

**RONAL GUTIERREZ RODRÍGUEZ
XIMENA MALAGÓN RAMOS**

**LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL
CONTRATO DE PREPOSICIÓN: ES UN CONTRATO
MERCANTIL O ES EN REALIDAD UN CONTRATO
LABORAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO COMERCIAL**

**LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE
PREPOSICIÓN: ES UN CONTRATO MERCANTIL O ES EN REALIDAD
UN CONTRATO LABORAL**

**MONOGRAFIA PARA OBTENER EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO COMERCIAL**

**RONAL GUTIERREZ RODRÍGUEZ
XIMENA MALAGÓN RAMOS**

BOGOTA. 2012

**REPUBLICA DE COLOMBIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO COMERCIAL

**RECTOR DE LA UNIVERSIDAD
JOAQUIN SÁNCHEZ GARCIA S.J.**

**DECANO ACADEMICO DE LA FACULTAD
CARLOS IGNACIO JARAMILLO**

**DIRECTOR DE LA ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA**

**COORDINADORA DE LA ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
SONIA GALVIS**

**DIRECTOR DE LA TESIS
JOSE ELIAS DEL HIERRO HOYOS**

Contenido

INTRODUCCIÓN	6
MARCO TEORICO	9
1. CONTRATO DE TRABAJO	9
1.1. EVOLUCION HISTORICA	9
1. La Esclavitud	9
2. Arrendamiento de servicios	10
a. El arrendamiento de servicios propiamente dicho	10
b. El arrendamiento de obra	10
3. La Servidumbre	10
4. El Asalariado	10
1.2. CONTRATO DE TRABAJO PROPIAMENTE DICHO	11
1.3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO	12
1.3.1. Prestación personal de un servicio	12
1.3.2. La subordinación	13
1.3.2.1 Grados de subordinación	13
1.3.3. Remuneración.....	14
1.4. TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD.....	15
2. CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN.....	16
2.1. LA REPRESENTACIÓN	16
2.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN.....	18
2.3. CONTRATO DE MANDATO.....	21
2.3.1 Elementos estructurales.....	21
2.3.2. Características.....	22
2.3.3. Extinción del mandato	23
2. 4. CONTRATO DE PREPOSICIÓN.....	24
2.4.1 Personal del establecimiento de comercio.....	24

2.4.2 Partes del contrato.....	26
2.5. Capacidad del factor	32
2.6. Designación del factor.....	32
2.7. Facultades del factor.....	34
2.8. Derechos de factor	34
2.9. Obligaciones del factor.....	34
2.10. Prohibiciones al factor	35
2.11. Factor frente a terceros.....	36
2.12. Casos excepcionales en que obrando el factor en nombre propio, vincula a su mandante frente a los terceros con quienes contrató.....	36
2.13. Publicidad del contrato	37
2.14. Terminación del contrato de preposición.....	38
3. DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN Y EL CONTRATO LABORAL	41
3.1. CONTEXTUALIZACIÓN	41
3.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS LABORALES Y LAS NORMAS MERCANTILES	43
3.3. CRITERIOS PARA APLICAR LA LEY A UN CONTRATO.....	44
3.4. RELACION DEL MANDATO CON EL CONTRATO DE TRABAJO.....	45
3.5. RELACIÓN DE LA PREPOSICIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO	46
3.5.1. Análisis Jurisprudencial	51
CONCLUSIONES.....	55
ANEXOS	58
Ejemplo 1. CONTRATO DE PREPOSICIÓN	58
Ejemplo 2. PODER ESPECIAL PARA ADMINISTRACION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	59
Ejemplo 3. CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN (GENERAL PARA EMPRESAS).....	60
Ejemplo 4. CONTRATO DE ADMINISTRACION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	62
BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUCCIÓN

El estudio de los contratos mercantiles, tanto la teoría general del contrato como el estudio de los contratos en particular, es uno de los temas de mayor importancia y aplicabilidad en el derecho comercial porque los negocios, los actos de comercio hablando de manera formal, normalmente están precedidos de un contrato, donde se determina la naturaleza jurídica del negocio, las partes y sus obligaciones, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones, las demás condiciones del negocio y recientemente es de común uso cláusulas para las solución de controversias. La doctrina de acuerdo a la naturaleza jurídica de la prestación y de la obligación los ha clasificado principalmente en consensuales, reales y de intermediación.

El contrato de preposición normalmente es estudiado como uno de los contratos de intermediación, donde presta especial importancia el estudio de la representación, entendida como la posibilidad que tiene el comerciante que otra persona actúe por él, ya sea por la imposibilidad física de hacerlo por sí mismo, o porque requiere de un profesional para que maneje asuntos que él no maneja a la perfección.

El contrato de preposición se estudia como una de las especies del mandato, de hecho ante vacío normativo del contrato de preposición es correcto remitirse a las normas del mandato, ya que éstas son de aplicación residual.

Al hacer un análisis detallado de su funcionalidad en la vida económica y de su estructura, esta figura jurídica puede ser confundida con una relación laboral, saltan a la vista los elementos característicos de un contrato de trabajo, como la prestación personal, la remuneración y una dependencia al empresario similar al elemento subordinación.

Por lo cual, sería difícil establecer ante un caso concreto las normas a aplicar, teniendo como referente que la interpretación de los contratos no está sujeta a los títulos o denominaciones que se le impongan sino a la verdadera intención de las partes.

Esta situación hace que no tengamos certeza si a hoy año 2012 es o no el contrato de preposición de amplio uso entre los comerciantes, o si ha sido sustituido por otras figuras contractuales, por el temor que pueda generar al empresario que sus relaciones que él considera mercantiles a la celebración del contrato resulten siendo laborales ante una diferencia entre las partes, en ese orden de ideas analizar la naturaleza de cada contrato es una de las cosas que al final de este trabajo queremos mostrar.

