220-40041

Ref. Agencia comercial.

Se recibió su comunicación radicada bajo el número 072606 mediante la cual presenta una serie de inquietudes relacionadas con la situación de una sociedad sujeta a la vigilancia de esta Superintendencia que actúa como mandataria y agente de dos sociedades extranjeras, a su vez representantes de alrededor de cuarenta sociedades americanas y de otros países, por virtud de un mandato y agencia conferidos mediante un poder otorgado por escritura pública debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Las inquietudes son las siguientes:

1. Es necesario entregar copia del poder y su respectivo registro a la Superintendencia de Sociedades en tanto que la sociedad se encuentra vigilada?.
2. El referido poder está por vencerse y se va a elaborar uno nuevo poder de representación y agencia; además de los trámites indicados debe hacerse algún tipo de registro de este documento ante otra entidad gubernamental?
3. Si se llegaren a realizar operaciones de exportación de divisas por parte de la sociedad vencido el poder de mandato y agencia con las sociedades extranjeras esto a consecuencia de posibles demoras en suscribir el nuevo documento, es decir si se realizan giros al exterior tendría sanciones la sociedad por esas operaciones y de que tipo?. Para analizar los puntos materia de su inquietud, procede fundamentalmente hacer algunas consideraciones jurídicas de carácter general en torno al contrato de agencia comercial y de mandato, cuyo régimen está constituido por normas contenidas en el Código Civil y de Comercio y además, por las que disciplinan como institución autónoma el fenómeno de la representación, contenidas en los artículos 832 a 844, del Código de Comercio, que vienen a suplir los vacíos que dejó el código civil al regular la representación voluntaria de naturaleza mercantil y advertir acerca de las obligaciones que se derivan del ejercicio de las funciones de vigilancia por parte de esta Superintendencia.

Agencia Comercial:

Al respecto, dispone el artículo 1317 del Código de Comercio que por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional, o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

Señala el artículo 1320 del Código de Comercio: El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.

Finalmente, el artículo 1330 del Código de Comercio, dispone que al agente se aplicarán en lo pertinente, las normas del título III y de los Capítulos I a IV del título XIII.

Mandato:

Señala el artículo 1262 del Código de Comercio, "El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra" y agrega en el inciso tercero "conferida la representación, se aplicarán además las normas del capítulo II del Título I de este libro". A su vez el inciso 2º establece: "El mandato puede conllevar o no la representación del mandante".

En cuanto a la declaración de voluntad del mandatario dispone el artículo 2150 del Código Civil: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato".

Al respecto, reconocidos tratadistas como el doctor Cesar Gómez Estrada en su obra "de los principales contratos civiles", acorde con lo dispuesto en el artículo 2142 del código civil, en la página 385 expresa que el mandato es un contrato y que como tal supone el acuerdo de voluntades entre el comitente de un lado, que es quien confiere el encargo, y el procurador, apoderado o mandatario, de otro, que es quien lo acepta y agrega que de la facilidad con la que la ley entiende producido ese acuerdo de voluntades, puede afirmarse que "*el mandato constituye el más consensual de los contratos.*"

En este sentido, el artículo 841 del Código de Comercio, concerniente a las normas que regulan la representación, señala que "El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero

de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa."

Conforme a lo expuesto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en nuestra legislación el mandato **no es esencialmente representativo, para significar que se puede ser mandatario sin descubrir a aquél con quien se contrata esa calidad**, es decir, que el tercero con quien se contrata ignora esta condición, pues el mandatario aparece frente a él como sujeto del interés derivado del contrato, por lo cual, el artículo 2177 señala que cuando el mandatario obra en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante, pues que es él mismo quien queda obligado frente a los terceros a cumplir las prestaciones del contrato celebrado.

