

ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE MANDATO

LUZ MIRYAM MUÑOZ GOMEZ

ADA LUZ JIMENEZ PEÑA

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al Título de Abogado.

Director:

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

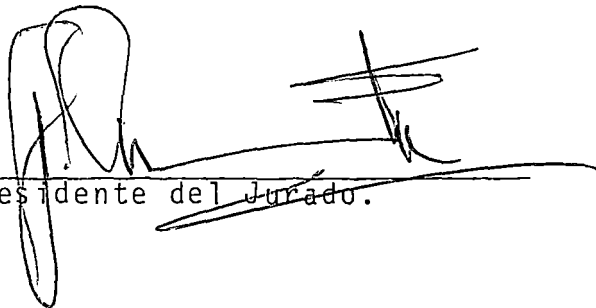
1991



DR 0346



Nota de aceptación.



Presidente del Jurado.

Jurado..

Jurado.

Barranquilla, Marzo de 1991.

DEDICATORIA

A Dios, nuestro padre, le doy gracias por haberme conecido salud y todos los medios para terminar esta etapa de estudios ya culminados.

A mis Padres, Miguel Jiménez y María Peña, por su constante ayuda y esfuerzo que me brindaron con amor y dedicación, quienes me fueron llevando por este difícil sendero que hoy culmina con mi grado.

A mis hermanos, por su incondicional apoyo moral y espiritual.

A todos mis familiares y amigos, a los que hace feliz verme convertida en una profesional.

ADA.

DEDICATORIA

A mis padres: ETILVIA GOMEZ y JUAN MUÑOZ, les agradezco todo el apoyo que me han brindado , tanto económico como moral para llevarme a la culminación de este gran logro.

A mis hermanos y mis sobrinos, por su decidido apoyo que me brindaron incondicionalmente para así culminar este trabajo.

A Dios, nuestro señor, le doy gracias por haberme llevado a la culminación de este trabajo.

LUZ MIRYAM.

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos.

Al Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ, por su inmensa colaboración.

Al Doctor JOSE MARIA ARMENTA, nuestro Director de Tesis, por su orientación, colaboración en el desarrollo de este trabajo.

A los Doctores: EDGARDO CASTRO, ERNESTO RAFAEL ARIZA, VICTOR CANTILLO, AMADO GOMEZ, profesores de la Universidad por su apoyo intelectual.

A todas aquellas personas que de una u otra manera nos colaboraron para sacar adelante este trabajo y así llevarlo a su culminación.

Barranquilla, 3 de Marzo de 1.991.

Doctor:

CARLOS DANIEL LLANOS S.

Decano Facultad de Derecho.

Universidad Simón Bolívar.

Atentamente, se dirige a Ud., José María Armenta, para manifestarle que he examinado y corregido el trabajo de tesis, presentado por ADA LUZ JIMENEZ PEÑA y LUZ MIRIAM MUÑOZ GOMEZ y titulado "ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE MANDATO". Encontrando que cumple con la exigencia reglamentaria y su contenido se ajusta en un todo a la institución del mandato.

En consecuencia imparto a esta monografía mi concepto de aprobación.

Cordial saludo,



JOSE MARIA ARMENTA FUENTES.
Director.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	9
1. RESEÑA HISTORICA	12
1.1. ANTIGUEDAD	12
1.2. POSTERIORES CIVILIZACIONES	12
1.3. CIVILIZACION ROMANA	13
1.4. EPOCA CONTEMPORANEA	13
2. EL CONTRATO DE MANDATO	15
2.1. CONCEPTO	15
2.2. CARACTERES DEL CONTRATO DE MANDATO	22
2.2.1. Consensual	22
2.2.2. Unilateral	24
2.2.3. Bilateral	26
2.2.4. Remunerado	27
2.2.5. Conmutativo y aleatorio	30
2.2.6. Es un contrato principal	31
2.2.7. Es nominado	31
2.3. EL MANDATO PROFESIONAL	31
2.3.1. La orientación del mandante	33
2.3.2. La libertad de ejecución del mandatario	36

2.3.3. La representación del mandante	pág. 37
2.3.4. Noción de profesión.	38
2.4. DEL BENEFICIO DEL CONTRATO DE MANDATO	39
2.5. EL MANDATO Y OTROS CONTRATOS	40
2.5.1. Mandato y contrato de trabajo	40
2.5.2. Mandato y contrato de obra o empresa	41
2.5.3. Contrato complejo	43
2.5.4. Contrato de apoderamiento y ejecución	44
3. OTROS ASPECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO	45
3.1. EL MANDATARIO DEBE EJECUTAR EL ENCARGO	45
3.2. DE LA DELEGACION	47
3.3. DEL AUTO CONTRATO	50
3.4. DE LA DOBLE CONTRATACION	52
3.5. MANDATO DE GESTION	53
4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MANDATO	54
4.1. CONSENTIMIENTO	54
4.2. DE LA CAPACIDAD	55
5. EXTINCION DEL MANDATO	65
5.1. CAUSALES DE EXTINCION DEL MANDATO	65
5.2. JURISPRUDENCIA	69
5.2.1. Alcances de la representación Sentencia de Casación Civil de 24 de octubre de 1975	69
5.2.2. Mandato con representación y sin representación Sentencia de Casación Civil de 17 de mayo de 1976	70
5.2.3. Prueba del contrato de mandato Sentencia de Casación Civil de 17 de mayo de 1976	74

	pág.
6. CONTRATOS MERCANTILES	75
6.1. EL CONTRATO DE MANDATO MERCANTIL	75
6.2. CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE MANDATO CIVIL Y MANDATO MERCANTIL	76
6.3. CARACTERISTICAS	78
6.4. MANDATO Y REPRESENTACION	80
6.5. REMUNERACION DEL MANDATO	84
6.6. SUSPENSION DEL MANDATO	87
6.7. TERMINACION DEL MANDATO	88
6.8. LAS ESPECIES DEL MANDATO MERCANTIL	89
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	91
BIBLIOGRAFIA	94
ANEXOS	
ANEXO 1. ANTEPROYECTO	96

INTRODUCCION

La extensión del tema no permite tratarlo tan ampliamente como quisiéramos, y por ello nos contraemos al caso más general e interesante del mandato: la representación que de su cliente tiene el profesional. Porque nosotros proponemos en nuestro trabajo, como hipótesis general, que todo servicio que presta un profesional envuelve un contrato de gestión, que no llena ciertamente los requisitos dispuestos por el artículo 2142 del Código Civil, pero que sustancialmente equivale, a un mandato, como lo advierte el artículo 2144.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia divergen en el aspecto de la representación, y es precisamente en este punto en donde nuestro análisis se profundiza, esperando a llegar a demostrar que en realidad los servicios profesionales, no importa si esa profesión sea de "largos o cortos estudios"¹ es

¹ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. T II, Edit. Temis, Bogotá, 1983, p. 628 .

sustantivamente un contrato de mandato.

En efecto la esencia del contrato de mandato es el servicio a que se obliga un mandatario, prestar en beneficio de su mandante, según la orientación de éste, pero con total libertad para desempeñar dicho servicio, que es determinado, no general, cuyo resultado, el mandante se compromete anticipadamente a aceptar como si fueran cumplidos por el mismo. De aquí se desprende que el mandatario actúe en nombre propio (libertad), pero en representación del mandante (aceptación previa de éste) pero, esta situación condicionada a esos tres elementos: orientación del mandante, libertad de ejecución en el mandatario, y previa aceptación del mandante, establece:

- 1o. que se trata de un servicio determinado, de la índole comercial que se quiera,
- 2o. que el mandatario al actuar en su propio nombre, pero en representación del mandante, asume dos responsabilidades, la primera con el mandante cuya orientación debe ser expresa, clara y distinta, respondiendo el mandatario en caso que se desvíe del propósito del mandante; y otra con un tercero, quien no conoce jurídicamente al mandante, y que se atiene a la persona del mandatario, que le responde del servicio actuado.

Esta situación condicionada, repito, es la que caracteriza al

contrato del mandato, lo distingue de cualquier otro contrato, especialmente del contrato de trabajo, ya que, en éste no aparece la representación y por ello está ausente del mandante la responsabilidad con un tercero.

Actualmente, el contrato hecho con un profesional se pretende diferenciar del contrato de mandato; pero en realidad esta distinción no es admisible, porque el contrato con un profesional reúne los tres elementos con que hemos caracterizado el contrato de mandato. Quien solicita un servicio de salud a un médico, le da una orientación definida, o sea, le ha de conocer con la mayor exactitud posible su estado de salud, pero lo deja en libertad científica de atenderlo, y él no responde ante terceros por lo que el médico haga, luego aquí el mandato reúne sus tres elementos esenciales.

Estas situaciones diferenciales entre el contrato de mandato y el llamado arrendamiento de servicios profesionales son tratados detalladamente en esta investigación.

1. RESEÑA HISTORICA

1.1. ANTIGUEDAD

Llamamos primera historia al comienzo de la sociedad humana; desde esta época el hombre pudo satisfacer por si solo sus necesidades particulares, y menos las derivadas de la intercomunicación con sus vecinos; por eso fué necesario que confiara a otros algunas gestiones que él no podía llevar a cabo, y en cambio les eran posibles a estos. Este es el origen del mandato, que fué aceptado y regulado por la costumbre .

1.2. POSTERIORES CIVILIZACIONES

Más con el andar del tiempo esta comisión de gestiones fué conformando una institución que, por su fuerza de necesidad social, llegó a adquirir el carácter de ley; y ello ocurrió cuando otras conductas se impusieron al conglomerado social extendiéndose de la relación hombre a hombre a las relaciones recíprocas de hombre a gobierno, de sociedad a sociedad y hasta de nación a nación .

1.3. CIVILIZACION ROMANA

Si bien el mandato aparece claro y enérgico en la civilización China, en la India y en la Malaya tuvo vislumbres legales, en las civilizaciones sirocaldaicas y egipcias²; fué solo en la Grecia de Solón y Pericles donde aparece el contrato de mandato en toda su expectativa jurídica, aunque no en el esplendor civilista del CODEX CIVILIS.

Los romanos magníficos exponentes de la cultura del derecho civil perfeccionaron los conceptos algo confusos de los Griegos y le dieron al mandato sus propias características, tales como aparecen en nuestra legislación, si bien aquí se hallan algo deformadas por el discutido concepto de la representación.

1.4. EPOCA CONTEMPORANEA

A partir de la espléndida estructura jurídica de los romanos, no podemos hablar de etapas en el código civil, pues, las nuevas nacionalidades que surgieron de la desintegración del vasto imperio de Roma; armaron sus legislaciones civiles sobre el genio de Justiniano y la célebre pléyade de juristas que ilustraron sus concepciones. Ahora empero, cuando las modi

² CANTU, César. Historia Universal. Ed. Sopena. Madrid. 1982. p. 306.

ficaciones de la sociedad se han impuesto sobre las normas Romano - Cristianas, es cuando aparecen disturbios conceptuales que alteran, sino sustantivamente, muchas situaciones de conceptos que adjetivamente califican el contrato de mandato, y no solo éste, sino otros muchos, como los contratos reales .

2. EL CONTRATO DE MANDATO

2.1. CONCEPTO

El código Civil³ 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 concomitante o mandante, y la que lo acepta apoderado, y en general mandatario.

El mandato supone un acuerdo de voluntades entre el mandante, de una parte, que es quien confía el encargo, y el mandatario de otra que es quien lo acepta. De donde se deduce que la facilidad con que la ley extiende producido ese acuerdo de voluntades ha permitido considerar que el mandato es el más consensual de los contratos .

³ CODIGO CIVIL y Legislación complementaria, publicación de Legis Editores S.A. Bogotá, 1.986. p. 866 .

Todo contrato de mandato tiene por fin esencial el otorgamiento de la facultad de representar jurídicamente el mandante o comitente. La representación se traduce en la facultad de una persona para celebrar negocios jurídicos en nombre de otra y de vincularla en sus efectos como si hubiese negociado personalmente .

El contrato de mandato recae sobre actos jurídicos como la administración de bienes, cobranzas, contratos, representación en juicios y demás actos que una persona por cuenta y riesgo de otra representa a ésta obligándola .

En relación con los actos jurídicos sobre los que versa el mandato, el Doctor Gómez Estrada ⁴, se pregunta: "Qué se entiende por negocio en la definición del artículo 2142?. ¿ A qué clase de negocio se hace referencia?, y comenta que la doctrina no le da una respuesta unánime a estos interrogantes; para algunos tratadistas, el objeto del mandato consiste en negocios jurídicos, esto es. en actos que tengan por fin la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones; y no debe ser objeto del mandato, la ejecución de actos de otra clase, ya que según este criterio, la ejecución de ellos pue

⁴GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Pama Editores Ltda. Bogotá. 1.987.

de constituir materia de contratos distintos, como el de trabajo, el arrendamiento de obra, etc. Para otros tratadistas el objeto del mandato puede ser tanto la celebración de actos jurídicos como la ejecución de actos materiales".

La Corte Suprema de Justicia en relación de este punto ha adoptado el primer criterio⁵, En el mandato el mandatario, precisamente ejecuta o ha de ejecutar actos jurídicos y no meros actos materiales, que es lo que por su lado caracteriza el arrendamiento de servicios".

Mi concepto es que, en el mandato, el mandatario actúa como un simple intermediario entre el mandante y la persona interesada en negociar con éste, o sea, el tercero, ya que una vez en firme el negocio origen del mandato, dentro de los límites de la ley, el mandatario no juega ningún papel, como parte contratante o negociante, ya que todos los efectos recaen sobre la persona que encomendó la gestión, o sea, el mandante.

Significa a la luz de los principios regulativos del fenómeno

⁵GACETA JUDICIAL. Número 1917. p. 326 .

jurídico de la representación, artículo 1505 del código civil ⁶. "que los efectos de la negociación se radican en cabeza del representado, que es aquél quien, con respecto a la persona que contrató con el representante, se convierte en acreedor o deudor, y el que responde de las culpas en que haya incurrido éste en el cumplimiento o incumplimiento del contrato."

En síntesis, la representación es un complemento del principio según el cual las manifestaciones de voluntad solo producen efectos para quien las emite o recibe personalmente.

La representación consiste en que los negocios celebrados por un intermediario, o sea, el representante, y de manera general las manifestaciones de voluntad emitidas o recibidas por éste en nombre de otra persona, el mandante, produce sus efectos directamente sobre éste y no solo el intermediario .

Según la anterior jurisprudencia de la Corte tenemos una con-

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 24 de 1.975 .

tradicción con lo que dijimos en la introducción; En el contrato de mandato, y como su tercer elemento, el mandatario responde de su actuación profesional ante el tercero, pero esta contradicción es aparente, pues, la Corte se refiere a los "efectos de la negociación, que, se radican en cabeza del representado" y dice ; que el mandante " es el responsable de las culpas en que haya incurrido (el representante o mandatario) en el cumplimiento o incumplimiento del contrato".

Evidentemente que, esta interpretación del artículo 1505 del Código Civil, es exacta en cuanto a los efectos de la negociación radicados en cabeza del representante, pero, no se dirige a la actuación del mandatario, actuación que por ser de libre ejecución, no afecta al mandante o representado, sino directamente al tercero; veamos un ejemplo: A encarga a B que le negocie una casa de equis especificaciones; B trata con C dicho inmueble, pero compra a un precio inferior al 50% del valor comercial según la Lonja Raíz, hay pues, una lesión enorme en la compra cuya ilícito, perjudica directamente a C; a pesar de que el nuevo dueño del inmueble es A, se le encarga a B por su actuación ilegal, dejamos así confirmado lo que en nuestra introducción dijimos .

En la definición dada por el Código de la institución jurídica del mandato, debe advertirse la expresión confía, cuya significación debe buscarse en relación con las expresiones consejo o recomendación.

En realidad la expresión confía, usada por el Código en el art. 2142 solo corresponde a la significación de encargo, orden, imposición, porque la simple y mera recomendación no envuelve la institución jurídica del mandato.

El juez, en los casos en que es necesario aclarar el sentido determinado del acto jurídico que se ha realizado, debe tener muy en cuenta la diferenciación antedicha, y en caso de duda y en último término resolverse por la recomendación.

Esta institución del mandato versa sobre actos jurídicos como la administración de bienes, cobranzas, contratos, representación en juicio y demás actos en que una persona por cuenta y riesgo de otra, representa a esta obligándola. En fin, el objeto de este contrato puede ser toda clase de negocios que versan sobre actos lícitos y pueden por naturaleza considerarse como ejecutados por el mandante, es decir, la persona que representándose por otra se obliga.

De tal manera que si el contrato es realizado beneficia solamente al mandatario, no se puede considerar el contrato hecho

como mandato, desde el punto de vista que la constitución de la obligación, por naturaleza, no puede considerarse como efectuada por el mandante .

Así mismo el contrato de mandato impone la gestión de uno o varios negocios a nombre, o cuenta o riesgo de otro, siempre que se lleven a cabo dentro de los límites legales. Como consecuencia de ello quien adquiere la obligación es el mandante, éste se afecta por la obligación constituida, es decir, es el primer elemento de la relación contractual, y el otro, elemento es el tercero con quien el mandatario ha contratado. De aquí se sigue que el mandatario es siempre un mero intermediario; no es parte contratante, no interviene en la relación contractual, y perfeccionado el contrato de mandato, el mandatario desaparece dejando vinculados a su concommitente o mandante y al tercero. Es pues, el mandatario un simple medio, el órgano de expresión de una voluntad que ejerce una intervención transitoria en la institución del contrato .

Este contrato de mandato impone así mismo el encargo expreso, o tácito de una gestión, y por el perfeccionamiento del contrato, la aceptación de este encargo, pues, nadie puede obligarse a la gestión de los negocios ajenos. De aquí se sigue que el encargo es la oferta de aceptación del contrato antes de su perfeccionamiento, el cual se realiza luego por la aceptación del encargo por parte del mandatario .

El encargo es, pues, la parte activa del contrato de mandato y ella se puede realizar en muchas formas: por escritura pública o privada, verbalmente y aún por mero consentimiento a la gestión del negocio o negocios, y por simples hechos sin ninguna aceptación verbal. La aceptación del mandatario puede también ser expresa o tácita.

2.2. CARACTERES DEL CONTRATO DE MANDATO

2.2.1. Consensual. El Código Civil en el artículo 1550⁷ define este contrato así: "el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento y en relación con el mandato el artículo 2149 textualmente dice: "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de los negocios por otra".

Y el artículo 2150 dice : " El mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, la aceptación puede ser tácita o expresa .

⁷-----
CODIGO CIVIL. Ob. cit. p. 515 :

Aceptación tácita, es todo acto en ejecución del mandato .

Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Como es lógico todo contrato celebrado es producto de un acuerdo de voluntades, y en el mandato este acuerdo se da cuando el mandatario acepta el encargo que le confiere el mandante.

Como se dijo anteriormente, por la facilidad con que la ley entiende expresada la voluntad de cada parte ya que contempla en artículos diferentes la voluntad del mandante y del mandatario, se tiene dicho que el mandato es el más consensual de todos los contratos. De aquí, se deduce que el mandato es un contrato consensual, para cuyo perfeccionamiento no se requiere formalidades especiales. Excepcionalmente es solamente cuando en casos determinados la ley exige una formalidad concreta para constituirlo, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio según el artículo 11 de la Ley 57 de 1.887 y con el poder para litigar que debe otorgarse por escrito .

Hasta 1958 la Corte venía emitiendo Jurisprudencia en relación con el contrato de mandato que se celebra, para representar a otro, en la compra venta de bienes inmuebles, que para su perfeccionamiento deben elevarse escritura pública, la menciona

da Jurisprudencia argumentaba que si para la celebración del contrato de ventas de bienes inmuebles la ley ordena que se otorgue escritura pública sopena sin que esta no se perfeccione la venta, de la misma manera el poder para vender bienes de esa clase requiere ser otorgado también por Escritura Pública, de suerte que faltando éste no puede considerarse que el apoderado esté facultado para vender. Lo dicho se aplicaba por extensión a los poderes que se otorgaban para celebrar negocios que se eleven a Escritura Pública .

Pero afortunadamente desde 1958, la Doctrina de la Corte⁸ ha venido sosteniendo "que el mandato para la celebración de contratos formales, como la compra - venta de inmuebles o de de rechos hereditarios, no exige escritura pública ni privada, pués estos casos no constituyen excepciones a la regla que consagra el artículo 2149 del código civil, por ser el mandato eminentemente consensual, criterio éste que ha reiterado en varias oportunidades .

2.2.2. Unilateral. El contrato es unilateral cuando una de

⁸CORTE SUPREMA de Justicia. Sala de Casación Civil, Casaciones: 4 de Sep-iembre de 1958, LXXXIX, 2202, 29 de Mayo de 1.959 .

las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna.⁹

El contrato de mandato en nuestra Legislación puede ser remunerado o gratuito, y precisamente cuando se da este último, se convierte el contrato, por ese mismo efecto, en unilateral, ya que, en el momento de celebrarse el contrato solamente una de las partes se obliga, el mandatario, que es quien se encarga de la gestión del negocio, sin que surjan obligaciones para el mandante. Pero se puede dar el caso que después de perfeccionado el contrato de mandato gratuito, surgen obligaciones por parte del mandante, a favor del mandatario, según se desprende de las reglas primera, cuarta y quinta del artículo 2184 como son las de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato e indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato; claro está, que estas obligaciones no le quitan el carácter de gratuito al mandato, ya que no se tuvieron en cuenta en el momento de la celebración del contrato; y son hechos que se dan con posterioridad al perfeccionamiento del mandato.

9

CODIGO CIVIL y la Legislación Complementaria. Publicación de Legis Editores S.A. Bogotá. 1956. p.512 art. 1496.

Cuando el mandato unilateral como consecuencia de las obligaciones que surgen con posterioridad a su celebración, parece convertirse en mandato bilateral, podríamos decir que nos encontramos frente a los llamados contratos sinalagmáticos e imperfectos.

2.2.3. Bilateral. El contrato de mandato es bilateral cuando en el momento de la celebración las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, el mandatario se obliga para con el mandante, a ejecutar uno o más negocios, y éste, el mandante, a pagarle una suma de dinero, u honorarios, por el servicio prestado .

Para la existencia de un contrato bilateral se requiere que las prestaciones sean recíprocas, no necesariamente de una manera objetiva. La reciprocidad consiste en que cada parte vea en la prestación una compensación suficiente a su propia prestación. Lo importante en el mandato bilateral es que ambas partes resulten obligadas .

El doctor Luis Muñoz ¹⁰ afirma que , por ser el contrato crea

¹⁰MUÑOZ, Luis. Derecho Comercial. Contratos. Tomo II. Tipo gráfica Editora. Argentina, 1.960. p. 31

dor de obligaciones solo por el mandatario, él es de carácter Unilateral. Que será bilateral cuando se estipule contraprestación. A lo que tal afirmación lleva en el fondo, es hacer de la remuneración la exclusiva contraprestación a las obligaciones del mandatario. Ello desconoce que las legislaciones le imponen al mandante obligaciones distintos a la de pagar la remuneración; como las contempladas en el artículo 2184 del Código Civil.

2.2.4. Remunerado. Antiguamente en el Derecho Romano la gratuidad de la esencia del contrato de mandato, de tal manera que si se puede pactaba la remuneración, por el servicio prestado, el mandato degeneraba en otra clase de contrato, como el arrendamiento de servicios.

El Código de Napoleón estableció que la gratuidad era de la naturaleza, no de la esencia, del mandato. De tal manera que si al establecerse el contrato de mandato no se estipulaba expresamente la remuneración, se entiende que el mandatario no tiene derecho a cobrarla, y que realizará la gestión encomendada gratuitamente; pero las partes pueden estipular remuneración expresamente, sin que por ello el contrato deje de ser mandato.

La vida moderna hace improbable que una persona se dedique gratuitamente a gestionar negocios a otra, posiblemente descu

dando los suyos, a no ser que se le ofrezca por ese cuidado una contraprestación.

Teniendo en cuenta estas ideas nuestra Legislación civil en su artículo 2143 y 2184, numeral 3, considera la posibilidad de que el mandato sea gratuito o remunerado .

César Gómez ¹¹, comenta que. "el mandato es en nuestro código remunerado por naturaleza, al menor con respecto a aquellas personas cuya actividad profesional es la de ocuparse de la gestión de negocios ajenos mediante remuneración, como por ejemplo; la del abogado a quien se confiere mandato para que obre en un proceso en representación de una de las partes litigantes; en este, pues, aunque al conferirse el mandato no se haya estipulado nada respecto a honorarios de abogado, este tiene derecho a cobrarlos .

De acuerdo con el mismo criterio, si la gestión encomendada no es de aquellas que suelen remunerar porque no corresponde a actividad profesional ninguna del mandatario, la remunera

¹¹ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Pama Editores Ltda. Bogotá - Colombia, 1987, p. 389.

ción queda descartada; tal acontece con el mandato que un socio en una sociedad anónima le confiere a otro socio para que lo represente en una asamblea de accionistas .

Las reglas contempladas en los artículos 2143 y 2184 numeral 3, no denen extenderse en formas terminantes sobre el tema tratado; pero si dan fundamento para sostener que el mandato es remunerado por naturaleza .

El mandato puede ser gratuito o remunerado, no entendido en cuanto a que las partes lo acuerda, sino teniendo en cuenta la clase de gestión encomendada, si la naturaleza de la gestión es de aquellas que suele remunerarse, o si la persona encomendada es de aquellas que se dedican profesionalmente a gestionar negocios ajenos, se entenderá que hay lugar a la remuneración, aunque no se estipule en el contrato, de lo contrario se entenderá que es gratuito .

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado¹², que en el mandato civil, cuando no existe la costumbre de remunerarse entendiéndose que es naturalmente gratuito, siempre que las partes no

¹² CORTE SUPREMA de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 4 de 1.981 .

hayan pactado remuneración, pero en cambio en el mandato comercial y en el judicial" es de naturaleza la retribución, cuando no se ha celebrado pacto de gratuidad, también dejó explicado allí que la remuneración, como lo establece la segunda creación del artículo 2143 del código civil, puede ser de terminada por convención de las partes, anterior o posterior a la celebración del mandato.

2.2.5. Conmutativo y aleatorio. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio .

La Doctrina ¹³, ha expresado: " que el mandato remunerado por regla general es conmutativo, por cuanto el mandatario conoce al celebrarlo, cual es el valor de su remuneración, o sea, que de hecho conoce qué utilidad o pérdida va a tener en la realización del mandato.

Pero también puede ser aleatorio para el mandatario, cuando su

¹³ BONIVENTO FERNANDEZ, José A. Los principales contratos civiles. Ediciones Librería del Profesional. 7ª. ed. Bogotá - Colombia. 1986. p. 453 .

remuneración se fije por las partes en un porcentaje de las utilidades que se obtengan de la gestión encomendada al comitente, ejemplo: cuando se contrata con un abogado para que se comprometa a realizar una gestión judicial o extrajudicial cierta obligación en dinero, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, llamada comúnmente, Cuota Litis, de donde se deduce que si no se obtuvo ningún resultado favorable, no recibirá por los servicios prestados la remuneración pactada .

2.2.6. ES Un Contrato principal. - El mandato es con contrato principal, que subsiste por sí mismo, no requiere de otros contratos para nacer a la vida jurídica, independientemente de otro, y tiene características propias, que no se confunden con el acto jurídico para el cual se confiere .

2.2.7. Es nominado . El mandato se encuentra estructurado en nuestra legislación civil, o sea, tiene su clasificación, denominación y desarrollo en el título XXVIII, capítulo I, y los artículos 2142 a 2199 del código civil .

2.3. EL MANDATO PROFESIONAL

El artículo 2069 del Título de arrendamiento nos dice que las disposiciones sobre el arrendamiento de servicios inmateriales del Capítulo IX del mismo Título, se aplican a los servicios

que según el artículo 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que tuvieron de contrario a ellas.

Pero hay que tener en cuenta que no todos los actos de las profesiones liberales llevan consigo representación de una persona en relación con terceros. Si así lo es, es en realidad un mandato. Pero el código hace, la mayor parte de las veces, una equiparación del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales al contrato de mandato, por este respecto, teniendo en cuenta que estas profesiones no llevan la capacidad de representación por sí mismas. Así el médico no ejecuta ningún acto jurídico; no representa lo mismo el ingeniero y el abogado; este último tiene la defensa de los intereses de una persona; pero no siempre su representación, para lo cual se necesita la celebración del contrato de mandato.

Sin embargo, aunque en general el servicio de estas profesiones no es intrínsecamente contrato de mandato, puede decirse que por una especie de vanidad intelectual el Código Civil equipara aquellos servicios al contrato de mandato.

Por lo tanto, deben aquellos actos tratarse por las disposiciones del mandato y la prueba, responsabilidad, honorarios y forma de extinción deben someterse a las disposiciones de este título.

Por otro aspecto el contrato de mandato puede ser gratuito o

remunerado. En el Derecho Romano este contrato era esencialmente gratuito, hasta tal punto que la remuneración acordada producía un contrato de arrendamiento de servicios.

En nuestro Derecho Moderno, se acepta ya gratuito, ya remunerado. Pero este contrato es generalmente remunerado y así lo entiende la ley, cuando lo efectúan los individuos cuyo negocio es la representación de otras personas.

Pero la diferencia de ser mandato gratuito o remunerado impone también consecuencias diferentes en la determinación de la responsabilidad del mandatario. Así, la Ley es más rigurosa cuando es remunerado y más benévola cuando es gratuita.

Como ya hemos especificado en la introducción de este trabajo, el contrato profesional actual contiene los tres elementos que allí señalamos, y que repetimos :

- 1o. La orientación del mandante,
- 2o. la libertad de la ejecución del mandatario, y
- 3o. la representación del mandante, examinemoslos en detalles :

2.3.1. La Orientación del Mandante. Consiste esta en una exposición, que hace el mandante, de los hechos materia de la

gestión encomendada al mandatario. Un ejemplo claro sería el caso del padre que contrata los servicios particulares de un profesor para que le dicte clases a su hijo; como es lógico, el padre en el momento de la celebración del contrato tiene que orientar al profesor sobre, qué tanto sabe el niño, o que curso hizo, o que el niño está en capacidad de recibir clases que normalmente se dictan en diferentes y determinados cursos de primaria. Para que el mandatario tenga las bases suficientes para ejecutar la gestión encomendada.

También se da esta orientación cuando un paciente visita a su Médico para que le practique un examen de salud, el paciente tiene que explicar al Médico el estado en que se encuentra, los síntomas, signos que padece, partiendo de este presupuesto el Galeno determinará la afección de que padece y le ordenará los exámenes bioclínicos correspondientes dirigidos a establecer el contrato o alteración biosíquico del paciente, y a recetar los medicamentos que han de normalizar la salud del mismo.

La orientación es una propiedad que corresponde al dueño de una cosa, el, como atributo de propiedad, dispone de su bien, no solo absoluta sino relativamente, y así como puede confiarle a un mandatario que con su bien haga cualquier mutación, arreglo o transformación, también se reserva el derecho de disponer sobre estos arreglos a esas mutaciones o esa transforma-

ción , también se reserva el derecho de disponer sobre estos arreglos o esas mutaciones o esa transformación.

Desde el Derecho Romano hasta nuestros días la propiedad tiene el atributo general de la disposición relativa y absoluta, y es por ello que el mandante como propietario posee ese mismo atributo.

Cosa distinta es que en determinado caso o con determinado mandatario no se pronuncie acerca de esa disposición; pero el atributo de disponer no lo pierde nunca mientras no se enajene el bien. Por cualquier razón puede abstenerse de orientar al mandatario, ya porque lo conozca, ya por que le conozca sus cualidades, ya que por el objeto del mandato no requiera orientación especial, o ya porque conste totalmente de la pericia de su mandatario .

Si A confiere a B que es un capataz experimentado, para que le cuide un lote de terneros, está demás que le diga a qué horas debe conducir los animales al abrevadero, qué debe hacer si llueve, qué si se han desbandado por algún daño en la cerca, etc. En todo caso A puede hacerlo en cualquier momento o llamarle la atención al capataz descuidado. La orientación está pues, anexa al cuidado que un buen amo debe tener de sus bienes .

2.3.2. La libertad de ejecución del mandatario. El mandatario es libre de hacer lo que crea conveniente para adelantar la gestión encomendada, se presume que es una persona que tiene un conocimiento superior o igual, al mandante, de los hechos materia de la gestión, y que este los delegue porque no puede adelantarlos personalmente .

El mandatario dentro de su actuación como tal dispone libremente de los medios que posee para ejecutar la tarea encomendada . Ejemplo: el contrato de mandato celebrado entre una persona y un diseñador de interiores; previa la orientación del mandante en cuanto las formas, los colores, etc., el diseñador tiene la libertad de escoger las pinturas, papeles, objetos, etc., necesarios para una buena decoración del apartamento .

Se supo naturalmentem que el mandatariu es siempre una persona apta por sus conocimientos para desempeñar el encargo que se le dá por el mandante, y es por ello que la libertad de operación es fundamental en la confianza que implica un mandato! Pero en realidad la libre operación no autoriza al mandatario para disponer a su arbitrio de la cosa encomendada, sin que sea el directo responsable de las consecuencias, y es en este sentido en que decimos que él, tiene una doble responsabilidad : La primera es con su mandante, porque toda medida que él tome sobre el bien que ha recibido lo hace responsable de un cuida

do requerido, y por ello cualquier descuido le es atribuible como culpa grave, si el resultado es grave, ya que él está actuando en calidad de dueño.

La otra responsabilidad, es con un tercero, a quien responde por una actuación suya no atinente al mandante, sino directamente al tercero. Si por ejemplo, A le encomendó a B el cuidado de un lote de ganado, y este ganado rompiendo la cerca destroza un platanal de C, éste no hace responsable a A, si no a B, porque su grave descuido ha ocasionado el perjuicio de C. Pero si el ganado encomendado a B es de mala condición por lo arisco y de mala calidad, cosa que ignoraba B, es A quien responde directamente del perjuicio a C, pero, éste no puede demandar a A, sino a B, y éste a su turno a A. (Por la primera demanda B es responsable ante C por daño culposo en cosa ajena. Por la segunda demanda, C demanda a B demanda que no prospera, pues la actuación de B no es culpar. Por la tercera demanda C demanda a A por indemnización de perjuicios).

2.3.3. La representación del mandante. El mandatario una vez aceptado el mandato actuará en representación del mandante, teniendo en cuenta el ejemplo citado en el numeral 2.3.1., el maestro está haciendo las veces del padre del niño y le está inculcando principios, costumbres y valores morales para que sea un hombre de bien .

La cabeza del mandado en el ejemplo citado es el padre, por que él es en Derecho Civil el responsable de su hijo, como si fuera el dueño. El profesor es el mandatario, y de acuerdo con el argumento del 2.3.1. precedente, el padre es el representante del mandato conferido al profesor, quien como el mandatario, responde ante su mandante, según la orientación de éste recibida, y responde como parte de un contrato, cuyas cláusulas debe cumplir; así pues es responsable solo del cumplimiento de las cláusulas consistentes del contrato, pero es también responsable de los daños que haga el alumno bajo la dirección, o sea, el mandatario responde ante el mandante según las cláusulas del mandato (responsabilidad contractual), pero es responsable ante terceros por los daños causados por su pupilo (responsabilidad extracontractual).

2.3.4. Noción de Profesión. Venimos hablando, al tenor del lenguaje empleado en el artículo 2144, pero aquí vamos a advertir que la palabra profesión no implica necesariamente el sentido que el vulgo le dé a saber ; persona que mediante largos estudios se especializa en una rama de la ciencia; así para el vulgo el Abogado, el Médico, el Profesor, etc., son profesionales, pues, por largos estudios se han especializado en ramas científicas del saber; pues, por sus pocos años de estudio se han especializado en ramas técnicas, no científicas .

Nosotros teniendo en cuenta que un contrato de mandato sólo requiere los tres elementos que hemos venido analizando no aceptamos este concepto del vulgo, sino que tenemos como profesional a toda persona con estudios o sin ellos, pero si con mucha práctica y experiencia, que se dedica a una práctica experimental cualquiera, y así todo oficio técnico o científico es una profesión, de acuerdo con la definición dada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española : Profesión, empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución; también tenga se en cuenta que el mandato moderno no es gratuito como en el Derecho Romano, sino que es retribuable.

Por ello afirmamos que tanto el artesano como el doctor pueden en su oficio o profesión celebrar un contrato de mandato.

2.4. DEL BENEFICIO DEL CONTRATO DE MANDATO.

El contrato de mandato puede asumir diferentes situaciones respecto del beneficio; en beneficio del mandante y mandatario, como cuando es remunerado, en beneficio exclusivo del mandante, en beneficio de este y de un tercero, en beneficio del mandatario y de un tercero, en beneficio del mandante, del mandatario y de un tercero y en beneficio exclusivo de un tercero. Bajo todas estas formas se entiende que puede existir el contrato del mandato.

Debe observarse que en esta enumeración no figura la situación en que solo hubiese beneficio exclusivo del mandante. Ello tiene su razón en que para que exista el mandato es esencialmente necesario que sea un negocio que por naturaleza puede entenderse celebrado por el comitente a través del mandato, en consecuencia de este principio no puede concebirse mandato cuando el mandatario es el exclusivamente beneficiado .

2.5. ELMANDATO Y OTROS CONTRATOS

No nos referiremos a la división general de los contratos, cual es la de reales y consensuales, pues, la de reales y consensuales, no atañe a nuestro propósito, que es el análisis no atale a nuestro propósito , que es el análisis del solo contrato de Mandato, porque en él encontramos el problema de la consunción que crea el artículo 2144 del código civil.

Nos dirigimos en este capítulo al diferenciar este contrato de aquellos que aparentemente le son similares, similitud que crea en parte la consunción a que hemos aludido.

2.4.1. Mandato y contrato de trabajo. El mandato tiene por objeto la prestación de un servicio que una persona hace a otra, consistente en emitir en nombre de la segunda, o simplemente por su conducto y riesgo, una declaración de voluntad

o sea, celebrar negocios que han de producir efectos en un patrimonio ajeno; así igual que en el mandato, en el contrato de trabajo, se presta un servicio, pero este servicio se presta sin que medie la representación, el trabajador ejecuta el servicio en una relación de dependencia con el patrono, con un horario establecido y unas normas pre establecidas.

El Mandatario es libre de actuar dentro de la ejecución del mandato ya que posee los medios y se presume que es un perito en la diligencia encomendada, o sea, que el mandatario es independiente, no está en una especie de relación jerárquica con respecto al mandante; mientras que el contrato de trabajo si se presenta esta relación jerárquica, ya que el trabajador debe cumplir y ejecutar las órdenes impartidas por su patrono que es su superior.

En la celebración del mandato, inicialmente el mandante orienta al mandatario sobre el negocio encomendado, en el contrato de trabajo existe un plan de trabajo pre establecido, determinado, esto es, orientado.

El mandato está dirigido por normas de derecho privado; el contrato de trabajo por normas de derecho público .

2.5.1. Mandato y Contrato de Obra o Empresa. En el mandato la representación es la principal característica, la cual

no se dá en el contrato de obra; en éste se prestan servicios materiales o intelectuales que no llevan implícita la representación; en el mandato el servicio que se presta consiste en emitir declaraciones de voluntad en nombre del mandante.

En el contrato de mandato, el mandatario no puede subcontratar, mientras que en el contrato de empresas u obra, el artífice o empresario u operario puede contratar los servicios de terceras personas para realizar la obra, mientras que en el mandato la gestión encomendada tiene que realizarla el mismo mandatario.

Entre el contrato de trabajo y de obra u empresa la diferencia esencial es que en el primero la dependencia y la subordinación son sus elementos esenciales; en el contrato de obra no se prestan estos elementos, ya que el artífice u operario es libre de actuar.

Aparece más clara esta diferencia, si consideramos que el contrato de obra o empresa implica a otra empresa que el contratado puede organizar para satisfacer la obra que el contratante primario le ha encomendado. Así en la construcción de una vía férrea, el Estado contrata con una compañía constructora toda la vía o un tramo de la misma, esta compañía subcontrata un levantamiento de los planos con

otra compañía de Ingenieros; y luego subcontrata con otro particular el corte y transporte de durmientes; con otra la colocación de rieles; con otra la apertura de zanjas; o la construcción de obras de arte (puentes, canalización de arroyos, etc.) en tanto que el mandato es la ejecución individual y directa, aún cuando el mandatario bajo su responsabilidad, ordene obras secundarias, que vendrían a ser contratos de obras u empresa .

2.5.3. Contrato Complejo . El aquél que surge cuando una persona presta a otra una serie de servicios que no puede explicarse aisladamente, sino recurriendo a varios contratos.

Un ejemplo de contrato complejo es el contrato de administración general de bienes ajenos, o sea, en este se combinan los contratos de mandato y de obra, etc., aquí el administrador cumple sus obligaciones, representando al mandante, como cuando vende o compra cosas, o celebrando contratos de transporte o de obra en nombre del mandante, o prestando servicios autónomos o contratos de obra, como cuando personalmente repara una casa del dueño, transporta objetos de un lugar a otro, siembra una finca, etc., como se puede analizar, lo que se da es una combinación de servicios de distintas naturaleza jurídica .

Lo esencial del contrato complejo es que varios subcontratos

dependen de uno principal, el de mandato.

2.5.4. Contrato de Apoderamiento y Ejecución. Es aquél mediante el cual alguien le da a otro, un negocio, el cual es determinado, no admite pues, ninguna libertad del apoderado para cambiar los términos precisos que el poderdante le señale; difiere así del contrato de mandato en que el apoderado no es autónomo en la ejecución, y conviene con él en que el resultado del negocio orientado por el poderdante.

Ejemplo: A le confirma un poder a B, para que éste le firme en su nombre y representación la escritura de compra de un inmueble perfectamente determinado en el poder; el apoderado no hace otra cosa que firma la escritura .

El desarrollo normal de un mandato supone siempre la conclusión de dos contratos: en primer lugar, el contrato de apoderamiento, que se agota en el otorgamiento del poder, o sea, la facultad que le confiere el mandante o representante al mandatario para que ejecute un negocio por su cuenta y riesgo; en segundo lugar, el negocio representativo, o sea, la ejecución del contrato de mandato¹⁴.

¹⁴ VALENCIA ZEA; Arturo. De los contratos. T. IV, 6a. ed.
 Temis Librería, Bogotá . 1985.

3. OTROS ASPECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO

3.1. EL MANDATARIO DEBE EJECUTAR EL ENCARGO

Este principio recoge el elemento principal del contrato de mandato que es, la ejecución de lo encomendado por el mandante, de donde dado el fenómeno de la representación, que es esencial en este contrato, la ejecución no puede estar a cargo de otro distinto al mandatario, porque de ser posible tal ejecución, cabrían dos representaciones, lo que es contrario, a la naturaleza del mandato.

Principio este que se encuentra consagrado en el artículo 2157 del código civil. 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.¹⁵

Es este un principio básico de la representación voluntaria, porque si es en la volun-

¹⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil de los contratos. Zamorano y Caperán. Santiago 1976 .

tad del mandante en donde encuentra apoyo la eficacia de los actos que ejecuta el mandatario, es claro que los límites de la voluntad de aquél, son límites para la actuación de éste. Por eso, el mandatario que se le sale de los términos del poder deja de ser mandatario y se convierte en agente oficioso; y - por eso también el mandante no queda obligado por los actos del mandatario, si no en cuanto estos encajen dentro de la órbita de las atribuciones señaladas por aquél a ésta.

Aunque el mandatario deba ceñirse fielmente al poder y a las instrucciones recibidas, sin embargo, tiene ciertas libertad de acción, tal como lo consagra el artículo 2160 del código civil: "La recta ejecución del mandato comprende no solo la sustancia del negocio encomendado sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes si la necesidad obliga a ello, y se obtuviese completamente de ese modo el objeto del mandato" ¹⁶

La Doctrina ha expresado que "cuando el mandatario se le imposibilita llevar a cabo las órdenes del mandante por fuerza ma

¹⁶ CODIGO CIVIL. Temis. Bogotá. 1983. p. 956 .

yor o caso fortuito, le corresponde probar dichas causales de exoneración de responsabilidad, por existir una presunción de cumplimiento desde el momento mismo en que se celebra el contrato. Es la concreción del principio de que quien alega fuerza mayor o caso fortuito, debe probarlo .

Esa carga probatoria deberá sentirse plenamente dentro del proceso que se siga en torno al contrato de mandato" ¹⁷

3.2. DE LA DELEGACION

Es el acto por medio del cual el mandatario encomienda a otra persona de la ejecución parcial o total del encargo que se le ha confiado, poniendo en cabeza de ésta la facultad de representación recibida del mandante.

Nuestra Legislación civil contempla a la figura de la delegación en los artículos 2161 y 2163. El 2161 dice : El mandatario podrá delegar el encargo, sino se le ha prohibido, pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios.

¹⁷ BONIVENTO FERNANDEZ, José. Principales contratos civiles.

Esta responsabilidad tendrá lugar aún cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado fuera notoriamente incapaz o insolvente ".

Comenta el código civil: el mandato es uno de los contratos que se establecen en relación a la persona, pues, ésta es determinante del consentimiento prestado por las partes para su formación. Puede decirse que la delegación es una facultad privativa del mandatario, que va implícita en el mandato a menos que se haya prohibido expresamente " ¹⁸

El artículo 2163 dice : "cuando la delegación determina la persona que ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que solo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario .

En materia de delegación se pueden presentar diferentes situaciones que son las siguientes :

¹⁸ CODIGO CIVIL y Legislación complementaria. Publicación de Legis Editores. p. 869 .

• La delegación se le ha prohibido expresamente al mandatario, lo que quiere decir, que el mandatario debe ejecutar el encargo directamente, por lo tanto no puede delegar el mandato, en caso que lo delegue, se obliga al delegado y al mandatario, pero no al mandante. Pero podrá darse el caso de que el mandante ratifique la actuación del delegado.

• La delegación no ha sido prohibida ni autorizada por el mandante, el mandatario está facultado en un tercero la ejecución del mandato, sin que entre el mandante y el tercero delegado surja relación alguna y mucho menos mandato; esta delegación que se hace constituye de por sí un nuevo contrato entre el delegante o mandatario primitivo y el delegado. El mandante tiene que exigir el cumplimiento de su cometido al mandatario, sin mediar que el delegado deba, responder de su gestión al mandante, que se deduce del tenor del artículo 2162. que literalmente dice: La delegación no autoriza o no ratifica expresa o tácitamente por el mandante, no dá derechos a terceros contra el mandante por los actos del delegado.

• Se autoriza expresamente al mandatario para delegar, pero, sin determinar la persona del delegado. Si el mandatario delega, esta delegación no constituye propiamente un nuevo contrato de mandato entre el mandatario y el delegado, sino una transformación subjetiva del mandato inicial, en el sentido, que el mandatario viene a ser reemplazado en él por el delega

do. El mandatario al separarse de la gestión, mediante la delegación a un tercero, queda liberado frente al mandante y sin responsabilidad por los actos del delegado. Pero puede suceder el caso de que el mandatario delegue el encargo en una persona insolvente o en una persona notoriamente incaaz (que carece de capacidad negocial); dado alguno de los casos anteriores podrá el mandante perseguir al mandatario delegante por los perjuicios causados con la delegación.

El mandatario es autorizado expresamente, por el mandante para delegar con indicación de la persona delegada. En este caso el mandante celebra un nuevo contrato de mandato o sea, hay una sustitución, con otro mandatario escogido por él, poniéndole fin al primer contrato de mandato celebrado con el primitivo mandatario. Este segundo contrato de mandato solemne lo puede revocar el mandante, ya que, el mandatario delegante no juega ningún papel jurídicamente hablando.

3.3. DEL AUTO CONTRATO

El mandatario ha de ejecutar el mandato celebrado con un tercero el negocio por el cual recibió poder, debido a que la representación supone normalmente la intervención de tres personas: el mandante, el mandatario y el tercero con quien se ejecuta el negocio de apoderamiento.

Entre mandante y mandatario se celebra el negocio de apoderamiento; y entre mandatario y tercero se da cumplimiento al mandato, ejecutando el encargo que se le encomendó.

Esta figura tiene diferentes acepciones:

1. La de un contrato en que una persona contrae consigo misma una obligación de dar o hacer o dejar de hacer. En realidad esta figura no es jurídica, porque es esencial para una obligación el que haya un obligante y un obligado; pero la misma persona no puede desdoblarse, sino en psicología. Pero cabe fenómeno si media una ficción legal: así, yo soy el socio principal o mayoritario en una empresa, yo soy persona natural y la empresa lo es jurídica, puede la empresa demandarme como a persona natural o puedo demandarla como a persona jurídica : en ambos casos yo soy autodemandado.

Análogamente ocurre con un contrato, para el segundo caso que acabamos de describir, pero no para el primero, por lo dicho. La finalidad de un contrato es legalizar judicialmente una obligación y para toda obligación se requiere obligante y obligado, pero comprendidos en una misma persona.

Al respecto del auto contrato, que no es jurídico suelen ocurrir autos análogos como el auto embargo, la auto hipoteca, etc., de los cuales es preciso repetir, salvo los casos de mediación de una personería jurídica, los demás son nulos e

ilegales, y por ello se prestan actuaciones dolosas que frecuentemente escapan al juez. Y en los mismos casos de persona jurídica es de advertir que los estatutos de casi todas las sociedades prescriben o al menos minimizan los contratos entre la sociedad y sus socios.

Si desde el punto de vista de la lógica jurídica no existe obstáculo para justificar el auto contrato, no sucede lo mismo si se contempla el aspecto práctico de la cuestión, es decir, las necesidades del comercio y la oposición de los intereses del mandante y del mandatario que puede resultar de la autocontratación. Teniendo en cuenta esto último, la doctrina actual se orienta en el sentido de permitir el auto contrato en aquellos casos en que no exista oposición de intereses entre mandante y mandatario, y sobre todo, en que se excluya la posibilidad de que el primero sufra perjuicios. 19

3.4. DE LA DOBLE CONTRATACION

Este caso ocurre cuando un mandatario tiene la representación de un mandante para determinado negocio, y otro mandante le da su representación para que ejecute el negocio contrario (si se trata de dos negocios distintos, el caso nada

¹⁹ ARTEAGA, Jaime y ARTEAGA, Jesús M. Derecho Civil .Contratos. Temis. Bogotá. 1.980.

tiene que ver con la doble contratación pues, siendo negocios diferentes, los contratos de mandato lo son también). Aunque para el doctrinante Valencia Zea el caso que contemplamos se ha denominado contrato de "Doble Representación", y que nosotros llamamos de doble contratación, por considerar que el adjetivo determinativo doble se refiere a una misma persona, y no a dos. Por estar de acuerdo con el Dr. Valencia, remitimos al lector al anexo al final de este trabajo .

3.5. MANDATO DE GESTION

Existe el fenómeno jurídico de la gestión mal llamado mandato de gestión porque no tiene el elemento de la representación.

La gestión consiste en un contrato mediante el cual una persona autoriza a otra a ejecutar ciertas operaciones, por las cuales paga al gestor una comisión; es el caso de las agencias de arriendo, a quienes un propietario autoriza para la venta de un inmueble, mediante una comisión, la agencia no tiene la representación del propietario, pero si la orientación del mismo, por lo que la gestión se acerca más a un contrato de trabajo del cual no tiene la subordinación de un contrato.

• •

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MANDATO

El mandato, como todo fenómeno jurídico, tiene sus elementos esenciales que lo especifican como mandato, y otros elementos generales que lo determinan como contrato. Hemos visto ya los primeros veamos los segundos .

4.1. CONSENTIMIENTO

Siguiendo el insustituible Codex Civilis de los Romanos, el consentimiento es base primordial de todo contrato, de donde todo efecto grave, Ad substantiam, tacha de inexistente todo contrato, pero si el efecto es Ad Valorem, la tacha es de nulidad, la que es relativa si se puede subsanar, y es absoluta cuando es insubsanable.

La nulidad relativa la subsana la parte que ha cometido el error por comisión u omisión, según auto de notificación del Juez; la nulidad absoluta la establece solamente la Ley, y el juez debe rechazar de plano el contrato .

cabe distinguir en los efectos de la nulidad y los efectos

de la inexistencia, lo siguiente :

. Toda nulidad presupone que ha habido un acuerdo de voluntades, que no se ha realizado, por el incumplimiento de los requisitos legales, pero que servirá de prueba en caso de una controversia. La inexistencia del contrato trae como efecto al no nacimiento de conducta jurídica alguna, por lo tanto no prueba nada .

El contrato de mandato sigue el procedimiento anterior, teniendo en cuenta que en caso de que una nulidad relativa haya sido inadvertida para el Juez , y la advierta cuando ya el mandatario haya iniciado sus operaciones, la nulidad no surte efecto o se debe subsanar de posible; pero si la nulidad es absoluta, es de obligación, a pesar de la iniciación de operaciones, suspender estas y repetir el contrato, saneándolo saneable de tales operaciones .

4.2. DE LA CAPACIDAD

La ley otorga eficacia al negocio jurídico, porque considera conveniente que dentro de su esfera jurídica cada cual resuelva por si mismo y condicione su estado de acuerdo a sus intereses y deseos. Pero esta autonomía del sujeto jurídico privado supone un mínimo de voluntad razonable .

El término capaci-ad (De capacitas), en su más amplia acepción indica aptitud pa-a ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos; de donde surge un dualismo fundamental en materia de capacidad : aptitud o capacidad para ser sujeto de las relaciones jurídicas, (capacidad natural o de goce), especialmente de los derechos subjetivos .

En cuanto a los derechos civiles patrimoniales (derechos reales, créditos inmateriales y hereditarios) toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, también el impúber, como el demente, como las p-rsonas físicas, como las personas jurídicas (en cuanto a que determinado derecho se radique en cabeza de una persona), pueden ser titulares de esos derechos; y capacidad para obras jurídicamente introduciendo cambios o modificaciones en las relaciones jurídicas de que uno es sujeto.

Pero en toda capacidad jurídica, respecto a los derechos civiles pa-rimoniales, tiene capacidad de ejercicio de los mismos. Para ejercer un derecho civil patrimonial mediante negocio jurídico, se exige en lapersona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada. De donde se deduce que un infante o un demente tienen capacidad jurídica, pero no capacidad de obrar o negociar .

Partiendo de la dualidad que se da en materia de capacidad la de goce y de ejercicio, entraremos a estudiar esta última que es la que más nos interesa en materia de mandato.

El artículo 1502 del código civil²⁰ dice : "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o. que sea legalmente capaz; 2o. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3o. que recaiga sobre un objeto ilícito, y 4o. que -enga causa ilícita" .

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra.

El artículo anteriormente transcrito consagra la capacidad como requisito para que la declaración de voluntad sea válida. En el mandato exige el mismo modo la capacidad como requisito de este contrato, pero bajo efectos diferentes, del mandante y del mandatario.

En lo que respecta al mandante, éste tiene que ser plenamen

²⁰ CODIGO CIVIL. Temis. Bogotá. 1983. p. 633 .

te capaz, tal como lo tendría que ser si fuera el mismo y no el mandatario, quien fuera a celebrar los actos jurídicos materia de mandato .

Por constituir el mandato negocios que van a comprometer la órbita patrimonial del mandante, es obvio que se requiera la capacidad legal y plena de éste. Al encargar una gestión está comprometiendo su patrimonio, su interés, su responsabilidad, como si fuera un acto celebrado directamente por él, ya que el mandatario no hace otra cosa que emitir declaraciones de voluntad en su nombre .

Teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, la capacidad del mandante queda sujeta a las reglas que contemplan este requisito, y por lo mismo cuando el mandante sea incapaz absoluto o relativo, el contrato de mandato queda viciado y susceptible, por tanto, de pedir su nulidad, ya sea, absoluta o relativa .

Distinto al concepto de incapacidad es el de inoponibilidad²¹ que se dá cuando el mandante, que es a la vez mandatario de un

²¹ RENGIFO, Ramiro. El depósito, la prenda, el mandato. Edit. Impr. Ranco Ltda. Bogotá. 1983. p.123 .

primer mandante, confiere, sin autorización del mandante primario, poder a un tercero para que realice el acto a él encomendado.

En tal caso, el primitivo mandante no está obligado a aceptar los efectos del acto celebrado por el último mandatario y por ello se dice que el acto le es inoponible.

Sólo vincularía al último mandatario, bien sea que haya actuado a nombre propio o a nombre del original mandante. El último mandatario por su parte, podría exigirle responsabilidades a su inmediato mandante.

En lo que tiene que ver con la capacidad del mandatario, el artículo 2154 del código civil dice textualmente ²²"que si se constituye mandatario a un menor no habilitado de edad, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros, no podrán tener efectos, sino según las reglas relativas a los menores".

22

CODIGO CIVIL. Temis. Bogotá. 1983. p. 953 .

Del artículo anterior se deduce que para efectos relacionados con la ejecución del encargo a ~~el~~ encomendado, no es necesario que el mandatario sea capaz, no es necesario que tenga capacidad de obrar o negociar en el sentido de que pueda obligarse por sí mismo sin el ministerio o la autorización de otra persona. Partiendo de este presupuesto es importante estudiar la condición del mandatario menor de edad frente a dos situaciones que pueden, según los efectos del mandato presentarse :

a. En cuanto a los resultados de los contratos celebrados por el mandatario con terceros .

b. En cuanto a las obligaciones que surgen entre mandante y mandatario como consecuencia de la celebración del contrato de mandato, y con respecto a terceros, por razón de la ejecución del mandato .

• Como consecuencia de la naturaleza misma del negocio representativo, el contrato celebrado por el menor mandatario, con un tercero, es válido, y en consecuencia, producen plenos efectos entre el mandante y el tercero, de modo que el mandatario queda sustraído de ellos .

• El contrato es ante la ley perfectamente válido, porque en la calificación de la validez no entra en juego para nada la in

capacidad del mandatario.

Siendo el mandante capaz de obrar, debe cargar con el riesgo de una mala elección; y en este caso la mala elección consiste en nombrar un mandatario incapaz. Por tal razón o circunstancia, tanto el contrato de apoderamiento como su ejecución mediante el respectivo negocio representativo, se consideran válidos en lo concerniente a las relaciones jurídicas entre el tercero y el mandante. Ello equivale a decir que el mandante no puede alegar la falta de capacidad del mandatario, para exonerarse de cumplir sus obligaciones frente al tercero o destruir los efectos de la ejecución del mandato.

Así si, el mandatario incapaz vendió la cosa que le ordenó vender el mandante, ésta queda definitivamente vendida. También equivale a decir que el tercero no puede deshacer el negocio celebrado con el mandatario incapaz; y antes, bien debe ejecutar las obligaciones nacidas de él. 23

. En el contrato surgen obligaciones para el mandatario en relación con su mandante; en la ejecución del mandato puede resultar el mandatario obligado frente a los terceros con quienes contrata (ya sea, porque éste extralimitó el poder o ejecutó mal el encargo). En lo referente a estas obligaciones del mandatario frente a su mandante y los terceros con quienes celebró el negocio, quedan sujetas a las reglas gene

²³ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil de los contratos. T. IV. 6a. ed. Edit. Temis. Bogotá. 1985. p. 335.

rales de la capacidad .

Según el artículo 1577 del código civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

El objeto es susceptible de indicar, ya uqe, la propia conducta o debe ser jurídico en sí ya el sustrato material de tal conducta, o sea, una cosa de la naturaleza. El término objeto se refiere directamente a las cosas que forman el contenido de la conducta .

El objeto de un acto es el conjunto de derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue. Así el objeto de las obligaciones o derechos es el mismo objeto del acto.

El párrafo 3 del artículo 1518 del código civil establece que si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza. (Ejemplo: el que se obliga, a hacer un viaje al sol, ha emitido una declaración de voluntad sobre un objeto físicamente imposible, aunque el sol como cosa exista, es imposible la conducta), y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público (como el padre que dá poder a un mandatario pa-

ra que venda a su hija, al primer mercader que ofrezca una suma cuantiosa por ella; la donducta es contraria a la ley, ya que las personas no son objetos y se está limitando su voluntad, o sea, que es un objeto ilícito y contrario a la moral y a las buenas costumbres, porque es un acto calificado como aberrante e inmoral por la sociedad, y va en contra de las costumbres que un buen padre debe inculcar a sus hijos).

El término objeto se emplea principalmente, como la conducta o hacer que forma el contenido de las declaraciones de voluntad. De donde se deduce que el objeto debe reunir estas tres condiciones :

1. Ser posible, es decir, que puede realizarse en el momento de la conclusión del negocio o que pueda tener una realización ulterior.
2. Ser determinado, a lo menos, en cuanto a su género .
3. Ser lícito .

El objeto del contrato de mandato recae en la obligaciones que surgen entre el mandante y el mandatario, éste debe ejecutar el negocio que se le encomendó; y el mandante debe pagar la remuneración estipulada .

El contrato de mandato se celebra con el fin de que el mandatario exprese una o varias declaraciones de voluntad (como - por ejemplo: vebda, permute, arriende, concluya contrato de obra, etc.) por cuenta y riesgo del mandante o representado.

Declaraciones éstas que pueden ser emitidas por el mandatario, ya sea en nombre y por cuen-a del mandante (representación directa), ya sea en su nombre y por cuenta del mandante (representación indirecta).

También puede celebrarse contrato de mandato con el objeto de que el mandatario ejecute las obligaciones que debía realizar el mandante (ejemplo, pagar el dinero que debía, hacer entrega de la cosa vendida, tradición, etc.).

Una vez ejecutado el mandato, el mandante debe cancelar al mandatario la remuneración pactada. Claro está que esta remuneración puede determinarse en el momento de la celebración del mandato o después de ejecutado .

5. EXTINCIÓN DEL MANDATO

5.1. CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL MANDATO

Las causales de extinción de un derecho, varían según la clase de que se trate, y en relación con el contrato de mandato el artículo 2189 del código civil enumera ocho causales de terminación que a continuación relacionamos .

• Por el cumplimiento del encargo encomendado; es natural que si el mandante encarga a un mandatario la realización de un acto jurídico determinado (mandato especial). Cumplido éste se extingue el mandato. La noción de cumplimiento implica que el mandatario le transfiera la totalidad de los efectos del acto a su mandante. Sería el caso de A que le dá el poder a H para que contraiga un matrimonio con C, que es su novia, una vez celebrado el rito del matrimonio, termina el mandato, ya que el objeto del mismo se cumplió .

• Por la llegada del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato. Si las partes,

convienen expresamente, un término para la gestión y el negocio no se ejecuta, se entiende que el mandato termina, cuando se ha encontrado bajo los efectos del cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria el mandato también termina. Ejemplo; el mandato otorgado para administrar los bienes del incapaz cesa cuando este adquiere la capacidad .

• Por la revocación del mandato, bien por el mandante, bien por el mandatario. El mandante es un contrato de confianza y es lógico que si se pierde esa confianza se otorgue a los contratantes la posibilidad de revocarlo, ya sea tácita o expresamente .

• Por renuncia, o mejor por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes del contrato. La ley establece que la renuncia del mandatario es causal de extinción del mandato. Pero la "renuncia del mandatario" , según lo expresado en el artículo 2193 del código civil, no pone fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante puede proveer los negocios encomendados.

De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante, a menos que se halle en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa, o sin

grave perjuicio de sus intereses propios .

。 Por la muerte del mandante o del mandatario. El contrato de mandato cesa con la muerte del mandante, así lo consagra nuestra legislación civil en su artículo 2194, que dice :
 Sabida la muerte natural del mandante, cesará el mandatario en sus funciones, pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada. Pero siguiendo con este orden de ideas el artículo 2195 dice que : no se extingue por la muerte del mandante, el mandato destinado a ejecutarse después de ella.

Los herederos suceden en este caso en los derechos y obligaciones del mandante. En igual forma la muerte del mandatario da por terminado el mandato. La causal es obvia consecuencia de la naturaleza del mandato que es conferido en atención a las pericias y profesionalidad del mandatario que se supone, no se dan en sus herederos, sin embargo, éstos, por disposición del artículo 2196 código civil, deben dar inmediato aviso de la muerte del mandatario al mandante y hacer por éste todas las actividades que las circunstancias exijan, so pena de indemnizarle los perjuicios que le puedan ocasionar .

De igual manera estarán sujetos a la misma responsabilidad los albaceas, los tutores y curadores, y todos aquellos que

sucedan en la administración de los bienes del mandatario, que ha fallecido o se ha hecho incapaz .

. La quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario.

Una vez decretada la quiebra o insolvencia del mandante, sus bienes pasarán a ser administrados por un síndico, quien tendrá el control patrimonial del quebrado. Si el mandatario pudiera seguir ejercitando sus funciones de representante del mandante declarado en quiebra y ejecutando actos en su nombre, se rompería la unidad de la quiebra y se anarquizaría la administración del quebrado, siendo así las cosas, el mandato debe terminar .

En lo que respecta a la quiebra o insolvencia del mandatario estas también ponen fin al mandato, lo anterior trae como consecuencia la pérdida de la confianza del mandante en su mandatario, ya que, si éste no tiene el debido cuidado para administrar sus propios bienes, mucho menos tendrá para los ajenos .

. La interdicción del mandante o del mandatario. La interdicción es el estado en que se encuentra una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz para realizar negocios jurídicos. En tal caso si el mandante es declarado interdicto, quiere decir que está en incapacidad para administrar directamente sus bienes, por lo tanto no puede hacerlo por in-

termedio de mandatarios, que no es más que un intermediario de su voluntad, y todas las actuaciones que comprometen su órbita patrimonial, quedan afectados de nulidad, y en consecuencia el mandante incapaz se le nombra un guardador para que se encargue de administrar la totalidad de su patrimonio.

Si es el mandatario a quien se declara e interdicción es obvio que el mandato debe terminar, siendo incapaz para administrar bienes ajenos .

• Por las cesaciones de las funciones del mandante, si el, mandato ha sido dado en ejercicio de ellas, el mandato termina, porque se entiende que el encargo guarda directa relación con las funciones principales del mandante.

Ejemplo: Cuando el curador, dentro de la administración de los bienes del pupilo, había constituido mandato especial, debido a que éste se extingue al terminar la curatela.

5.2. JURISPRUDENCIA

5.2.1. Alcances de la representación Sentencia de Casación Civil de 24 de octubre de 1975. Significa a la luz de los principios regulativos del fenómeno jurídico de la representación -art. 1505 del C.C.-, que los efectos de la negociación se radican en cabeza del representado y no del represen

tante; que es aquel quien, con respecto a la persona que contrató con el representante, se convierte en acreedor o deudor, y al que responda de las culpas en que haya incurrido éste en el cumplimiento o incumplimiento del contrato.

5.2.2. Mandato con representación y sin representación Sentencia de Casación Civil de 17 de mayo de 1976. De acuerdo con la preceptiva contenida en el artículo 331 del Código de Comercio anterior, el mandato comercial es un contrato "por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra, que se obliga a administrar los gratuitamente, o mediante una retribución, y dar cuenta de su empeño".

Del contenido de esta disposición legal, que en su esencia es una reproducción del texto 2142 del Código Civil, se desprende que en el ejercicio de su encargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber: a) ora en representación del mandante, es decir, asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contrato; y b) ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra.

En el primero de estos dos supuestos se trata del mandato representativo, que está destinado a producir efectos no sólo

entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil. En el segundo en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus efectos se limitan a los contratantes, según el principio del efecto relativo de los contratos a que alude el artículo 1602 ejusdem.

Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 356 del antiguo de Comercio. En efecto, la primera de estas dos disposiciones estatuye que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante; y reza la segunda de dichas dos normas, que el comisionista puede obrar en nombre propio, o a nombre de sus comitentes. En caso de duda, se presume que ha contratado a su propio nombre.

Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener al mandante como parte en el pacto, puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte. Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: el mandatario queda obligado a transfe

rir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive -arts. 2182 y 2183 C.C.-; y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga - art. 2184 ibid.-

En el mandato sin representación, entonces, el mandatario no tiene el derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte, la acción parahacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido le concede el art. 2177 del C.C. al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente... - LXX, 358 y XC, 545 -.

De lo atrás expuesto debe seguirse que si en la escritura de constitución de una sociedad, sea ésta civil o comercial, se expresa que uno de los socios constituyentes obra en nombre propio, cuando actúa en verdad en ejercicio de un mandato sin representación otorgado por otra persona, el socio es el mandatario y como tal deberá ser tenido por sus consocios y por los terceros, sin perjuicio, eso sí, de las relaciones perso

nales entre mandante y mandatario, atrás referidas. El mandante no podrá compeler a su mandatario ni a los demás socios a que con este carácter lo reciban a él en la sociedad.

De la misma manera y por idéntica razón, si en la escritura de reforma social por la cual un socio cede en todo o en parte su interés, el cesionario dice obrar, a nombre propio, cuando en rigor de verdad actúa como mandatario sin representación de otra persona, quien adquiere ese interés es el mandatario y no el mandante, quien no puede compeler ni a aquél ni a los demás socios para con ese carácter lo reciban en la sociedad.

Con tanta mayor razón se imponen estas conclusiones cuando ni en la escritura de constitución, ni en las de reforma, se expresó que algunos de los socios constituyentes, o el cedente, obrara en el mencionado carácter.

En las tres primeras súplicas de la demanda con la cual se inició este proceso, el mandante no pide que el demandado le transfiera el beneficio o utilidad que le corresponda como socio de la sociedad limitada, y el capital una vez liquidada la compañía; sino que, dirigiendo sus pretensiones contra todos los socios y la sociedad misma, solicita que dicho señor le restituya las acciones, el interés social y los derechos que ella tiene en esa persona jurídica. Tal restitución ciertamente, implicaría una reforma social a cuya realización es

jurídicamente imposible compeler a los demás socios, como quiera que el mandato sin representación no produce ningún efecto contra ellos, y además, fue pacto no expresado en la escritura de constitución ni en la de reforma.

5.2.3. Prueba del contrato de mandato Sentencia de Casación Civil de 17 de mayo de 1976. La Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por la regla 5a. del art. 375 del Código de Procedimiento Civil, en el ámbito doctrinal, debe rectificar el desacierto en que incurrió el sentenciador ad quem, al sostener que el mandato sin representación no puede acreditarse con prueba testimonial ni con la confesión del mandatarío.

Por cuanto a través del ejercicio de la nación consagrada por el art. 2177 del C.C. lo que el demandante busca es descubrir la existencia de una autorización secreta que él confirió, la que generalmente no se expresa sino implícita, deben quedar al alcance del interesado todos los medios de prueba para llevar al juez la plena convicción de su ocurrencia, no sólo por que en tal supuesto lo que se busca es la demostración de un contrato de mandato el cual en nuestro derecho es típicamente consensual, sino también y fundamentalmente porque no se trata en tal hipótesis de acreditar las obligaciones generadas de un acto jurídico solemne, otorgado con intervención de un testafierro, sino el acuerdo pre-existente entre éste y el verdadero interesado en la negociación.

6. CONTRATOS MERCANTILES

El concepto del derecho mercantil es de naturaleza típicamente histórica, por ello vemos su influencia sobre el derecho legislado en la Europa continental, que marcó transformaciones en el derecho mercantil de la época. No obstante éste sigue siendo un derecho especial, dirigido a los comerciantes con el propósito de regular su actividad profesional.

Por ello, la doctrina mercantilista trae importantes modificaciones a la materia mercantil. Anteriormente el derecho comercial era concebido como un derecho eminentemente contractualista. Para otros el derecho comercial era el contrato de transporte; pero el mercantilismo introduce el ingrediente del tráfico. Se instituye el derecho comercial atendiendo a un concepto económico del comercio y dejando a un lado los instrumentos. Aparece entonces el derecho mercantil como un ordenamiento de normas para el comercio; si no existe mediación, no hay actividad comercial.

6.1. EL CONTRATO DE MANDATO MERCANTIL

En el plano comercial tiene importante relevancia el contrato

• •

de mandato, debido a que su utilización se ha hecho indispensable para que las personas puedan realizar sus diferentes actividades.

El código de comercio define así 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".²⁴

Esto no supone que el mandatario sea en realidad un comerciante o una empresa mercantil; no obstante el Código de Comercio hace sobre él regulaciones que indican precisamente esas circunstancias.

6.2. CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE MANDATO CIVIL Y MANDATO MERCANTIL

Es obvio que el criterio diferenciador lo constituye sin lugar a dudas el objeto del contrato. En el mandato mercantil el objeto señala su comerciabilidad. Se trata precisamente de celebrar o ejecutar uno o varios actos de comercio.

²⁴

CODIGO DE COMERCIO. Artículo 1262.

El objeto consiste en actos jurídicos y no en operaciones materiales; ya que éstas se convierten en objeto propio de otros tipos de contrato, tal como el de arrendamiento de servicios, el de trabajo y aún del de agencia mercantil, no obstante que este contrato se regula como una especie o sub tipo del mandato.

Según tratadistas italianos como Messineo²⁵ advierten que la prestación del mandatario no consiste necesariamente en la celebración de negocios jurídicos, sino que puede consistir sencillamente en la simple realización de actos jurídicos no negociables. La situación se complica entonces al tratar de adecuar un criterio que establezca diferencia entre el contrato de mandato y otros cuyo encargo no es negocial, como podría serlo el de contrato de obra y el de servicios.

Pero como puede presentarse el hecho de que el mandatario se encargue de realizar actos civiles y actos mercantiles, es por lo que se hace imperativo establecer que regulación legal será aplicable, si la civil o la mercantil, o si ambas regulaciones.

²⁵ MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Tomo VI. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. 1971. p. 37.

En lo que se refiere a actos civiles se reglamentará por la ley civil y en lo que concierne a los actos mercantiles se regirá por la ley mercantil.

Para hacer claridad sobre esto veamos la opinión de Arrubla Paucar:

El mandato comercial, por generales que sean sus términos, sólo se extiende a actos de comercio; no puede extenderse a actos que no son de comercio, a menos que en el mismo contrato se dispusiera otra cosa. Esta delimitación presenta peculiar interés, puesto que ambas regulaciones sobre el contrato presentan sustanciales diferencias. Así cuando el mandatario, se extralimita en un mandato civil, frente a una necesidad imperiosa, se convierte en un agente oficioso, mientras en el mandato mercantil, ante las mismas circunstancias, el mandatario queda vinculado a las normas del mandato.²⁶

6.3. CARACTERISTICAS

Este tipo de contrato es consensual, y por ello sólo basta con que las partes interesadas lleguen a un acuerdo para lograr su perfeccionamiento. Este mismo principio impera en todos los contratos mercantiles.

²⁶ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Bogotá: Biblioteca Jurídica. 1987. p. 354.

En nuestra legislación colombiana se distinguen mandato y representación. Cuando el negocio encomendado sea de aquellos que requieren solemnidad para su perfeccionamiento, como el otorgamiento de escritura pública, es preciso que el poder conste por escrito privado o por escritura pública. Y si esa representación se presenta anexa al mandato, como en el mandato representativo, será necesario que el mandato, por ser representativo, tenga esa formalidad.

El contrato de mandato, al igual que el mandato civil, se presume remunerado. El mandato puede ser gratuito por expreso acuerdo entre las partes contratantes. De aquí depende que el mandato sea bilateral o unilateral.

Dice Messineo:

Que el mandato siempre debe considerarse como contrato con prestación por una sola parte, sea oneroso o gratuito, afirma que aunque la onerosidad se haya convertido en carácter normal, no es esencial; y, por tanto, la compensación debida al mandatario. De ello se siguen consecuencias muy significativas, propias de los contratos bilaterales; que en opinión del tratadista, no tienen aplicación en el mandato mercantil así sea remunerado, como por ejemplo, no se aplica la exceptio non adimpleti contractus, la resolución por incumplimiento, entre otras figuras.²⁷

²⁷ MESSINEO, Francesco. Op Cit. p. 38

Si el tipo contractual que trae la ley no se estructura con fundamento en el criterio de la onerosidad, como que esta característica no es de su esencia, es innegable que para observar las consecuencias jurídicas del contrato debemos también acudir a lo que atribuyan las partes, bien por la inserción de cláusulas accidentales, o por permitir que sean partes del contrato aquellas cuestiones de la naturaleza, a no contratar contra ellas. Esta misma crítica al al profesor Messineo la hace en Italia el tratamiento Minervini.

Por lo general el encargo que recibe el mandatario es el de obrar por cuenta del mandante, pero preferentemente el mandato puede dirigirse en interés de un tercero, circunstancia en la cual el mandatario estaría obrando por cuenta del tercero. Lo esencial en el mandato es que se actúe por cuenta ajena; y el resultado de su obrar puede dirigirse hacia el mandante o hacia un tercero.

El mandato es en sí un contrato principal, existe por sí mismo sin necesidad de ninguna otra convención.

6.4. MANDATO Y REPRESENTACION

El proyecto de Código de Comercio dice: "El mandato por sí no confiere la representación del mandante al mandatario. Para que el mandatario pueda representar al mandante se requiere

que la ley o éste así lo hayan querido!"²⁸

En materia mercantil se le da punto final al dilema que se plantea en el derecho acerca de si es o no el mandato esencialmente representativo.

Dice Minervini: "La actividad del mandatario es una actividad de cooperación externa. El mandatario debe realizar actos jurídicos frente a terceros por cuenta ajena. Es importante observar de qué modo el mandatario puede colocar para el mandante acreedor de su actividad, el resultado de la misma; es decir, de qué modo puede desviar hacia él los efectos de los actos jurídicos realizados en cumplimiento de su prestación."²⁹

En asuntos mercantiles la representación es accesoria al contrato de mandato, y para que se dé se precisa de otro acto jurídico anexo al mandato llamado representación, el cual tiene en la regulación una regulación propia.

²⁸ Op. Cit.

²⁹ MINERVINI, Gustavo. El mandato. Barcelona: José Ma. Bosch. 1959. p. 88.

Por ello, cuando se habla de Mandato Representativo, estamos significando que coexisten dos actos jurídicos, el acto jurídico bilateral, contrato de mandato; y el acto jurídico unilateral, la representación en este caso voluntaria. Precisamente en virtud de esa representación el mandatario podrá realizar el encargo, obrando frente al tercero a nombre del mandante.

Cuando nos referimos al mandato no representativo, simplemente entendemos que se ha celebrado el contrato de mandato. El mandatario, en el cumplimiento del encargo, actuará obviamente por cuenta ajena, pero a nombre propio, pues, carece frente al tercero de esa facultad de representación.

Como acto jurídico que es la representación, ya señalamos que es unilateral, El representado emite su voluntad concediendo a una persona determinada la facultad de realizar en su nombre uno o varios actos jurídicos. Precisamente por la representación se está concediendo una facultad de actuar al representante, mientras que por el mandato surge una obligación de actuar conforme a los términos del mandato.

No queda inhibido el representado para actuar directamente, precisamente por no estar obligado el representante a actuar, sino meramente facultado para ello. No se desprenden de la representación relaciones obligatorias, dada su naturaleza de

• •

acto jurídico unilateral.

Así concibe nuestra legislación la representación y señala expresamente que puede acompañar a otros actos jurídicos.- art. 832 del c. de comercio-. Ahora bien, es frecuente que la representación acompañe al mandato e incluso se hace necesaria su presencia para que el mandato cumpla en ciertos casos su función económica, y en otros, como en la preposición, es indispensable para tipificar la figura. Cuando la representación acompaña al mandato, hay lugar a la aplicación de las normas propias de aquella, que delimita las relaciones externas entre mandante y terceros y mandatarios y terceros.

En la representación voluntaria el representante tendrá las facultades enmarcadas en el mismo acto de procura, pero si las partes han guardado silencio al respecto, el procurador estará facultado para ejecutar los actos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuya gestión se ha encomendado.

En resumen podemos afirmar que lo único esencial al mandato mercantil, es obrar por cuenta ajena en el cumplimiento del encargo conferido. El obrar a nombre del mandante supone un acto jurídico diferente, el de procura o apoderamiento.

• •

Los efectos jurídicos que se derivan de la anterior distinción son importantes; mientras en el mandato representativo el acto jurídico realizado por el mandatario que está obrando en nombre y por cuenta del mandante, radica sus efectos directamente en cabeza del mandante y por ende la relación jurídica que implica el encargo realizado se traba directamente entre mandante y tercero, en el mandato no representativo los efectos jurídicos del negocio realizado se radican en cabeza del mandatario, es él quien responde frente al tercero y quien se encuentra jurídicamente facultado para exigir el cumplimiento del negocio, permanece el mandante como un tercero ajeno a la negociación, no se traba ninguna relación jurídica entre mandante y el tercero con quien el mandatario realizó el negocio. Otra cosa distinta será la obligación que tiene el mandatario de transpasar al mandante los efectos económicos del negocio realizado, obligación surgida del contrato de mandato.

6.5. REMUNERACION DEL MANDATO

Este contrato lo mismo que el mandato civil es remunerado, la remuneración en defecto de estipulación se aplicará, la cual para el género de actividades; a falta de ésta, la que determinen peritos.

Cuando el mandato termina antes de la ejecución del cargo, el mandatario tiene derecho a una remuneración proporcional teniendo en cuenta el valor por cumplimiento total, y el servicio que fue prestado.

Si ha habido adelanto en la retribución, el mandante tiene derecho a un reembolso proporcional.

Si la remuneración se presenta desproporcionada podrá, a solicitud del mandante ser reducida; pero, el mandante tiene que probar que la remuneración pactada está desproporcionada con relación a la remuneración usual para la clase de servicio, si no es usual, se probará mediante peritazgo.

La reducción no procederá cuando la remuneración sea pactada o voluntariamente pagada después de la ejecución del mandato.

El término "notoriamente inferior" que utiliza la ley, debemos entenderlo de tal forma que conduzca a deducir por lógica que una ligera desproporción no faculta al mandante para solicitar la reducción; es indispensable entonces, que se de la desproporción.

El contrato de mandato tiene la característica de que puede ser general o especial; es especial cuando el encargo es conferido para negocios jurídicos determinados, pero se es

conferido para todos los actos jurídicos que interesen al mandante estaremos en presencia de un mandato general.

En el mandato especial el encargo es dirigido a todos aquellos negocios que según la naturaleza del mismo se requieran para su cumplimiento.

La ley establece para el mandato general una limitación que consiste en no poder desbordar el ámbito del "giro ordinario" de los negocios del mandante; facultad que también tienen los actos conservatorios y de disposición.

Lo anterior supera el criterio de la regulación civil que concede al mandato general todas las facultades para celebrar y ejecutar actos conservativos; en cambio el acto dispositivo exige una autorización especial para que el mandatario general pueda ejecutarlo.

La expresión "giro ordinario de los negocios" que consigna el concepto mercantil, destaca que lo importado no es el acto dispositivo sino lo extraño a ese giro, por lo que requiere autorización especial para celebrar actos extraños a ese giro.

Tanto una venta de mostrador como la venta de un bien inmueble en una inmobiliaria, son actos dispositivos pero, por

encontrarse en el giro ordinario el mandatario general no requiere de autorización alguna; pero la destitución de un alto empleado, aunque es un acto administrativo por ser extraño al giro ordinario si requiere de autorización especial. Vemos entonces que es más real la concepción mercantil respecto de la civil.

6.6. SUSPENSION DEL MANDATO

La legislación mercantil señala algunos casos en los cuales el mandante está facultado para suspender la ejecución del mandato y otros casos en los cuales debe suspenderse.

La suspensión del mandato obliga siempre al mandatario a las medidas que contempla el artículo 1273, en lo que a la custodia de las cosas y en ventas de carácter urgente se refiere. El mandatario está obligado a suspender la obligación del mandato cuando se encuentra frente a un caso no previsto por el mandante, pero esta suspensión tendrá carácter suspensivo mientras se realiza la consulta al mandante, no obstante cuando el estado del negocio no permite la demora deberá actuar según su prudencia, observando siempre la conducta de los comerciantes diligentes.

El mandatario tiene facultad para suspender la ejecución del mandato en aquellos casos en los cuales el mandante no haya hecho previsión suficiente de fondos estando obligado a ello;

es una facultad alternativa para el mandatario es decir que puede renunciar al cargo.

Tiene obligación el mandatario de comunicar al mandante todas aquellas circunstancias que puedan determinar la revocación o modificación del mandato; circunstancia que supone necesariamente la suspensión en la ejecución del mandato mientras se realiza la comunicación.

6.7. TERMINACION DEL MANDATO

a.- Por la conclusión del negocio encomendado. Es propia del mandato especial.

b.- Por la expiración del término de duración del mandato, o por el advenimiento del evento futuro de la condición. Se presenta tanto en el mandato general como en el especial, cuando se pacta un plazo de duración del mandato general o un término dentro del cual se deberá cumplir el encargo, en el especial. También es factible que en lugar de plazo, se haya establecido una condición.

c.- Por revocatoria del mandante. El mandato puede ser revocable o irrevocable.

La revocación supone un acto jurídico unilateral del mandante, y puede ser total o parcial.

Será revocable el mandato cuando se presentan las siguientes circunstancias:

1o. Que el mandato no sea remunerado por expresa estipulación de las partes;

2o. Que no se haya pactado la irrevocabilidad;

3o. Que no se haya establecido también en interés del mandatario o de un tercero; o

4o. Cuando a pesar de todo lo anterior, se presenta una causa justa para la revocación.

En el mandato remunerado, que como ha se dijo lo es todo mandato por naturaleza, no se admite la revocación sino mediando una justa causa, pues en este tipo de mandato también tiene interés el mandatario.

6.8. LAS ESPECIES DEL MANDATO MERCANTIL

Como un último punto que destacamos en la regulación del mandato mercantil, tenemos la regulación de las especies del mandato. La vida moderna exige un rápido tráfico mercantil, que ha dado lugar al surgimiento de nuevas formas de gestión de intereses.

El código de comercio colombiano ha ubicado tres de esas formas de gestión, como especies del mandato. Estas son: la agencia mercantil, la comisión y la preposición.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

El análisis intenso que hemos hecho del contrato de mandato nos ha llevado a las deducciones que presentamos en este capítulo acompañándolas de las respectivas sugerencias que respetuosamente hacemos al Estado Colombiano .

1. En el capítulo segundo de este trabajo, hemos anotado la aparente contradicción que se presenta en la interpretación del artículo 1505 del Código Civil y la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de octubre 24 de 1975 (ítem 6) veríamos complacido una clarificación en la redacción de este artículo, y en consecuencia sugerimos :

Sustituyase del artículo 1505 el verbo rector "ejecuta" por hacer o llevar a cabo.

En efecto el verbo ejecutar es según el diccionario de la Real Academia Española "consumar cumplir", y en la acepción cuarta; desempeñar con arte y facilidad alguna cosa.

Estas acepciones en nada corresponden al criterio de la Ley,

que se refiere no a la representación de lo que se hace, sino a la orientación del que manda a ejecutar las cosas.

Ejecutar corresponde en este caso, al mandatario, porque es él quien pone por obra el criterio del mandante, y es por ello que la jurisprudencia de la Corte, enseña que corresponde al mandante el criterio u orientación de lo mandado.

En cambio. "llevar a cabo" es según la misma fuente lexicográfica, "fin, término de una cosa", de modo que ejecutar es planear, o dar orientación a una acción, en tanto que "llevar a cabo" es poner en práctica lo planeado.

Al mandante según el artículo 1505 del código civil y la Jurisprudencia citada corresponde la ejecución "ordenamiento mental del negocio, y al mandatario corresponde poner en práctica exactamente esa ejecución, se trata pues, de un error dialéctico.

2. El artículo 2144 del código civil dice expresamente que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios se sujetan a las reglas del mandato. Por no estar de acuerdo en que sólo esta calidad de profesiones y carreras consistentes en "largos estudios", nos permitimos pedir al Estado Colombiano :

"Suprímase de este artículo la preposición relativa "que supo

ne largos estudios ".

Es verdad que el artículo 2144 se proyecta a otras profesiones y carreras que no son de largos estudios, pero lo hace confusamente, de ahí, nace nuestro rechazo a esa proposición; en efecto el artículo dice : Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

La expresión " o a que está unida la facultad de representar", dá margen a considerar una extensión de esos largos estudios que por transferencia llegan a convertirse en la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, más no aludiendo siquiera a cuáles sean esas profesiones y carreras que tengan dicha facultad, es claro que la expresión es de suyo vaga, y confusa por lo vaga .

Es pues, esta vaguedad y esta confusión las que esperamos fijar y aclarar con la supresión de dicha proposición relativa. Y es que, nuestra aparente terquedad tiende a solucionar una problemática actual; ¿implican los servicios profesionales de cualquier índole un mandato, o son contratos laborales ? , ¿qué clase de contratos son?, porque según una sana hermenéutica jurídica, todo servicio implica un contrato; el problema consiste en qué contrato es. La clasificación es así de mucha resonancia social .

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho civil de los contratos. Santiago: Zamora y Caperan. 1976.
- ARTEGA, Jaime y ARTEGA, Jesús M. Derecho civil. Contratos. Bogotá: Temis. 1980.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Bogotá: Biblioteca Jurídica. 1987.
- BONIVENTO FERNANDEZ, José A. Los principales contratos civiles. 2ed. Bogotá: Librería del Profesional. 1986.
- CANTU, César. Historia universal. Madrid: Sopena. 1982.
- CODIGO CIVIL y Legislación complementaria. Publicación de Legis. Bogotá: 1986.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Civil. Sentencia de octubre 24 de 1975.
- _____. Sala Casación Civil. Casaciones: 4 de Septiembre 1958, LXXXIX, 2202, 29 de Mayo de 1959.
- _____. Sala Casación Civil. Sentencia 4 de febrero de 1981.
- DE RUGGIERO, R. Instituciones de derecho civil. Madrid: 1931.
- GACETA JUDICIAL. Número 1917.
- GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Bogotá: Palma. 1987.
- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho civil y comercial. Tomo VI. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. 1971.

MINERVINI, Gustayo. El mandato. Barcelona; José Ma. Bosch.
1959.

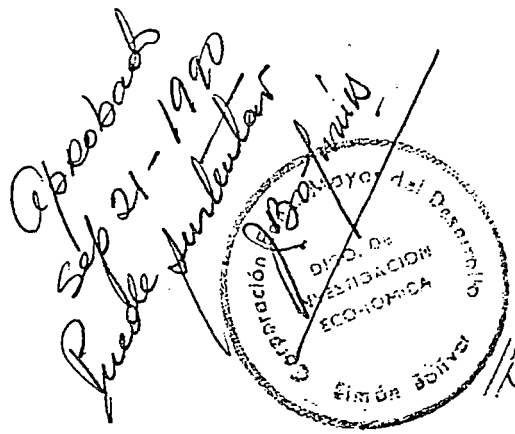
ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. Tomo II. Bogotá: Temis.
1983.

RENGIFO, Ramiro. El depósito, la prueba, el mandato. Bogotá:
Ranco. 1983.

RIPERT y BOULANGER. Tratado derecho civil. Vol. 2. Buenos
Aires: 1965.

SAVATIER. Curso de derecho civil. París: Walter. 1949.

VALENCIA ZEA, Arturo. De los contratos. Tomo IV. 6ed.
Bogotá: Temis. 1985.



*TEMA DE SUSTENTACION
OCTUBRE 16 DE 1990
11 APROBADO
11 APROBADO*

ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE MANDATO

LUZ MIRIAM MUÑOZ GOMEZ

ADA LUZ JIMENEZ PEÑA

Trabajo de Anteproyecto
presentado como requisito
parcial para optar al
Título de Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

B.S.

