

220-73644

REF: El mandato y la responsabilidad.

Se recibió su comunicación radicada bajo el número 474.655 , mediante la cual manifiesta que una sociedad anónima colombiana que denominaremos S.A., contrata con otra sociedad limitada también de nacionalidad colombiana para la fabricación de productos farmacéuticos de uso veterinario, la importación de la materia prima, bajo el entendido que ésta última, denominada LTDA, tiene la representación y/o mandato de una firma extranjera que produce la referida materia prima.

A su vez manifiesta que al celebrar el contrato se acordó que el producto, debía cumplir con las especificaciones de calidad anotadas en la orden de compra y que en caso de rechazo por parte del proveedor se deberían cubrir por parte del importador, los gastos de análisis, reexportación y demás causados por el mismo, condiciones que hoy se niega a cumplir la sociedad limitada , con el argumento que no tiene representación ni mandato alguno con la sociedad extranjera, por lo que no tiene responsabilidad por dicha negociación e importación.

Dadas esas circunstancias, consulta si a la luz de la legislación mercantil se configura algún tipo de representación en los términos de los artículos 832 a 844 del Código de Comercio, o de mandato de acuerdo con los artículos 1262 y siguientes del estatuto mercantil y en estos eventos cuál sería la responsabilidad de esta sociedad limitada respecto de los negocios celebrados en Colombia. A su vez, consulta conforme a la competencia asignada en materia de control y vigilancia , cual sería la intervención legal de la Superintendencia de Sociedades.

Para analizar el punto materia de su inquietud, procede fundamentalmente hacer algunas consideraciones jurídicas de carácter general en torno de la representación y particularmente del contrato de mandato, cuyo régimen está constituido por normas contenidas en el Código Civil y de Comercio y además, por las que disciplinan como institución autónoma el fenómeno de la representación, contenidas en los artículos 832 a 844, del Código de Comercio, que vienen a suplir los vacíos que dejó el código civil al regular la representación voluntaria de naturaleza mercantil .

1- Si bien la persona que generalmente contrata o emite la declaración de voluntad, es quien ha de quedar vinculada por los efectos jurídicos del acto; en ocasiones el sujeto que hace la declaración o contrata es persona distinta del sujeto interesado . En estos casos se está en el terreno de la representación contemplada en el artículo 1505 del Código Civil, al disponer que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo."

La representación es legal o voluntaria según tenga origen en la ley o en la voluntad privada . El mandato es el ejemplo típico de esta última, con gran importancia práctica en la vida de los negocios , pues hace posible la celebración de un acto jurídico sin la intervención directa del sujeto del interés contractual.

El Código Civil en su artículo 2142 define el mandato como un " contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante , y la que lo acepta apoderado, procurador y en general, mandatario. ".

A su vez, el artículo 1262 del Código de Comercio, dispone: " El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra " y agrega en el inciso tercero " conferida la representación , se aplicarán además las normas del capítulo II del Título I de este libro".

De la referidas definiciones legales se desprende que lo **esencial en este contrato es el hecho de que el mandatario se hace cargo de la gestión encomendada " por cuenta y riesgo de la primera"**, esto es del mandante y que el mandato civil alude en general a **la celebración de uno o más negocios** mientras que en el mandato comercial el objeto del contrato es **la celebración de uno o más actos de comercio**.

A su vez se puede apreciar que no es de la esencia del mandato que el mandatario obre en representación del mandante. Por tanto en la referida disposición está implícita la facultad para el mandatario de desempeñar la gestión encomendada obrando en su propio nombre y sin exteriorizar o dar a conocer su calidad de mandatario o representante de otro, aseveración que confirma el artículo 2177 íbidem, cuando expresa que puede contratar en propio nombre o en el del mandante.

Conforme a lo expuesto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en nuestra legislación el mandato **no es esencialmente representativo , para significar que se puede ser mandatario sin descubrir a aquél con quien se contrata esa calidad**, es decir, que el tercero con quien se contrata ignora esta condición, pues el mandatario aparece frente a él como sujeto del interés derivado del contrato, por lo cual, el artículo 2177 señala

que cuando el mandatario obra en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante , pues que es él mismo quien queda obligado frente a los terceros a cumplir las prestaciones del contrato celebrado.

El Código de Comercio en el artículo 1262 inciso 2, dispone: " El mandato puede conllevar o no la representación del mandante". Por tratarse de un contrato supone para su formación el acuerdo de voluntades, entre el mandante y el mandatario que se produce cuando el mandatario acepta el encargo que le confiere el mandante, la que conforme al artículo 2149 del Código Civil, puede expresarse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible , y aún por la aquiescencia tácita a la gestión de sus negocios por otra".

En cuanto a la declaración de voluntad del mandatario dispone el artículo 2150 del Código Civil: " El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario . La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato". Al respecto, reconocidos tratadistas como el doctor Cesar Gómez Estrada en su obra " de los principales contratos civiles ", acorde con lo dispuesto en el artículo 2142 del código civil, en la página 385 expresa que el mandato es un contrato y que como tal supone el acuerdo de voluntades entre el comitente de un lado, que es quien confiere el encargo, y el procurador , apoderado o mandatario, de otro , que es quien lo acepta y agrega a su vez, que de la facilidad con la que la ley entiende producido ese acuerdo de voluntades, puede afirmarse que el mandato constituye el más consensual de los contratos. "

En este sentido, el artículo 841 del Código de Comercio, concerniente a las normas que regulan la representación señala que "El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste , será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento , y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa. "

2. De acuerdo con lo expuesto la situación que motiva su inquietud, debe analizarse bajo dos puntos de vista, así:

I. Cuáles son las relaciones jurídicas que se pueden establecer dentro de la negociación planteada.

a). Es posible que la sociedad obre en calidad de mandatario de la sociedad GMBH, con domicilio en Hamburgo, y **aún así niegue tal condición**, no solo porque a la luz de las referidas disposiciones la aceptación del mandato puede ser tácita, por ser un contrato consensual, sino porque como se anotó anteriormente, de **la esencia del mandato no es el apoderamiento**, de tal manera que si efectivamente la sociedad extranjera le ha confiado a la referida sociedad, la gestión de uno o varios negocios, nada obsta para que frente a terceros oculte tal condición, y actúe en nombre propio, caso en el cual de acuerdo con el artículo 2177 del código civil, debe cumplir directamente las prestaciones derivadas del contrato celebrado.

b). La relación jurídica existente entre la sociedad S.A. y la sociedad LTDA, **debe necesariamente enmarcarse dentro de los parámetros que rigen el contrato de mandato**, mediante el cual aquella le confió a esta última la realización de un negocio jurídico consistente en la importación de una materia prima con unas determinadas especificaciones de calidad; encargo que tácitamente aceptó el mandatario cuando realizó la importación de la materia prima requerida por el mandante.

II. En cuanto a la responsabilidad, aspecto que constituye el centro de su inquietud, también merece un doble análisis:

a). Si la sociedad LTDA, a pesar de representar a la sociedad extranjera, obró en nombre propio, frente a terceros es el contratante y por ende sujeto de la relación contractual, pues los terceros no pueden entenderse relacionados jurídicamente con una persona jurídica (sociedad extranjera) que la parte contratante oculta ; por tanto los efectos se producen directamente entre los intervinientes, por lo que la sociedad anónima contratante no podría ejercer contra la sociedad extranjera, acciones nacidas del contrato y recíprocamente la sociedad anónima no podrá ser sujeto de acciones ejercidas por la sociedad extranjera, pues ésta solo puede ser sujeto pasivo de las acciones surgidas del contrato celebrado.

De lo expuesto se deriva que en los términos planteados y según los cuales no existe relación contractual entre la sociedad extranjera y la sociedad limitada, es obvio que la sociedad extranjera no tendría responsabilidad alguna frente a la sociedad anónima, situación que se mantendría aún en el evento en que se confirme la verdadera condición con la que actúa la sociedad limitada, **pues la realidad objetiva, "obrar en nombre propio", prevalece sobre la realidad subjetiva.**

b). La relación de mandato que se podría configurar en este caso entre la sociedad anónima y la sociedad limitada , le permite al mandante exigir el cumplimiento de la prestación acordada en los términos previstos en el artículo 2157 del código civil, que al respecto dispone : " El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo ".

Por tanto, si de acuerdo con lo expuesto, la prestación acordada tenía por objeto no solo la importación de una materia prima, sino que a su vez, ésta debía reunir unas especificaciones de calidad que no se cumplieron, la consecuencia legal que de ello se deriva es el incumplimiento del contrato por parte del mandatario quien debe responder civilmente de acuerdo con lo pactado por los gastos que generaron los análisis, los que se deriven de la reexportación, sin perjuicio de que judicialmente la sociedad S.A., pueda hacer efectivo ese cobro dentro de un proceso de responsabilidad contractual en el que además pueda resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados por la sociedad LTDA. (artículo 2157 citado).

3. En cuanto al **tercer punto de su consulta** que se circunscribe a la competencia asignada a la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades limitadas y concretamente a la intervención legal en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, es del caso observar que la vigilancia que cumple esta superintendencia tiene por objeto que las sociedades en su formación y funcionamiento se ajusten a la ley y a los estatutos, marco que se cumple dentro de tres estadios de intervención denominados , inspección, vigilancia y control definidos por la ley 222 de 1995 en los artículos 83,84 y 85, referidos al funcionamiento individual de las sociedades comerciales, sin que trascienda a la regulación de las relaciones jurídicas que entre éstas se establezcan, mediante la celebración de contratos cuya existencia, y efectos están determinados autónomamente por las partes o en su defecto por la ley y respecto de los cuales es a la justicia ordinaria previo el ejercicio de las acciones procesales pertinentes, a quien le corresponde establecer la medida del derecho que se estima ha sido vulnerado.

En los anteriores términos considero haber respondido su consulta, la que de antemano se advierte tiene los efectos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Rad. 474.655.