfica específica del territorio argentino.

Las barreras de entrada de nuevos competidores en el mercado y el desuso que el contrato de agencia, es decir, se evidencia una ineficacia del contrato, ocasionado en países como Colombia, refleja un marco de desconfianza en el rompimiento del principio de buena fe, puesto que a priori se le manifiesta al agenciado o empresario que es un abusador de su posición contractual y por lo tanto, al finalizar el contrato deberá pagar una compensación, sin que haya una declaratoria judicial que pruebe el supuesto abuso y sin que se pruebe la causación de un daño o perjuicio ocasionado al agente.

Por ende, la cláusula de compensación por clientela difiere completamente de los efectos que produce una cláusula eficiente en el mercado, puesto que estas permiten extender los mercados, ampliando la división del trabajo en la sociedad, incrementando la productividad en general, el intercambio es la base de las sociedades contractuales modernas, donde la mayoría de la asignación de bienes y servicios ocurre de modo descentralizado, siguiendo el sistema de precios (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012, pág. 94).

De continuar esta norma por defecto, inversiones a gran escala no emplearan mecanismos contractuales (como lo debería ser el contrato de agencia) que le permita reducir la asimetría de información que se presenta para conquistar nuevos mercados, Duncan Kennedy (1981, pág. 413) manifiesta que mantener fórmulas de ganadores-perdedores resuelve constantemente la ambigüedad a favor de las reglas en vigor y en contra de la innovación, es decir, dificulta la entrada de nuevas tecnologías al mercado, por mantener un status quo y privilegiar a grupos de interés.

Mantener mecanismos de compensación forzosa, es decir, una redistribución del ingreso impuesta por el Estado, en las relaciones privadas, va en contra del principio de libre empresa de un Estado de Derecho, si bien es cierto, las políticas comerciales benefician a algunas personas y perjudican a otras; pero rara vez sucede que los perjudicados sean compensados por su pérdida (Kennedy, 1981, pág. 409), y aún más extraordinario, es que se busque una compensación sin la existencia de un daño ocasionado, puesto que, en la terminación del contrato de agencia, el agente no se le ocasiona un costo de oportunidad o una pérdida de expectativa, puesto que fue debidamente remunerado mediante pacto expreso o subsidiariamente mediante una comisión.

En razón a lo anterior, existe una pérdida de eficiencia en el mercado y en el mecanismo contractual, al sopesar los efectos distributivos contra la externalidad nebulosa de la llamada “intervención gubernamental ofensiva” para generar excedentes para una regla por comparación con otra. Dado que se trata de un costo real, un beneficio real de las reglas vigentes, desarrolladas en el ejercicio legislativo e interpretadas por la actividad judicial (Kennedy, 1981, pág. 432)

Por supuesto, sería muy útil poder comparar las distribuciones de bienestar independientemente del ingreso total. El objetivo es el recíproco del enfoque justamente criticado de Kaldor-Hicks: donde el Sr. Kaldor y el Profesor Hicks buscan comparar diferentes niveles de producción independientemente de la distribución de ingresos, la critica busca comparar diferentes distribuciones independientemente de los ingresos. Me temo que, aunque convendría que tal separación fuera desde el punto de vista de la simplificación, es probable que tal separación no sea válida. Volvemos a la formulación original de la función de bienestar social de Bergson; simplemente debemos clasificar en orden de preferencia las distribuciones de bienestar absoluto y no podemos simplificar la comparación de ninguna manera al

analizar dicha distribución en "ingresos totales" y "distribución de ingresos relativos". (Arrow, 1951, pág. 928).

Por lo tanto, el empleo de la compensación como criterio de eficiencia superior, o llamado, Kaldor-Hicks es en teoría, una mejora en la percepción de las condiciones de una parte presumiblemente perdedora, que por la voluntad de quien ostenta mejores ingresos o se encuentra en mejor posición decide, por sus propios medios y voluntad, mejorar la condición del supuesto perdedor, generado así un beneficio social razonable, pero emplear la compensación forzosa, cómo se ha demostrado en esta investigación genera mayores costos de transacción y una pérdida social importante; siguiendo a Samuelson argumenta que esta es una herramienta tan traicionera que es mejor no usarla, especialmente porque existen otras herramientas más satisfactorias que sirven para el mismo propósito, sin mencionar los efectos de la paradoja de Scitovsky (1951, págs. 308, 310), en el mercado generando redistribuciones sucesivas, pero esto es sujeto de otro análisis.

En razón a lo anterior, la cláusula de compensación por clientela, se deriva de privilegiar a un grupo de interés, similar al Concordato de la Iglesia Católica con el Estado, por ende, es necesario, preguntarse si ¿la fidelización de la clientela se crea en razón de una política comercial o de mercadeo? O en cambio es producto del valor agregado que el activo representa en el mercado que participa debido a el beneficio que este proporciona a los consumidores finales.

Por lo tanto, es imprescindible que el artículo 1497 del C.C.y C. de la Nación, sea reformado, con fin de que refleje los principios de eficiencia apropiado para los contratos de negocios, empleando reglas que minimicen los costos iniciales de contratación y, más ampliamente, que permiten a las partes elegir las reglas interpretativas que gobiernan su relación. (Schwartz & Watson, 2001, pág. 38)

Finalmente, no se puede olvidar que la eficiencia de una regla jurídica en particular asumen que los individuos son libres de acordar en torno a dicha regla y por tanto, un sistema jurídico que restrinja a las partes el derecho a variar las reglas, tenderá a ser menos eficiente que un sistema que adopte las mismas reglas pero que permita su variación a través del contrato (Kronman, 1978, pág. 370).