INTRODUCCION

El Código Civil¹ en su artículo 1495 define así el Contrato "Es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".¹

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, su causa más frecuente. La obligación es el género, y el contrato la especie. Cuando el contrato genera obligaciones recíprocas se llama bilateral, aun cuando este calificativo no cuadra a la obligación, lo que, como relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, presenta fisonomía unilateral.

Existen varios tipos de contratos bajo nuestro régimen jurídico y algunos son reglamentados tanto por el Código Civil como por el de comercio, como sucede con el contrato de compraventa, el mutuo, el depósito, la anticresis y el mandato. Y es el contrato de mandato en forma específica, el objetivo de esta investigación que aunque conserva los rasgos de

¹ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Bogotá: Temis. 1983 p. 628.

los contratos en general, tiene su fisonomía particular, llamado también Contrato de representación convencional, y que consiste en que el deudor se obliga realizar una gestión determinada, a nombre y por cuenta del mandante, pertenece éste, contrato a la denominación general de "Contratos de gestión y prestación de servicios."

1. FORMULACION DEL PROBLEMA

Valencia Zea² dice: "entre los servicios que una persona puede prestar a otra, existe un tipo especial que es la gestión de negocios ajenos y especialmente la emisión de declaraciones de voluntad, con efectos en patrimonios ajenos. Estos servicios constituyen el llamado Contrato de Mandato".

El Código Civil³ en su artículo 2142 lo define de la siguiente manera: "El mandato es 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".

En el derecho moderno el mandato, ya sea especial o general, implica siempre la facultad de representar, es decir,

² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo IV. De los contratos. Bogotá: Temis. 1985. p. 327.

³ ORTEGA TORRES, Jorge. Op. Cit. p. 948.

de actuar por cuenta ajena. Esta configuración es moderna, pues antiguamente se consideraba que el contrato de trabajo solo podía tener como objeto las labores en que prevalecía el trabajo material; y que las labores de los profesionales no constituían contratos de trabajo, sino de mandato, y por ello el derecho romano consideraba mandato la prestación de servicios de categoría superior, y en el mismo sentido legisló el derecho alemán. ✓

El código en su artículo 2142 logra dar una definición clara y certera de los caracteres del mandato. Por lo tanto para que haya mandato se requiere, en primer lugar, el otorgamiento de un poder a alguien para que celebre negocios jurídicos en nombre de otro, es decir, emita declaraciones de voluntad, en lo cual consiste el servicio particular que el mandatario presta al mandante; y en segundo lugar, que esas declaraciones de voluntad se emitan por cuenta ajena, es decir, que el riesgo - pérdidas, ventajas, etc - lo asuma el que dio el mandato y no el que emite la declaración de voluntad.

Todo mandato es representativo, pese a la disposición del artículo 2144, que supone derogado por las nuevas leyes del trabajo. ✓

La jurisprudencia del trabajo, ha decidido que en Colombia ha desaparecido la antigua diferenciación entre contrato de trabajo y prestación de servicios profesionales. Este tipo de con

trato adquirió las características" propias del contrato laboral, es decir, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y el salario como pago del servicio⁴.

De la interpretación del artículo 2144 se deduce que las carreras o profesiones de largos estudios no siguen las normas del contrato de mandato, ya que la conjunción disjuntiva o acepta que siguen esas normas aquellas carreras con facultad de representación. Luego en las carreras de largos estudios, al no seguirse las normas del contrato de mandato, deberían seguirse las del contrato laboral, más éstas en la práctica tampoco se cumplen; luego surge el problema: ¿Qué normas rigen el cumplimiento de los oficios profesionales?.

Entonces podemos deducir del texto del artículo 2144 que sólo son aplicables al Contrato de mandato las concertaciones de servicios entre un cliente y un profesional de largos estudios, o entre un cliente y un profesional, sin tener en cuenta la duración de sus estudios, siempre que el profesional represente a su cliente.

Nos preguntamos: si el profesional es de largos estudios pero no hay representación, qué normas rigen ese contrato?.

⁴ ORTEGA TORRES, Jorge. Código sustantivo del trabajo. Notas al artículo 12. Bogotá: Temis. p. 25.

*Artículo
bien
la
pregunta*

si el profesional es de cortos estudios, y no hay representación en sus servicios, qué normas rigen ese contrato?.

Este problema nace de la negación de representación en la prestación de servicios profesionales, no importa la duración de estudios de tal profesión, tanto más que la larga o corta duración no está sometida a parámetros de tiempo determinado.

2. OBJETIVOS

2.1. GENERAL

Establecer mediante análisis la incongruencia entre la doctrina y la jurisprudencia acerca del contrato de mandato y su principal elemento: la representación.

2.2. ESPECIFICOS

2.2.1. Precisar el alcance jurídico del artículo 2144 con respecto a la existencia de la representación en los servicios profesionales.

2.2.2. Demostrar que el origen del problema nace de la negación de representación en los servicios profesionales.

2.2.3. Analizar el criterio jurídico de la legislación colombiana cuando afirma que el contrato de mandato no es esencialmente representativo.

3. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA

Nuestra investigación está dirigida a un tema de suma importancia dentro de los parámetros de nuestra legislación; ello se debe a que las normas del contrato de mandato se encuentran deficientemente reglamentadas, ya que unas normas las estipula el Código Civil, otras el Código de Comercio; analizando pues este importante fenómeno tratare de llegar a deducciones igualmente importantes.

Amplia

4. DELIMITACION

4.1. ESPACIO

Nos limitaremos a estudiar el contrato de mandato y sus implicaciones en los distintos actos jurídicos en que interviene, sus elementos y características.

*espacio:
lugar*

4.2. CONTENIDO

Limitaremos nuestro estudio al análisis del Contrato de Mandato como fuente de las obligaciones, teniendo en cuenta todos sus elementos y factores determinantes.

4.3. TIEMPO

Nuestro estudio partirá desde el período comprendido entre 1984 última modificación del Código Civil hasta nuestros días.

✓

5. MARCO TEORICO

La institución jurídica del mandato versa sobre actos jurídicos como son la administración de bienes, cobranzas, contratos, representación en juicio y demás actos en que una persona por cuenta y riesgo de otra, representa a ésta obligándola. El objeto de este contrato es pues toda clase de negocios que versan sobre actos lícitos y pueden considerarse como ejecutados por el mandante, o sea la persona que representándose por otra se obliga.

El contrato de mandato impone la gestión de uno o varios negocios a nombre, cuenta y riesgo de otro, siempre y cuando estos negocios se realizan dentro de los límites legales. Como consecuencia de esto quien adquiere la obligación es el mandante; éste se afecta por la obligación constituida, convirtiéndose en el primer elemento de la relación contractual y el otro elemento es el tercero con quien el mandatario ha contratado. De aquí deducimos que el mandatario es siempre un mero intermediario, es el órgano de expresión de una voluntad que ejerce una intervención transitoria.

Con relación al aspecto de la representación la doctrina moderna con Ripert⁵ a la cabeza se inclinan en el sentido de tipificar el mandato refiriéndolo a la facultad que se da a otra persona para que celebre negocios jurídicos por cuenta y riesgo del mandante.

Y también el código Italiano de 1942 tipificó el contrato de mandato refiriéndolo a los servicios que una persona presta a otra mediante la emisión de declaraciones de voluntad representativa.

La doctrina italiana tradicional con De Ruggiero⁶, se orientaba en este sentido.

En realidad la representación es de dos clases: una directa que se manifiesta cuando el mandatario advierte al tercero, ante el cual va a negociar, que no obra por cuenta propia, es decir que no está realizando su propio negocio sino el del mandante, y en consecuencia el tercero debe entender que no está contratando directamente con el mandatario sino con el mandante. La otra representación es indirecta, aquí el mandatario no advierte que está realizando

⁵ RIPERT Y BOULANGER. Tratado de derecho civil. Trad. de García Paireaux. Buenos Aires: 1965. Tomo VIII p.340.

⁶ R. de RUGGIERO. Instituciones de derecho civil. Trad. de Serrano y Santa Cruz. Madrid: 1931. Vol 2. ps. 86 y s.s.

un negocio a nombre de otro, es decir que está actuando como mandatario, pero sí entiende que celebra un negocio ajeno.

Muchos autores son partidarios de un concepto limitado de representación, y la ubican solamente en la directa, es decir, cuando se origina una declaración de voluntad en nombre del mandante, es por ello que establecen para el contrato de mandato 2 clasificaciones: el representativo y el no representativo.

Esta corriente es eminentemente francesa, y de allí Savatier⁷ establece otra clase de representación, aquella que se conoce con el nombre de testafirro o nombre prestado. Y esta tendencia la acoge nuestro Código de comercio al afirmar que el mandato puede llevar o no llenar la representación del mandante.

En la legislación colombiana observamos una doble posición por parte de la jurisprudencia que afirma que el "contrato de mando no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandatario ostensible y el secreto; el testafirro"⁸ y por parte de la doctrina que sostiene la tesis de que el mandato es solo representativo.

⁷SAVATIER. Curso de derecho civil. París: Walter. 1949. p. 664 y s.s.

⁸Casación 17 de Junio 1937, XLV, 139, 16 de febrero 1938, XLVI, 48; 18 de agosto 1958, LXXXVIII, 634.

Bonivento Fernández⁹ dice que "la representación hay que descubrirlas entre las relaciones jurídicas de mandante y de mandatario y no respecto de terceros". Mientras que Gómez Estrada¹⁰ precisa que no es exacta la terminología que emplea la Corte al hablar de mandato representativo y mandato no representativo, puesto que en el mandato siempre existe una representación.

⁹ BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Bogotá: Temis. 1983. p. 240.

¹⁰ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Medellín: La Fé. 1983. p. 320.

6. HIPOTESIS

6.1. GENERAL

La relación de un profesional de cortos estudios que presta sus servicios a un individuo, pero que no tiene calidad de representación carece de normas que lo rijan como contrato.

6.2. PARTICULAR

6.2.1. La carencia de normas que rijan la relación de un profesional de cortos estudios sin facultad de representar obedecer a que el Código no lo incluye dentro de los términos de un contrato.

6.2.2. El contrato de mandato es esencialmente representativo; con dos clases de representación: una plena y otra menos plena.

7. METODOLOGIA

7.1. TIPO DE ESTUDIO

Debido a la naturaleza de nuestro objeto de estudio, utilizaremos el tipo descriptivo analítico consistente en realizar recuentos sistemáticos, a partir del análisis e interpretación de los hechos reales que se dan en el presente con el fin de determinar verdades o comportamientos sobre tales hechos. Por tal motivo el análisis nos llevará a sintetizar en forma general, para lograr a través de las particularidades el planteamiento de las contradicciones existentes en el problema planteado.

analítico

7.2. TECNICAS

Estas nos permitirán relacionar el objeto de estudio y apropiarnos de él en términos de cuantificación para clasificarlos y después entrar al análisis.

Para realizar la recolección de los aspectos informativos sobre el tema a investigar, los haremos a través de fuentes primarias, información directa.

8. PLAN DE TRABAJO

INTRODUCCION

1. EVOLUCION DEL CONTRATO DE MANDATO A TRAVES DE LA HISTORIA
2. EL CONTRATO DE MANDATO
 - 2.1. CONCEPTO
 - 2.2. CARACTERES DEL CONTRATO DE MANDATO
 - 2.3. EL MANDATO PROFESIONAL
 - 2.4. EL MANDATO, ELEMENTOS Y OTROS CONTRATOS
 - 2.4.1. Mandato y contrato de trabajo
 - 2.4.2. Mandato y contrato de obra
 - 2.4.3. Contrato complejo
 - 2.4.4. Contrato de apoderamiento y contrato de ejecución
3. BILATERALIDAD O UNILATERALIDAD DEL MANDATO
 - 3.1. DEL CONSENTIMIENTO
 - 3.2. DE LA CAPACIDAD
 - 3.3. OBJETO DEL CONTRATO DE MANDATO
4. EFECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO
 - 4.1. EL MANDATARIO DEBE EJECUTAR EL ENCARGO
 - 4.2. DE LA DELEGACION
 - 4.3. DEL AUTOCONTRATO

4.4. DE LA DOBLE CONTRATACION

5. EXTINCION DEL MANDATO

5.1. CAUSALES DE EXTINCION

5.2. RELACIONES ENTRE MANDATO Y MANDATARIO

6. MANDATOS ESPECIALES

7. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

- BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Bogotá: Temis. 1983.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación 17 de junio 1937, XLV, 139, 16 de febrero 1938. XLVI, 48; 18 de agosto 1958, LXXXVIII, 634.
- GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Medellín: La fé. 1983.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. Bogotá: Temis. 1983
- . Código sustantivo del trabajo. Notas al artículo 12. Bogotá: Temis.
- RIPERT y BOULANGER. Tratado de derecho civil. Trad. de García Daireaúx. Buenos Aires: 1965.
- R. DE RUGGIERO. Instituciones de derecho civil. Trad. de Serrano y Santa Cruz. Madrid: 1931. Vol 2.
- SAVATIER. Curso de derecho civil. París: Walter. 1949.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo 4. De los contratos. Bogotá: Temis. 1985.