

LA GESTION DE INTERESES AJENOS

Por: Enrique Gaviria Gutiérrez
Abogado U. de A.

Son muy diversos los actos jurídicos mediante los cuales una persona puede gestionar intereses ajenos, esto es, realizar actividades, no para su propio beneficio, sino para el de los demás.

La complejidad de la vida moderna se caracteriza no sólo por un intercambio muy intenso de bienes sino también por la recíproca prestación de servicios entre personas naturales y jurídicas, con igual o mayor intensidad.

Y la aceleración al máximo de ese intercambio da lugar a que la realidad de los negocios vaya creando y perfeccionando formas especiales de colaboración o de administración de intereses ajenos que antes no existían o estaban subsimidas en contratos de objeto más amplio.

Es así como el contrato de trabajo, por ejemplo, va adquiriendo configuración propia, desprendiéndose de las arcaicas figuras del arrendamiento de servicios o del contrato de obra, hasta llegar hoy a su completa y extensa individualización y protección en la moderna legislación laboral.

Y el suministro de bienes o servicios alcanza también su propia entidad autónoma, distinguiéndose así de los contratos correspondientes a cada prestación aislada, como la compraventa o el transporte.

Del propio modo, la doctrina y la legislación modernas conciben la representación de origen voluntario como un acto unilateral, que recibe el nombre de procura o apoderamiento, técnicamente separable del mandato, contribuyendo así a comprender mejor la naturaleza y los efectos del encargo que éste conlleva.

Además, la creciente necesidad de buscar y dominar mercados cada vez más amplios, para los productos o servicios de las empresas, dio nacimiento a un contrato especial, llamado agencia comercial, que el derecho positivo ha tenido necesidad de tomar en cuenta, no sólo para darle una estructura propia y disciplinar sus efectos, sino especialmente para proteger la actividad del agente frente a los eventuales abusos del empresario.

Y así podríamos continuar describiendo este proceso paulatino de perfeccionamiento y diversificación de las formas comerciales de gestión de negocios ajenos, aludiendo, por ejemplo, al contrato de consignación o estimatorio, como alternativa legal adicional para la distribución de bienes, o a la comisión de bolsa, objeto de normas especiales, más severas que las atinentes a la comisión en general, o a la representación y administración de los negocios de las sociedades, concebida hoy como actividad orgánica y no como una relación contractual surgida del mandato.

PRIMERA PARTE

LAS DIVERSAS MODALIDADES DE LA GESTION SUBORDINADA

Existe un primer grupo de actos de gestión de intereses ajenos, caracterizado por las circunstancias de subordinación y dependencia en que se desarrolla la actividad pactada; a ellos dedicaremos nuestra atención en los párrafos que siguen:

I

Preposición y Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo, de estructura clara y simple, domina, como es obvio, el conjunto de los negocios de gestión distinguidos por la relación de dependencia del prestador del servicio al patrono, pero no por ello son siempre fáciles de explicar diversas situaciones, que con frecuencia se presentan, en las que el convenio laboral es insuficiente para justificar y regular la totalidad de las relaciones jurídicas surgidas entre las partes.

Es así como, por ejemplo, si los servicios contratados consisten en la administración de un establecimiento de comercio, será necesario entender que se han celebrado simultáneamente dos contratos, a saber: el de preposición y el de trabajo, además del acto unilateral de procura o apoderamiento.

Hay allí un contrato de preposición, porque éste consiste, precisamente, en un encargo o mandato general para dirigir la gestión de los negocios de un establecimiento mercantil, por cuenta del titular, con facultades para realizar, en principio, todos los actos jurídicos comprendidos en el giro ordinario de la empresa.

Pero con esta modalidad del mandato coexiste el acto de procura o apoderamiento, puesto que el gestor dispone del poder de representar a su mandante y obligarlo en todos los actos que lleve a cabo dentro del ámbito de sus atribuciones.

Sin embargo, la procura y el mandato no alcanzan a disciplinar la totalidad de los vínculos que unen al factor con el empresario, puesto que, por ser dueño el segundo y simple servidor el primero, sería imposible negar la existencia simultánea de una relación jurídica de subordinación y, por ende, de un contrato de trabajo.

Así que el factor es, al mismo tiempo, mandatario general, representante y empleado, lo cual obliga a tomar en cuenta tanto la legislación comercial como la laboral, cada una en el área que le es propia, pero con la advertencia de que, en los casos de conflicto entre una y otra, gozarán de aplicación preferente las normas del trabajo, por ser de orden público.

II

Contrato de Preposición y Administración de Sociedades

Hay, con todo, un problema adicional, que surge al contraponer la situación contractual de la preposición con la situación orgánica de la administración de las sociedades comerciales; acabamos de ver cómo la administración de un establecimiento de comercio está concebida en la ley como una figura contractual múltiple; en cambio, según las tendencias modernas de la doctrina comercial, el gestor de los negocios de una compañía no es un contratista de ella sino uno de sus órganos, de modo que cuando actúa, es la sociedad misma la que declara su voluntad, por conducto de su órgano administrativo; por tanto, el individuo que tenga esta investidura no es, desde el punto de vista jurídico, una persona paralela o contrapuesta a la sociedad sino parte integrada a la sociedad misma.

Cabe preguntar entonces: Cuando el administrador general de un establecimiento mercantil desempeña este cargo por ser, precisamente, el Gerente, Presidente o Director de la compañía comercial titular de dicho establecimiento ¿Cuáles han de ser las normas aplicables? ¿Las contractuales de la preposición o las orgánicas atinentes a la administración social?

Parece evidente la imposibilidad de explicar la administración social como un contrato de mandato, porque aparte de las características propias de toda situación orgánica, podrían citarse las siguientes

razones: el mandante determina con entera libertad las atribuciones que decide otorgar al mandatario, para que, ejerciéndolas, obre por su cuenta; en cambio, la Asamblea General o Junta de Socios, o la Junta Directiva de una sociedad, carecen de la posibilidad de fijar según su criterio las facultades del Gerente o Presidente designado por ellas, puesto que éstas están predeterminadas en la ley y los estatutos sociales; por otra parte, como el nombramiento no debe ser unánime, sería absurdo calificar de mandantes a quienes no lo consintieron, esto es, a los disidentes y ausentes; además, el mandante tiene siempre la posibilidad de no celebrar el contrato y ejecutar él mismo los actos cuya realización proyectaba confiar, en un principio, al mandatario; por el contrario, una Asamblea General o Junta de Socios, o una Junta Directiva, no pueden nunca abstenerse de nombrar el Gerente o Presidente y, en su lugar, asumir ellas mismas las funciones administrativas y de representación correspondientes a este funcionario.

En síntesis: cuando no hay libertad ni para determinar las atribuciones del funcionario social ni para realizar directamente lo que a éste corresponde por orden legal y estatutaria, y cuando, por otra parte, el nombramiento debe ser respetado aun por disidentes y ausentes, resulta erróneo pretender explicar con el contrato de mandato la naturaleza jurídica del vínculo que une al administrador con la sociedad.

Porque si la voluntad de quien nombra puede ser simplemente mayoritaria y si, por otra parte, no hay libertad ni para no nombrar ni para fijar las atribuciones del designado, la situación jurídica de un Gerente o Presidente no puede ser contractual sino legal y por tanto es correcto llamarlo, como se llama, representante legal de las sociedades.

Y esta situación legal, que desplaza la situación contractual, puede ser adicionalmente explicada, con facilidad y con lógica, afirmando que las sociedades no manifiestan su voluntad a través de mandatarios sino mediante órganos que son parte de sí mismas.

Además, lo que se ha dicho para justificar la exclusión del contrato de mandato debe ser extendido al acto de procura o apoderamiento, porque el poder de representación de los administradores sociales tampoco tiene como fundamento una situación de origen voluntario sino legal.

Las explicaciones precedentes permiten conciliar la figura contractual de la preposición (especie particular del mandato) con la figura legal y orgánica de la administración social, de la siguiente manera:

Quien administre un establecimiento mercantil, en su condición de Gerente o Presidente de la sociedad dueña del mismo, no es un factor, porque sus obligaciones y derechos no derivan del contrato de preposición, que en este caso no existe, sino de la ley y los estatutos sociales, que son el fundamento de una situación orgánica acontractual.

En cambio, cuando el administrador no es Gerente o Presidente de ninguna compañía, por no pertenecer al establecimiento que dirige a una persona jurídica social sino a una persona natural, tendremos obviamente un contrato de preposición, celebrado entre aquél y ésta, es decir, entre el factor y el empresario individual.

A igual conclusión debe llegarse cuando se trate de una sucursal de una sociedad comercial, porque el director de aquellos no es Gerente o Presidente de la compañía ni, por ende, órgano de la misma, sino simple delegado subalterno, al mando de un establecimiento mercantil accesorio o complementario del que corresponde a la sede principal.

III

Contrato de Trabajo y Administración de Sociedades

Pero así como el factor es, además de mandatario comercial, servidor subordinado, de igual manera el administrador social, Gerente o presidente, además del vínculo legal comercial que lo ata a la sociedad, está ligado a ella por una relación contractual de carácter laboral, puesto que, en la prestación de sus servicios personales, obra siempre con subordinación al órgano social de jerarquía superior, que puede ser la Junta Directiva o, en último término, la Junta de Socios o Asamblea General.

Con todo, puede parecer contradictorio que se niegue, en el caso de los administradores sociales, el carácter contractual de su relación mercantil con la compañía, y se admita simultáneamente la existencia de un vínculo de esa naturaleza contractual, cuando se trata de la relación **laboral**; se incurriría así en una aparente falta de lógica, porque se impugna la existencia de un contrato de preposición y se defiende al mismo tiempo la presencia de un contrato de trabajo.

Sin embargo, la objeción carece de fundamento, porque el derecho laboral, inspirado en evidentes razones de orden público, no admite ni disquisiciones técnicas ni refinamientos jurídicos, limitándose, sin distraerse en elaboraciones teóricas, a imponer la existencia de un contrato de trabajo allí donde exista una prestación de servicios, personal, subordinada y retribuida.

Dicho de otro modo: probablemente las razones expuestas en los párrafos precedentes, a favor de la naturaleza acontractual de la situación jurídica de los administradores sociales, permitan descartar

la existencia, no sólo del contrato de preposición sino del trabajo; sin embargo, éste último subsiste, a pesar del fundamento legal de aquellas, porque motivaciones extrajurídicas de orden político y social, inspiradas en la protección de los asalariados, imponen a la fuerza, por así decirlo, el contrato de trabajo, aunque técnicamente éste no deba existir.

IV

Contrato de Trabajo y Socio Industrial

Se han examinado en los puntos anteriores todas aquellas situaciones en las que la gestión de intereses ajenos se lleva a cabo bajo la continuada dependencia de quien pactó el servicio; se trata, como acabamos de verlo, de los contratos de trabajo y preposición, así como de la situación legal orgánica de los administradores sociales; en tales casos el factor es empleado y además mandatario general, con derecho de representación; y, por otra parte, los directores, gerentes o presidentes de las sociedades, además de órganos de representación y administración, tienen el carácter de empleados subordinados al órgano social inmediatamente superior.

Con todo, no han sido agotadas aún todas las consideraciones que la dilucidación del problema exige, porque sería necesario examinar, adicionalmente, el caso de coincidencia en una sola persona de los caracteres de administrador social y socio industrial.

Esta coincidencia puede presentarse cuando la ley así la dispone, como sucede en las compañías comanditarias, cuyos socios colectivos o gestores tienen la facultad legal de administrar la sociedad, con exclusión de los comanditarios o capitalistas; pero es posible que ella tenga también origen convencional, lo cual ocurre si los asociados resuelven confiar la administración social a determinada persona, quien tendría el carácter de socio industrial y cuya aportación consistiría, precisamente, en la obligación de dirigir la gestión de los negocios sociales.

Esta nueva situación agrega cierta complejidad al problema y suscita varios interrogantes, como los siguientes:

El socio industrial, ya sea de origen legal o convencional ¿Será al mismo tiempo órgano de administración y representación legal de la sociedad?

Además, ¿Será jurídicamente factible que una sola persona pueda ser simultáneamente, socio industrial y trabajador subordinado?

Se trata de saber, por tanto, respecto del socio industrial, si con el contrato de sociedad puede coexistir tanto el contrato de trabajo como la situación acontractual y orgánica de administración y representación social.

En primer término, no parece existir objeción alguna que impida considerar al socio industrial administrador como órgano social de gestión y representación legal de la sociedad.

Dicho de otro modo: el órgano de administración y representación legal de las compañías comerciales puede revestir dos modalidades, a saber: podría ser, primeramente, un simple funcionario designado por un acto colectivo mayoritario de la Asamblea General o Junta de Socios o de la Junta Directiva; pero, en segundo lugar, dicho órgano podría estar integrado por una persona con una condición legal mucho más sólida y estable que la derivada de un nombramiento temporal y esencialmente revocable; esta segunda alternativa se refiere al socio industrial administrador, cuyas atribuciones y derechos están garantizados y protegidos por el propio contrato social, de modo que los asociados capitalistas no pueden, ni siquiera por unanimidad, destituirlo o afectar de alguna manera las facultades que los estatutos le han concedido.

En el primer caso, que es el más frecuente, el administrador sólo tiene como respaldo el acto colectivo de su elección para un determinado período, el cual no alcanza a tener categoría de estipulación estatutaria y es siempre susceptible de revocación; en el segundo, en cambio, dicho administrador no tiene limitadas en el tiempo sus atribuciones, no puede ser removido y encuentra en el estatuto social el fundamento de sus inviolables poderes de gestión.

Bastante más difícil resulta aclarar si el socio industrial administrador debe ser considerado, simultáneamente, como servidor subordinado, ligado a la sociedad por un vínculo no sólo comercial sino laboral.

Sabemos ya que los individuos que integran el órgano social de administración y representación, además de funcionarios nombrados por un acto colectivo mayoritario del órgano jerárquicamente superior, son también empleados vinculados a la compañía por un contrato de trabajo, porque, aunque teóricamente quizás pudiera pensarse lo contrario, las motivaciones extrajurídicas del derecho laboral imponen esta solución.

Pero esto que se dice del administrador funcionario ¿podrá predicarse del administrador socio?

Probablemente no, porque mientras el administrador funcionario actúa bajo la continuada subordinación del órgano social superior (Junta de Socios, Asamblea General o Junta Directiva), el administrador socio es, por esencia, autónomo en el cumplimiento de su gestión.

En este orden de ideas puede decirse que los contratos de trabajo y de sociedad se distinguen por dos características contrarias o excluyentes, porque mientras pertenece a la esencia del primero la subor-

dinación o dependencia en la prestación del servicio, es condición ineludible en el segundo, la autonomía en el cumplimiento de la obligación de hacer a cargo del socio industrial.

De esta suerte, el contrato de trabajo tiene una estructura jerarquizada, porque el patrono conserva siempre la facultad de imponer al empleado las modalidades específicas a que debe sujetarse en la prestación de sus servicios; por el contrario, el contrato de sociedad se distingue por la característica esencial de asegurar a todos los socios, aun cuando unos sean capitalistas y otros industriales, un tratamiento igualitario, de modo que han de estar siempre al mismo nivel jurídico, esto es, en una completa situación de igualdad legal.

Esto significa que el socio o socios capitalistas carecen de facultades para imponer al socio industrial un reglamento de trabajo o fijarle un horario o exigir que labore en un determinado lugar o se someta a las instrucciones específicas de determinado socio o funcionario; a nada de eso está obligado el aportante de industria; ciertamente, él tiene el compromiso de dar cumplimiento a las obligaciones de hacer pactadas en el contrato social, pero tal circunstancia no basta para calificarlo como trabajador subordinado, porque, si así fuera, habría que llegar a la absurda conclusión de que todo contratante es asalariado, ya que de todo contrato surgen obligaciones a cargo, por lo menos, de una de las partes, de modo que por este erróneo camino arribaríamos a la inconcebible situación de suponer absorbidos por el contrato de trabajo todos los contratos civiles y mercantiles.

No; estar obligados a cumplir una prestación pactada no es equivalente a estar subordinados al contratante beneficiario de tal prestación, puesto que en el proceso de cumplimiento de los compromisos asumidos, las personas pueden obrar, bien de manera autónoma, o bien en forma dependiente; en el primer caso podrán actuar a su leal saber y entender, con sus propios medios, en su lugar de trabajo, con el concurso de sus asociados, colaboradores y dependientes, sin intromisiones ajenas y sin más límites que los consentidos en el contrato; en el segundo, por el contrario, tendrán que desempeñar personalmente la labor encomendada, deberán aceptar horarios predeterminados, quedarán sujetos a reglamentos y órdenes y se expondrán, incluso, a sanciones disciplinarias en caso de desobediencia.

En consecuencia, como nadie puede ser sumiso y autónomo al mismo tiempo, resulta imposible aceptar la coexistencia de los contratos de trabajo y sociedad, respecto de una misma persona.

Pero hay, además, otra circunstancia que contribuye a acentuar la contraposición o recíproca exclusión de estos dos contratos; en efecto: pertenece a la esencia del contrato de trabajo la existencia de una retribución del servicio, sin que en ningún momento sea razón válida para no pagarla, el resultado económico desfavorable de los

negocios del patrono, ya que el trabajador, por una razón de orden público, debe quedar a salvo de los riesgos inherentes a la empresa a cuyos intereses sirve. Es cierto, desde luego, que la remuneración del empleado puede ser pactada en forma de participación en las utilidades de la empresa, pero aún así, si ésta sufre pérdidas, aquél tendrá derecho, por lo menos, al salario mínimo y a las correspondientes prestaciones legales. En cambio, la sociedad es, por esencia, un contrato de riesgo, porque la contraprestación a los aportes de capital o industria sólo podrá ser pagada si la compañía percibe utilidades; en caso contrario nadie podrá exigir retribución alguna, ni siquiera el socio industrial.

SEGUNDA PARTE

LAS DIVERSAS MODALIDADES DE LA GESTION AUTONOMA

Corresponde ahora hacer el análisis de las distintas figuras que el derecho positivo ofrece para la gestión autónoma de intereses ajenos.

Se trata, entonces, de examinar aquellos contratos de prestación de servicios en los que la parte obligada a cumplirlos no procede ya bajo la permanente autoridad de su contraparte sino de manera autónoma, a su leal saber y entender.

I

El Mandato

Al iniciar este análisis es natural pensar en el mandato como el principal de los contratos de este grupo, por su importancia en la realidad actual de los negocios y por los múltiples y diversos servicios que puede prestar a los comerciantes en esta época de internacionalización de los intercambios económicos.

Es bien sabido que el mandato es un contrato por el cual una persona, el mandatario, se obliga a cumplir por cuenta de otra, el mandante, uno o más negocios jurídicos, es decir, una o más declaraciones de voluntad destinadas a producir determinados efectos legales.

No pertenece a la esencia del mandato la existencia de facultades representativas en cabeza del mandatario, puesto que el poder de representar al mandante surge, como ya se ha visto, de un acto diferente y autónomo, conocido con los nombres de procura o apoderamiento.

Por ello es por lo que la doctrina moderna insiste en distinguir con toda claridad entre el mandato con representación y el mandato sin ella; en el primero coexisten el contrato de mandato, por el cual

se confiere al mandatario el encargo de celebrar por cuenta del mandante cierto acto jurídico, y el acto unilateral de apoderamiento, mediante el cual se dispone que el mandatario obrará a nombre del mandante y no sólo por su cuenta; en cambio, en el mandato sin representación sólo este contrato existe, de modo que el mandatario obrará frente a los terceros en su propio nombre, aunque siempre por cuenta del mandante, lo cual significa que debe trasladarle a este, de inmediato, los efectos económicos del negocio realizado.

Esta doble situación suele ser expresada en el lenguaje corriente del derecho afirmando que el mandatario con representación obra por **cuenta y en nombre** del mandante; en cambio, el mandatario sin representación obra sólo **por cuenta** de aquél.

La distinción es muy útil porque permite comprender, de mejor manera, que el contrato de mandato lo único esencial es obrar por cuenta ajena, esto es, cumplir el encargo conferido, resultando por tanto indiferente y ajeno a la estructura interna de este contrato, el hecho de que el mandatario actúe con o sin la representación del mandante, ya que este último fenómeno corresponde a un acto diferente, el de procura o apoderamiento.

Tan cierto y claro es este deslinde, que nada impide concebir tanto una representación sin mandato (representantes legales, gestores unilaterales) como un mandato sin representación (comisión).

Por ello es lo que algún autor resumía la consideración de este problema aseverando que, mientras del mandato surge la **obligación** de realizar un encargo, de la procura deriva el **derecho** de representar al apoderante.

Es necesario, en consecuencia, tener siempre presente esta distinción:

1. En el mandato con representación, los efectos jurídicos del acto realizado por el mandatario se radican, de manera inmediata, directa y automática, en el mandante, como si fuera este quien hubiera celebrado personalmente el negocio; y esto sucede, no por virtud del solo mandato, sino porque con este se ha realizado simultáneamente el acto adicional de procura.
2. Por el contrario, en el mandato sin representación los efectos jurídicos del acto realizado por el mandatario inciden sólo en su persona, ya que él ha obrado en su propio nombre, frente al tercero o terceros; de esta suerte, solamente él se obliga, como si no existiera subyacente el mandato, de forma tal que ningún vínculo jurídico relaciona al mandante con él o los otros contratistas; surge así el deber a cargo del mandatario de trasladar al mandante los resultados económicos del acto realizado, sin que este último, por su parte, pueda oponerse a tal transferencia, aún cuando le sea perjudicial.

Por otra parte, el contrato de mandato puede ser general o especial, según que el encargo sea conferido para uno o varios negocios específicamente determinados, o para todos los actos que interesen al mandante; en este último caso el mandato recibe el nombre de preposición, si el encargo general consiste en administrar un establecimiento mercantil.

En el mandato especial el mandatario dispone, según la ley mercantil, de las facultades necesarias para realizar no sólo el negocio objeto del encargo, sino los demás actos indispensables para la cumplida ejecución de aquél.

En el mandato general puede el mandante, según las mismas normas mercantiles, celebrar todos los actos de administración y disposición comprendidos en el giro ordinario de los negocios del mandante, abandonándose así, por incorrecta y equívoca, la vieja distinción civil entre actos de administración (que no requerían autorización especial) y actos de disposición (que sí la exigían).

Tal distinción es errónea porque lo que en realidad es importante y merece, por ende, autorización expresa del mandante, no es lo dispositivo sino lo ajeno al giro ordinario de sus negocios; en efecto: las ventas de mostrador, por ejemplo, son actos de disposición, pero su importancia es tan insignificante que ellas suelen ser confiadas a simples dependientes; por el contrario, la destitución de un alto empleado o el arrendamiento a largo plazo del inmueble donde ha estado funcionando la sede principal de la empresa, no son actos dispositivos y sin embargo sería difícil negar que, para realizarlos, debe consultarse previamente la opinión del mandante, por tratarse de decisiones no incluidas en el giro ordinario de sus actividades.

Desde otro punto de vista, el mandato puede ser imperativo, indicativo y discrecional; en el primero, las instrucciones del mandante son tan precisas, abundantes y minuciosas, que al mandatario no le queda más actividad que la de encontrar el tercero, acordar con él el negocio y celebrarlo con la más estricta sujeción a las órdenes imperativas del mandante; en el segundo, por el contrario, este se limita a dar instrucciones de orden general y, cuando más, a expresar su pensamiento acerca de los aspectos más sobresalientes del negocio, dejando así al mandatario cierta libertad de acción; y, finalmente, en el tercer caso existe una autorización en blanco, es decir la concesión al mandatario de la facultad para obrar como mejor le pareciere.

Queda si reseñado, en sus líneas generales, el contrato de mandato, al que hemos considerado como la figura típica de la gestión autónoma de negocios ajenos, importante no sólo por su versatilidad y amplitud sino por el hecho de constituir una especie de "convenio madre" del cual derivan su existencia varios otros contratos que, o son es-

pecies particulares del mandato, o guardan con él muchas analogías, como sucede, por ejemplo, con la comisión, la preposición, el corretaje, la agencia comercial, la consignación, etc.

Es cierto que en la mayoría de las situaciones reales el mandatario cumple su cargo sin subordinación laboral a su mandante; sin embargo, conviene anotar, para dar fin a este punto, que en ocasiones coexiste con el mandato el contrato de trabajo, lo cual explica que el mandatario, por ser al mismo tiempo empleado, pierda su normal autonomía y se encuentre obligado a obrar bajo la continuada dependencia de su co-contratante, quien es a su respecto no sólo mandante sino patrono; pero tal elemento adicional de subordinación no desfigura el mandato, porque no deriva de este sino del contrato laboral que se le superpone.

II

La Comisión

Una de las especies particulares del mandato mercantil, de mayor importancia y utilidad, es la comisión.

Se trata de un contrato por el cual una persona (el comitente) confía a otra (un comisionista profesional) el encargo de celebrar uno o varios actos jurídicos específicos, por cuenta del primero pero a nombre del segundo, mediante la estipulación de una cierta retribución a favor de este último.

De acuerdo con esta definición, la comisión presenta las siguientes características:

1. Es siempre un mandato especial, otorgado para la realización de uno o varios negocios determinados, lo cual significa, al mismo tiempo, que entre comitente y comisionista no se forman vínculos permanentes o duraderos, pues el primero sólo busca contacto con el segundo en forma ocasional o esporádica, cuando surge la necesidad de sus servicios para realizar una cierta operación mercantil.
2. Es, además, un mandato sin representación, porque el comisionista ha de actuar siempre en su propio nombre, obligándose así él mismo frente al tercero y no su mandante.

La razón de ser de esta exigencia legal hay que buscarla en la mejor protección de los derechos de terceros, porque para estos es más conveniente que el obligado en su beneficio no sea un comitente, cuyas condiciones personales ignoran, sino un comisionista profesional que, precisamente por serlo, suele ser conocido en la plaza por su honestidad y competencia, además de estar vigilado en su actividad por dependencias gubernamentales o por entidades gremiales.

3. La comisión es, por esencia, remunerada; si no lo fuera, es decir, si en la práctica se celebrara un convenio con todas las características de la comisión, excepto la atinente a su retribución, estaríamos frente a un contrato gratuito e innominado.
4. Por otra parte, debe advertirse que, normalmente, la obligación contraída por el comisionista es de medio, no de resultado, lo cual equivale a decir que este asume el deber de desplegar toda la actividad necesaria para la realización del negocio encomendado, pero sin adquirir ante el comitente el compromiso ineludible de celebrarlo, ya que la culminación del convenio que se le ha confiado no depende exclusivamente de su voluntad, puesto que requiere la aquiescencia adicional del otro contratante.
5. Con todo, el derecho a la retribución de sus servicios no lo adquiere el comisionista sino cuando el negocio ha sido concertado, de modo que, aunque parezca paradójico, puede decirse que el comisionista, si bien no se obliga a obtener un resultado, no puede exigir la retribución de sus servicios sino cuando este se produzca; en consecuencia, el fracaso en sus gestiones constituye un riesgo económico inherente a su actividad profesional, que no puede desplazar a su comitente, salvo estipulación contraria.

III

El Mandato Frente a Otros Contratos de Prestación de Servicios.

Entre los múltiples contratos de prestación de servicios, el mandato se destaca por ser el único cuyo objeto debe consistir, exclusivamente, en la realización por el mandatario de actos jurídicos, esto es, en la manifestación por éste de una voluntad encaminada a producir ciertos efectos jurídicos que, directa o indirectamente, han de radicarse enseguida en cabeza del mandante.

Quedan así netamente diferenciadas del mandato las diversas modalidades contractuales en las que el encargo confiado al servidor consiste en una actividad material o intelectual pero nunca jurídica.

De esta suerte, la prestación de servicios profesionales, la construcción de obras, las labores educativas, el desempeño de oficios empresariales o artesanales, aparecen estructurados en el derecho positivo como contratos distintos del mandato, tales como el de trabajo, el de prestación autónoma de servicios, el de obra, el de depósito, el de transporte, el de corretaje, etc., ya que en todos ellos el servicio personal objeto del encargo no consiste en negocios jurídicos sino en uno o varios actos materiales o intelectuales, que benefician al contratante que los ordenó, aunque sin comprometerlo en términos legales, como sí sucede en el mandato.