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Acciarri, H. A. (2019). Derecho, Economía y Comportamiento. En H. A. Acciarri, *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ.
- Álvarez, M. (2015). El Favor debitoris. Origen romanístico del principio de la protección al más débil. *Revista Jurídica de Buenos Aires, II*.
- Arrow, K. J. (Diciembre de 1951). Little`s Critique of Welfare Economics. *The American Economic Review, 41(5)*.
- Arrubla Paucar, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles, Contratos Típicos* (Decimocuarta Edición ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho Civil. El Contrato* (Vol. Tomo III.). (T. F. Cortés, Ed.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Calabresi, G. y. (abril de 1972). Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review, 85(6)*.
- Camacho López, M. (2008). El Contrato de Agencia Comercial: Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia. *Mercatoria, 7(2)*.
- Cárdenas M., J. P. (1984). *El contrato de agencia mercantil* . Bogotá : Temis .
- Consejo de las Comunidades Europeas . (18 de diciembre de 1986). Directiva del Consejo 86/653 . *Relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*. Bruselas.

- Cooter, R., & Ulen, T. (1997). *Law and Economics* (Vol. 2da Ed). Massachusetts: Addison-Wesley Educational Publisers.
- Cooter, & Ulen. (1998). *Derecho y Economía* (Vol. 1ª Edición en Español). (T. E. Suarez, Ed.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Cuberos de las Casas, F. (2005). Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis. *Derecho Privado*(35).
- Eisenberg, M. A. (July de 2005). Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach and the Indifference Principle in Contract Law. *California Law Review*, 93(4).
- Fach Gómez, K. (2003). El Reglamento 44/2001 y los Contratos de Agencia Comercial Internacional: Aspectos Jurisprudenciales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*(14).
- Garrigues Díaz - Cañabate, J. (Enero - Marzo de 1962). Los agentes Comerciales. *Revista de Derecho Mercantil*, 21.
- Giraldo Bustamante, C. (2012). La Agencia Comercial en el Derecho Colombiano. *Revista de Derecho Privado*(47).
- Hesselink, M. (2005). Non - Mandatory Rules in European Contract Law. *European Review of Contract Law*, 1(1), 43-84.
- Kennedy, D. (February de 1981). Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Stanford Law Review*, 33.
- Korobkin, R. (2003). The Endowment Effect and Legal Analysis. *Northwestern University Law Riview*(83).
- Kronman, A. (1978). Specific Performance. *The University of Chicago Law Review*, 45(2).

- Lafaille, H. (1928). *Curso de Contratos*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
- López A, A. (enero - junio de 2011). El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos. *e-Mercatoria*, 10(1).
- López, A. A. (2013). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la prestación del contrato de agencia comercial del Código de Comercio Colombiano. En S. S. Sotomonte, *Del Derecho Comercial al Derecho del Mercado* (págs. 73-114). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Marciano, A. (2006). Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner. *ICER - International Center for Economic Reserch*(31).
- Marzorati, O. J. (2008). *Sistemas de Distribución Comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- Vítolo, D. R. (2015). Los Principios del Derecho Mercantil en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires*(II).
- Marzorati, O. J. (Julio - Septiembre de 2013). Comentarios al Contrato de Agencia Comercial (Proyecto de Unificación Código Civil y Comercial - Argentina). *Revista Foro Derecho Mercantil*(40), 85-123.
- McCloskey, D. (1985). *The Applied Theory of Price*. New York: McMillan Publishing Company .
- Mendieta Pineda, J. (2006). Distribución del Riesgo en el Contrato de Agencia Comercial. *Revista Mercatoria*, 5(1).
- Monroy, D. (2012). Análisis Económico de la Intervención Judicial en los Contratos ¿Una cuestión de Justicia? *Serie Derecho Económico. Casos de Estudio de Aplicación del Análisis Económico del Derecho*(1).

- Monroy, D. (2013). Aproximación Económica a la Regulación del Derecho de los Contratos: El por qué de las reglas por defecto. *Serie Derecho Económico*(2 La Regulación Económica).
- Monroy Cely, D. A. (2014). Tres Enfoques Teóricos de las Reglas por Defecto en el Derecho de Contratos: Complementariedades, Coincidencias y Contradicciones. *Serie de Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho: Nuevas Vertientes y Diferentes Aplicaciones*(3).
- Morales Arias, L. (1998). El contrato de Agencia Mercantil: Análisis Comparativo entre el Derecho Colombiano y el Derecho Anglosajón. *Revista de Derecho Privado*(4).
- Posner, R. A. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. (T. d. Suarez., Ed.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Polinsky, M. (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. (T. d. Florez, Ed.) Barcelona: Ariel S.A.
- Prieto Molinero, R. J. (Noviembre de 2018). El Abuso del Derecho ¿Principio General o Acto Ilícito? *Revista Iberoamericana de Derecho Privado, IJ-DXLI-194*(8).
- Rojas, M. R., Schenone, O., & Stordeur, E. (2012). *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado* (Vol. 1.ª Edición.). Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
- Salazar, D. (2006). Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: Una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. *Derecho Privado. Contrato de Adhesión.*, XVIII(37).
- Schwartz, A., & Watson, J. (December de 2001). The Law and Economics of Costly Contracting. *Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy*(264).
- Schwartz, A. &. (2003). Contract Theory and Limits of Contract Law. *The Yale Law Journal*, 133(3).

Scitovszky, T. (1941). A Note on Welfare Propositions in Economics. *The Review of Economic Studies*, 9(1).

Scitovsky, T. (Jun de 1951). The State of Welfare Economics. *The American Economic Review*, 41(3).

Sustein, C. (2001). Switching the Default Rule. *John M. Olin Law and Economics Working Paper*(114).

Tolosa, P. (2019). Análisis Económico del Derecho de los Contratos . En H. A. Acciarri, *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*. C.A.B.A.: SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Torrent , A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer.