

OFICIO 220-156768 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2018

REF: DIFERENCIA ENTRE REPRESENTACIÓN LEGAL Y MANDATO EN UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

Aviso recibo de comunicación radicada bajo el No. 2018-01-393838 del 31 de agosto de 2018, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, en los siguientes términos:

- 1.- Conforme a lo establecido en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 (...) ¿Se puede considerar que una persona (natural o jurídica) que figure como mandatario o apoderado especial de una persona jurídica, se inmiscuye en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad?
- 2.- ¿A través de la figura del mandatario, se adquieren las mismas responsabilidades de un representante legal?
- 3.- ¿Un mandatario tiene el mismo régimen de responsabilidad que un representante legal?
- 4.- ¿Se puede limitar la responsabilidad del mandatario mediante un contrato en el que se común acuerdo el mandante exima de responsabilidad al mandatario?

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no se pronuncia respecto de una sociedad o situación en particular, menos sobre legalidad de contratos, actos o decisiones de sus órganos sociales, por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Bajo esa premisa, entre la consideraciones jurídicas de orden general, ha de tenerse en cuenta que la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 prevé que en el acto de constitución de la sociedad por acciones simplificada SAS, se indicará cuando menos “ 7.- La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal”¹; que en los estatutos se determinará libremente la estructura orgánica y demás normas que rijan su funcionamiento, pero “a falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal”²; que la sociedad de ese tipo no está obligada a tener junta directiva, pero si se establece su conformación “las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos” o en su defecto por

las disposiciones legales pertinentes, y si no se estipula su creación “la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea”³.

- 1 Artículo 5.
- 2 Artículo 17.
- 3 Artículo 25.
- 4 Artículo 26.
- 5 Artículo 27.
- 6 Artículo 1502.
- 7 Artículo 1505.

A su turno la citada ley establece que la representación legal de la SAS estará a cargo de una persona natural o jurídica “designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único”⁴, atendiendo que las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores contenidas en la Ley 222 de 1995 les serán aplicables al representante legal, a la junta directiva y “demás órganos de administración, si los hubiere” y “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”⁵.

Por su parte el Código Civil establece que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”⁶; que “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”⁷, y que “el pacto de no pedir más en una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”⁸.

- 8 Artículo 1522.
- 9 Artículo 1262.
- 10 Artículo 1263.
- 11 Artículo 1266.
- 12 Artículo 1267.
- 13 Artículo 1268.
- 14 Artículo 1269.

A ese propósito el Código de Comercio dispone “el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro”⁹; que “el mandato comprenderá los actos para

los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento. En mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial”¹⁰, y que “el mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique. El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación”¹¹.

Adicionalmente el mencionado código advierte que “En los casos no previstos por el mandante, el mandatario deberá suspender la ejecución de su encargo, mientras consulta con aquél. Pero si la urgencia o estado del negocio no permite demora alguna, o si al mandatario se le hubiere facultado para obrar a su arbitrio, actuará según su prudencia y en armonía con las costumbres de los comerciantes diligentes”¹²; que “El mandatario deberá informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo. El mandatario pagará al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a entregarle, en caso de mora”¹³, y que “el mandatario deberá comunicar sin demora al mandante la ejecución completa del mandato. Estará igualmente obligado el mandatario a comunicar al mandante las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato”¹⁴.

Conforme a lo anterior, es posible que una sociedad del tipo de las SAS en efecto constituya un mandatario y en virtud del mismo se encomienden algunas gestiones propias de la administración a un tercero, persona natural o jurídica, en cuyo caso las actuaciones realizadas por el mandatario obligan al mandante, esto es, a la sociedad, conforme a las reglas del mandato comercial.

Esto significa que el mandatario se obliga en los términos del contrato de mandato celebrado con la sociedad y de las reglas de obligatorio cumplimiento consagradas en la ley, mas no en los términos de los artículos 23 y 24 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, pues mientras no exceda los términos del mandato, no se compromete a nombre propio sino que, se reitera, compromete directamente a la sociedad que le confirió el encargo y, por ende, es esta última quien debe responder ante los socios y terceros por las resultas de la gestión encomendada.

En este orden de ideas, a juicio de este Despacho, tampoco puede predicarse que el mandatario que actúe dentro de los términos del mandato conferido por la sociedad, se convierta en un administrador de hecho, puesto que no se estaría “entrometiendo” o tomando parte en un asunto sin razón o autoridad¹⁵ sino precisamente en cumplimiento del encargo recibido.

¹⁵ Esta es la definición de la expresión “inmiscuir” traída por el Diccionario de la Real Academia Española.

En lo que respecta a la responsabilidad del mandatario es de indicar que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el mandante bien puede establecer límites a la responsabilidad de aquel, siempre y cuando no se trate de conductas dolosas futuras, así como renunciar a la posterior reclamación de los perjuicios que se le hubieren ocasionado como consecuencia del indebido ejercicio del mandato conferido.

Sobre la diferencia entre la representación legal y el mandato, esta Entidad se ha pronunciado en extenso, entre otros, en el Oficio 220-143226 del 17 de octubre de 2013, que cita el Oficio 220- 009892 del 16 de marzo de 2004, apartes del cual procede traer a continuación:

"1. La noción del representante legal remite en primer lugar al concepto de persona jurídica que el artículo 633 del Código Civil define como 'una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente' y éste a su vez al contrato de sociedad, previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Atendiendo entonces que la representación legal tiene su razón de ser y su fuente en el sistema legal de la personalidad jurídica, la legislación mercantil la contempla como mecanismo de proyección de la capacidad de la sociedad, según las reglas generales previstas en los artículos 100, numerales 6 y 12; 196 y 198 del código citado; y las particulares consagradas para cada uno de los diferentes tipos societarios, cual es el caso del artículo 440 ídem, aplicable a las sociedades anónimas.

En resumen, como lo ha expresado la Entidad de tiempo atrás, el representante legal es la persona que de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias pertinentes ejerce la representación inherente a las personas jurídicas societarias, que por disposición expresa de claras reglas de derecho imponen su existencia como órgano de gestión, lo cual entre otras implica que sea fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia misma de la persona jurídica.

El apoderado a su turno, sea especial o general, no es en ningún caso representante legal de la sociedad, pues éste responde a la figura del mandatario, que a diferencia del anterior tiene origen en un contrato regulado por el artículo 2142 del Código Civil, en concordancia con los artículos 832 y 1262 del estatuto mercantil, contrato en el que debe concurrir la voluntad de las partes, una de las cuales se obliga a ejecutar uno o más actos de comercio, bajo las instrucciones de quien lo confiere y a su nombre.

2. Consecuente con lo anterior, para establecer las funciones que corresponden al representante legal, hay que acudir a la regla general contenida en el artículo 196 del C. de Cio, de acuerdo con la cual, salvo

estipulación en contrario, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, regla que ha de ser interpretada en armonía con las normas especiales previstas para la forma societaria respectiva. A ese respecto, el artículo 117 ibídem adicionalmente establece que para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas y de las limitaciones acordadas en el contrato.

Por su parte, las funciones del apoderado general, se determinan discrecionalmente en los términos de las cláusulas contempladas en el contrato de mandato, teniendo en cuenta las reglas al efecto previstas en las disposiciones legales que fueron citadas, siendo del caso insistir que así el poder general faculte al mandatario para realizar todos los negocios previstos en el objeto social, en ningún caso defiere o delega la representación en el mandatario”.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.