Conclusión:

De las disposiciones contenidas en los artículos 1317 y 1320 del Código de Comercio, se concluye que el contrato de agencia comercial es una especie de **mandato**, también de naturaleza consensual, en el que el mandatario en su calidad de comerciante, dentro de una zona determinada, con autonomía y en forma estable, promueve y explota los negocios de otro de acuerdo con la gestión encomendada "por cuenta y riesgo de la primera", sin que sea de su esencia la representación del mandante, tampoco que el contrato contenga la especificación de las facultades del agente, ni el ramo sobre el que versen las actividades, ni el territorio dentro del cual se desarrollen, ni su inscripción en el registro mercantil, requisitos cuyo incumplimiento hará que el contrato sea inoponible a terceros.

De lo dicho se desprende que el contrato de agencia mercantil puede constar por escrito, pero si no acontece así, se configura una agencia de hecho, lo que permite concluir que sin las formalidades previstas en el artículo 1320 del Código de comercio, el contrato deberá probarse por cualquiera de los medios previstos en el Código de Procedimiento Civil.

Efectuadas las precisiones que anteceden procede responder en su orden los interrogantes planteados, así:

1. La competencia asignada a la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia, se circunscribe a verificar que las mismas en su formación y funcionamiento se ajusten a la ley y a los estatutos; marco que se cumple dentro de tres estadios de intervención denominados, inspección, vigilancia y control definidos por la ley 222 de 1995 en los artículos 83, 84 y 85, referidos al funcionamiento individual de las sociedades comerciales, sin que trascienda a la regulación de las relaciones jurídicas que éstas establezcan, mediante la celebración de contratos cuya existencia, y efectos están determinados autónomamente por las partes o en su defecto por la ley y respecto de los cuales le corresponde a la justicia ordinaria previo el ejercicio de las acciones procesales pertinentes, determinar si los derechos individuales han sido vulnerados.

En consecuencia, salvo que en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 222 de 1995, la Superintendencia de sociedades, solicite el envío de la copia de este poder, para los fines a que haya lugar no es necesario allegarlo a este organismo.

2. Dispone el inciso segundo del artículo 1320 del Código de Comercio que sin el cumplimiento de los requisitos previstos en esa disposición el contrato no será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa, de donde se desprende que la ley no exige el cumplimiento de registros adicionales ante otras entidades gubernamentales, distintas de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el territorio en donde se vaya a desarrollar la actividad contractual.

3. A juicio de este Despacho la relación jurídica existente entre la sociedad colombiana y las extranjeras debe en principio enmarcarse dentro de los parámetros que rigen el contrato de agencia comercial, al que como se anotó, se le aplican las reglas del mandato comercial, que es de naturaleza consensual sin que sea de su esencia el apoderamiento.

Por tanto, las operaciones de exportación de divisas por parte de la sociedad colombiana, deben entenderse por ésta realizadas, salvo que se pruebe por cualquiera de los medios previstos en el Código de Procedimiento Civil, que obra como representante de firmas extranjeras, por virtud de un contrato de agencia comercial con apoderamiento.

En este orden de ideas, la responsabilidad por la exportación de divisas realizada por la sociedad Colombiana vencido el poder conferido, recae directamente sobre ella, la que podría ser objeto de sanciones por infracciones al estatuto cambiario, puesto que las autoridades, salvo que pueda demostrarse, no pueden vincular jurídicamente a una actuación a terceros desconocidos, en este caso, las sociedades extranjeras agenciadas.

Lo anterior también, porque aún cuando en principio sea dable presumir que la sociedad obra en virtud de un contrato de mandato, de acuerdo con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en nuestra legislación el mandato no es esencialmente representativo, y se puede ser mandatario sin descubrir a aquél con quien se contrata, esa calidad, es decir, que el tercero con quien se contrata ignora esta condición, pues el mandatario aparece frente a él

como sujeto del interés derivado del contrato, caso en el cual de acuerdo con el artículo 2177 del Código Civil, está obligado a cumplir las prestaciones derivadas del contrato celebrado.