Dicho en otra forma: mientras el mandato produce para el mandante un resultado jurídico directo o indirecto según sea con o sin representación, los demás contratos de prestación de servicios sólo conllevan para quien los encargó un resultado económico derivado de la obra o de los servicios contratados.

IV

El Corretaje

Uno de tales contratos es el de corretaje, en virtud del cual el corredor acuerda con su cliente, a cambio de una cierta remuneración, realizar las actividades necesarias para ponerlo en contacto con otra persona dispuesta a aceptar el contrato que dicho cliente ha ofrecido concertar.

Pertencen, por tanto, a la esencia de este contrato las siguientes características:

1. El corredor ha de ser, estrictamente, un mediador, esto es, una persona libre de todo vínculo de representación, colaboración o subordinación con los contratantes; si así no fuera, caeríamos más allá de los límites del corretaje y tendríamos que hablar de un contrato de intermediación diferente.
2. La misión del corredor no es legal, en sentido estricto, ya que no está obligado a realizar ningún acto jurídico sino, simplemente, un conjunto de actos materiales e intelectuales, con carácter preparatorio y promocional, cuya finalidad es la de lograr el acercamiento de dos partes, para que ellas mismas celebren el contrato que por igual les interesa.

No significa lo anterior, naturalmente, que todo contrato de corretaje o mediación suponga el acuerdo del corredor con los dos eventuales contratantes, porque, aun cuando esto resulta posible, no es ni necesario ni frecuente, ya que la iniciativa de buscar y obtener los servicios de un corredor puede y suele ser unilateral, es decir, acordada solo entre este y uno de los futuros contratantes.

3. El corretaje es remunerado por esencia, pero, al igual que en la comisión, el derecho a la retribución no lo adquiere el mediador sino una vez concertado el contrato a cuya celebración contribuyó.

Es posible entonces destacar, como en el caso de la comisión, el contraste entre la obligación del corredor, que es de medio, no de resultado, y su derecho a la retribución, que sólo se adquiere una vez obtenido aquel.

4. Es preciso, por otra parte, desvirtuar la tesis de algunos doctrinantes, según la cual el corredor no asume obligación alguna frente a su cliente, pues siempre se reserva la facultad de cumplir las diligencias necesarias, es decir, de promover o no la celebración del contrato correspondiente, sin que nada pueda reprochársele si se abstiene, ya que no percibirá retribución alguna mientras no haya logrado la concertación del negocio.

Tal tesis es inadmisibles porque, una vez encomendado el negocio al corredor, su cliente tiene el derecho a esperar de éste la más diligente actividad; no sería entonces ni justo ni legal que el mediador defraudara esta esperanza y faltara a su palabra, adoptando el criterio de que, a pesar del convenio, tanto da cumplirlo como no cumplirlo, puesto que, después de todo, nada podrá cobrar mientras no alcance un resultado positivo.

Es preciso conocer, sin embargo, que este criterio riguroso no se aplica en la práctica, al menos totalmente, no obstante su plena justificación teórica, pues la gente suele entender que la obligación del corredor no es tan estricta y terminante.

Pero, a pesar de esta deformación práctica, consideramos que debe prevalecer la lógica de las razones jurídicas y que, por ende, el contrato de corretaje es bilateral, ya que el corredor se obliga a esforzarse por lograr la celebración del contrato que a su cliente interesa y éste se compromete, a su vez, a pagarle la comisión si aquél obtiene el resultado apetecido.

No estamos de acuerdo, por consiguiente, con quienes ven en el corretaje un contrato simplemente unilateral en el que sólo el cliente se obliga, y no de manera pura y simple, sino condicional, puesto que su compromiso de retribuir al mediador queda sujeto a la condición suspensiva consistente en el hecho de la celebración del negocio.

Y menos razón tendrían, en este orden de ideas, quienes consideran el corretaje como una actividad o gestión puramente unilateral, no contractual.

Una y otra tesis desconocen el hecho de que el corredor asume frente a su cliente una obligación real de mediación, sin que sea suficiente para desvirtuar su existencia el hecho de que en la práctica no acostumbren los comitentes demandar por incumplimiento a quienes no sean leales al compromiso adquirido.

Tampoco es suficiente para negar la existencia del contrato el hecho de que el pago de la comisión sólo tenga lugar si el negocio se realiza, ya que es esta una simple cuestión de asunción de riesgos que no incide ni en la existencia del contrato ni en el auténtico carácter vinculado de las relaciones que de él surgen.

5. Finalmente, el contrato de corretaje no crea, al igual que el de comisión, relaciones estables entre las partes, ya que tanto el comisionista como el corredor son profesionales del comercio independientes, dedicados a la prestación de sus servicios de intermediación en beneficio de múltiples personas, sin estar sujetos a la autoridad de ninguna de ellas.

V

Los Contratos de Obra y Prestación de Servicios

Pertenece también al grupo de los contratos de prestación de servicios autónomos, el llamado contrato de obra, en virtud del cual una persona se obliga para con otra, a cambio de cierta retribución, a obtener un determinado resultado material o inmaterial, mediante su esfuerzo y trabajo independientes.

Iremos delineando la configuración de este contrato a través del señalamiento de las diferencias que lo separan de otros más o menos similares.

1. Tanto el contratista de obra como el mandatario se obligan a realizar uno o varios actos, obteniendo así el resultado del encargo que les fue confiado; pero mientras en el mandato el objeto de ese cometido es un acto jurídico, en el contrato de obra será siempre un hecho material o intelectual.
2. En el contrato de obra, como acabamos de verlo, la obligación del contratista es de resultado no de medio; en el de corretaje, en cambio, el compromiso del mediador es sólo el de actuar con las debidas prudencia y diligencia, ya que la realización del negocio por él perseguida no depende solamente de su voluntad.
3. Tanto el contrato de transporte como el de depósito y el de edición son auténticos contratos de obra, sólo que su importancia, frecuencia y especial utilidad han contribuido a que el derecho positivo los trate como negocios autónomos, derivados del contrato principal en el cual estaban subsumidos.

El contrato de obra es, pues, una categoría negocial genérica de la cual se han desprendido y seguirán desprendiéndose, paulatinamente, aquellas especies contractuales que vayan adquiriendo mayor entidad en el mundo de los negocios.

4. Si el contratista de obra o artífice suministra el material necesario para la realización de la obra, el contrato será de venta cuando la importancia de la materia prima es mayor que la del trabajo, y será de obra en el caso contrario.

5. Entre contrato de trabajo y contrato de obra la diferencia puede radicarse en el elemento de la subordinación o dependencia, pues éste, que constituye la característica básica de la relación contractual laboral, está siempre ausente en el contrato de obra, ya que el artífice procede con entera independencia de quien le confió el encargo.

Esta nota diferencial es, a nuestro juicio, el único elemento realmente distintivo de los dos contratos.

Sin embargo, alguien podría quizás intentar rebatir lo anterior con el doble argumento de que mientras el contrato de trabajo supone siempre una relación estable entre patrono y trabajador, sin exigir jamás a éste, por otra parte, la obtención de un resultado sino solamente la entrega de su fuerza de trabajo para la actividad y en el término pactados, el contrato de obra tiene precisamente las características opuestas, ya que es siempre pasajera la relación del cliente con el artífice, el cual está obligado, además, no a una simple gestión diligente y prudente sino a la obtención del resultado pactado.

Pero sucede que estos criterios adicionales de diferenciación, aunque ayudan a comprender de mejor manera la configuración propia de los dos contratos, no son siempre válidos y decisivos, como sí lo es el de la subordinación; en efecto: el elemento de la duración es equívoco y, por ende, tiene sólo un valor relativo, ya que es posible concebir tanto contratos de trabajo de muy escasa duración, casi pasajeros, como contratos de obra con cierta permanencia; piénsese, por ej., para el primer caso, en los reemplazantes del personal en vacaciones y para el segundo, en sucesivas labores de decoración de establecimientos diversos de una sociedad, acordadas conjuntamente en un solo contrato.

No es cierto, por otra parte, que el contrato de trabajo obligue sólo a una actividad leal de prudencia y diligencia, sin que pueda imputársele a quien así obró el no haber alcanzado el resultado deseable; no, esa será la situación de muchos empleados, pero nunca de todos, ya que la legislación laboral no impide que el trabajador se obligue a realizar una tarea específica, como la de elaborar los estados financieros periódicos de la sociedad patrono, confeccionar su declaración de renta, transportar materiales cada cierto tiempo a determinado lugar, construir una factoría, etc.; tan cierto es lo anterior que las normas laborales permiten, precisamente, condicionar la duración del contrato a la duración de la obra contratada.

6. Pero los contratos de trabajo y de obra no agotan todas las posibilidades de contratación de servicios no jurídicos, ya que es posible concebir una situación convencional en la que una persona se obligue para con otra, a cambio del reconocimiento de honorarios, a prestarle, con entera autonomía, determinados servicios, pero sin que éstos impliquen la necesaria obtención de un resultado específico; ese sería el caso del asesor laboral independiente que se obliga

a representar a la empresa en sus litigios ante la jurisdicción del trabajo, pero sin comprometerse, como es obvio, a salir victorioso en todos; o el del médico independiente que se obliga a velar por la salud del personal de una compañía, sin que, desde luego, ello implique la garantía de que nadie ha de enfermar o morir.

En situaciones como las descritas no habría contrato de obra, ya que el prestador de los servicios se obliga sólo en términos de prudencia y diligencia, sin que pueda exigírsele resultados concretos.

Y no habría tampoco contrato de trabajo por falta del elemento esencial de la subordinación, de modo que tendríamos que hablar necesariamente de un contrato de prestación independiente de servicios; sin embargo, es preciso reconocer que en el área fronteriza de uno y otro tipo contractual existe una zona gris en la que con frecuencia resulta difícil discernir de cuál de los dos contratos se trata.

VI

La Asociación o Cuenta en Participación

Queda pendiente el examen de la asociación o cuenta en participación, que es también un contrato de prestación autónoma de servicios, porque el gestor o partícipe activo o asociante, administra no sólo sus propios intereses sino también, como es obvio, los de sus asociados o partícipes inactivos, respecto de los cuales no está, por otra parte, subordinado en términos laborales; pero tal examen sólo se hará en forma incidental, ya que este contrato guarda mayor afinidad con el de sociedad que con los de prestación de servicios.

Bien conocido es el hecho de que la asociación o cuenta en participación equivale, por el aspecto interno de las relaciones entre las partes, a una sociedad, ya que tanto en aquélla como en ésta se pueden observar los elementos esenciales del aporte y la distribución de utilidades.

Pero, por el contrario, no sucede lo mismo en el aspecto exterior de las relaciones con terceros, ya que la cuenta es una sociedad incompleta, carente de vida externa, pues los derechos y obligaciones que contrae no se radican ni en una persona jurídica diferente de los contratantes (como sucede en las sociedades formalmente válidas) ni en éstos colectivamente (como ocurre con las compañías de hecho); no tiene, por tanto, la cuenta ni personalidad jurídica, ni patrimonio, ni nombre, ni domicilio, ni, en general, ningún atributo propio de la personalidad, lo cual quiere decir, además, que frente a los terceros el único que se obliga y los obliga es el partícipe activo o asociante, como si éste obrara por su propia cuenta y con sus exclusivos recursos.

Pero no por ello debe verse en este participe activo un simple mandatario sin representación, por las siguientes razones:

1. Mientras el compromiso del mandatario sólo puede consistir en la realización de actos jurídicos, las obligaciones del asociante, como las de todo administrador social, son bastante más amplias, pues incluyen la ejecución, no sólo de actos de tal naturaleza, sino también de actividades materiales e intelectuales.
2. Los lazos que unen al asociante con sus asociados son mucho más estrechos que los que ligan al mandante con el mandatario, porque entre aquéllos existe, además del simple encargo de gestión, aportes de todos, necesarios para la ejecución de los negocios pactados, y obligación de distribuir las utilidades o pérdidas resultantes.

VII

El Contrato de Consignación o Estimatorio

En virtud del llamado contrato de consignación o estimatorio, una parte (el consignatario) contrae para con la otra (el consignante) la obligación de custodiar y procurar la enajenación de las mercancías que la primera recibe de la segunda a título de depósito, todo ello a cambio de una retribución que puede consistir en una comisión o en la diferencia entre el precio pagado por el tercero adquirente y el que debe reconocer el consignatario al consignante.

Se trata, por tanto, de un contrato en el que quien presta el servicio contrae dos obligaciones diferentes, a saber: una secundaria y de carácter material, consistente en la custodia de las mercancías que recibe y otra principal y de naturaleza jurídica, cuyo objeto es vender dichas mercancías, si las circunstancias lo permiten.

La función económica de este contrato es la de liberar a los comerciantes del riesgo de llegar a tener existencias obsoletas, de imposible o difícil venta, por el cambio de los gustos y las costumbres del público, por el progreso de la técnica o por cualquiera otra circunstancia, ya que, si la mercancía no logra ser vendida dentro del término estipulado por las partes, puede el consignatario devolverla al consignante sin incurrir en ningún deber de retribución a favor de éste.

Hay cierta dificultad en desentrañar la verdadera naturaleza jurídica del contrato de consignación o estimatorio; indudablemente es necesario ver en él una labor inicial de guarda y conservación, a semejanza de la que se desprende del depósito; pero fuera de este aspecto ¿cuál es la verdadera condición jurídica del consignatario? ¿será un mandatario del consignante, con el encargo específico de vender las mercancías de éste? ¿o ha de ser considerado, en cambio, como un comprador o distribuidor de las mercancías del consignante, de quien las adquiere en el mismo momento de venderlas al tercero?

Significa lo anterior que el contrato de consignación o estimatorio puede ser concebido de dos maneras diversas, a saber:

1. Como una subespecie del mandato, de modo que el consignatario no sea otra cosa que un mandatario, sujeto a un deber previo de custodia y ligado a la obligación principal de procurar la enajenación de los bienes que con tal propósito le ha entregado el consignante.
2. Como una subespecie de la compraventa o el suministro, en tal forma que el consignatario ha de ser concebido como un distribuidor de los bienes del consignante, del cual los adquiere realmente, sólo que tal adquisición tiene lugar, no antes, sino en el mismo momento de la venta al tercero; se diría, entonces, que la transferencia del dominio del consignante al consignatario queda sometida a la condición suspensiva consistente en la celebración del acuerdo de venta entre el consignatario y el tercero, así que, logrado éste, aquél se hace dueño de la mercancía, quedando en capacidad de transferir el dominio, inmediatamente, a su cliente.

A primera vista, podría quizás zanjarse la discusión advirtiendo que el contrato de consignación no puede reducirse simplemente a una variedad del mandato, ya que el Código de Comercio no lo ha tratado como tal, pues no lo incluyó dentro del título correspondiente a dicho contrato general, como sí lo hizo, por ej., con la comisión y la preposición.

Pero tal argumento en realidad nada prueba ya que, con igual procedimiento lógico, podría afirmarse que el contrato de consignación tampoco es una variedad de la compraventa o del suministro, ya que el Código no lo reguló como tal, en los títulos correspondientes a estos dos contratos.

Verdaderamente, si se examinan con algún detenimiento las pocas normas que el Código dedica al contrato de consignación, se verá cómo nada hay en ellas que aluda, ni siquiera indirectamente, a la existencia de una eventual compraventa entre consignante y consignatario, simultáneamente a la que se produciría entre el consignatario y el tercero; por el contrario, es ostensible en tales preceptos la referencia al encargo de venta confiado por el consignante al consignatario, encargo que, como es bien sabido, constituye el elemento esencial y característico del contrato de mandato; de allí la necesidad de concluir que la consignación es una variedad de éste.

Ahora bien: El consignatario y mandatario tendrá o carecerá de la representación del mandante y consignante, según lo que en cada caso particular se estipule entre las partes, pues el contrato de consignación o estimatorio no incluye ni excluye, a priori, dicha

representación, de modo que el consignatario podrá obrar, según lo que al respecto hubiere acordado, por cuenta y a nombre del consignante o solamente por cuenta de éste.

Pero naturalmente, si el mandato pactado es sin representación, sí será necesario aceptar, al menos en el campo puramente conceptual, una transferencia de la mercancía entre consignante y consignatario, simultánea al acuerdo de venta que ha de operar con respecto al tercero, pues si así no fuera, no podría el consignatario cumplir el encargo, obrando en su propio nombre.

Esto es obvio porque ningún mandato sin representación, cuyo objeto consista en la venta de bienes del mandante, podría cumplirse sin que éste los transfiera previamente a su mandatario.

VIII

La Agencia Comercial

Naturalmente, la agencia comercial también forma parte de los contratos de prestación de servicios autónomos; sin embargo, la especial importancia de este esquema legal, su relativa novedad dentro del derecho positivo colombiano, las dificultades para su correcta aplicación y la honda controversia que ha suscitado, justifican que su análisis no tenga lugar ahora sino en capítulo aparte, con toda la atención y extensión que merece.