La controversia de si es un contrato mercantil o laboral, las nuevas formas irregulares y de frecuente uso de contratación laboral simuladas en contratos de prestación de servicios o la figura del cooperativismo, nos presentan que en algunos casos concretos puede darse una pugna entre dos ramas del derecho, el comercial y el laboral.

El derecho comercial atiende principalmente el mundo de los negocios, su estudio principal se centra en el comerciante y el acto de comercio, las partes normalmente se presentan a contratar en situación de igualdad.

El derecho laboral analiza el correcto uso del recurso humano en una empresa, la actividad dependiente a un empleador, las partes se encuentran en desigualdad porque el empleador tiene el poder de subordinación.

El objetivo de este trabajo es luego de analizar el contrato laboral y el contrato de preposición; precisar si el factor es un empleado o un auxiliar del comerciante y las consecuencias jurídicas del uso de estos contratos, lo que permitirá estructurar y establecer la verdadera naturaleza del contrato de preposición.

En ese orden de ideas, para hacer fácil la aproximación al tema, este trabajo consta de tres capítulos, en el primero analizaremos el contrato de trabajo, en el segundo los contratos de intermediación en particular del mandato y la preposición y en el último capítulo compararemos los contratos laborales con el contrato de preposición para dar respuesta a la situación planteada como eje para este trabajo.

En el capítulo referente al contrato de trabajo haremos una breve reseña de la evolución histórica del trabajo. Con esto queremos mostrar que el trabajo históricamente ha estado ubicado entre el derecho mercantil y el derecho laboral.

Hablaremos específicamente de la noción de contrato de trabajo, su definición, sus elementos y finalizaremos haciendo mención de la figura del contrato realidad, de vital importancia al momento de analizar una situación de hecho concreta en la que no sabemos que normatividad aplicar.

En el segundo capítulo nos referiremos a los contratos de intermediación para lo cual empezaremos hablando de la representación, siendo la característica más relevante en estos contratos, daremos su concepto y la razón de ser de su existencia en la realidad de los negocios, enseguida trataremos las características de los contratos de intermediación, queremos mostrar las similitudes entre el mandato, la agencia mercantil y la preposición, para luego si específicamente hablar del mandato que es el principal contrato de intermediación, para luego si referirnos

específicamente a una de sus especies, el contrato de preposición, contrato que motivó la presente monografía.

Haremos especial énfasis en el factor como la principal parte del contrato, ya que la normatividad del contrato gira alrededor de este sujeto que por sus funciones es fácilmente confundible con un empleador.

En el tercer capítulo, el más importante porque da respuesta, soluciones a la verdadera naturaleza del contrato de preposición, se tratará sobre la distinción sociológica y normativa del derecho laboral con el derecho mercantil. Indicaremos como se determina la norma aplicable a una situación de hecho específica.

Distinguiremos el mandato del contrato laboral donde presentaremos tres posibles soluciones a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato; para seleccionar la solución definitiva a esta disyuntiva contaremos con el apoyo de una revisión jurisprudencial sobre la materia, lo que nos permitirá al final fijar nuestra posición sobre el tema.

Esperamos que este trabajo llene las expectativas de las personas que lo lean o se acerquen a él, y además pueda ser fuente de consulta sobre la materia en discusión.

MARCO TEORICO

1. CONTRATO DE TRABAJO

En este capítulo comenzaremos haciendo reseña de la evolución histórica del trabajo como actividad humana objeto de prestaciones contractuales, luego hablaremos de la noción de contrato de trabajo, su definición, sus elementos y finalizaremos haciendo mención de la figura del contrato realidad.

Consideramos importante reseñar la evolución histórica porque son las situaciones de la realidad las que finalmente construyen el derecho, adicional a esto tenemos que tener presente que la sociedad está en constante cambio y que el derecho se ajusta y responde a esos cambios.

1.1. EVOLUCION HISTORICA

El trabajo consiste en el desarrollo de la actividad mental y física aplicada a las cosas con el objeto de servirse de ellas para poder satisfacer sus necesidades, lleva consigo un esfuerzo y da a quien lo ejecuta un lucro. Históricamente ha pasado por las siguientes etapas¹:

1. La Esclavitud

Institución básica del trabajo humano, caracterizó a las primeras civilizaciones, es una situación mediante la cual se ejercen sobre el individuo los atributos del derecho de propiedad, el esclavo era tenido como una cosa, para resolver los problemas surgidos del trabajo era necesario acudir a los principios que se aplicaban al dominio de las cosas. La esclavitud pudo haber coexistido con algunas formas contractuales.

Existieron tres maneras de prestar el servicio²:

- a. El esclavo servía a su señor y amo.
- b. El esclavo sin ocupación eran alquilados a otros señores.
- c. En circunstancias de aumento de las necesidades, porque el ser humano no puede abastecerse a sí solo, los esclavos escaseaban de manera tal que la gente libre, pero carente de recursos que le

¹ GUZMÁN DE ALTAMAR. Francia Elena. La preposición como forma de mandato comercial. Bogotá. 1964. Pág. 18. Tesis para obtener el título de abogada. Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas.

² GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 28

permitieran satisfacer sus necesidades, se ofrecía en los mercados por algún estipendio.

2. Arrendamiento de servicios

En Roma el trabajo libre prestado contractualmente era una forma de arrendamiento de cosa, hoy en día hablamos de arrendamientos de servicios profesionales propiamente dicho y arrendamiento de obra³.

a. El arrendamiento de servicios propiamente dicho

Tenia como objeto el arrendamiento del trabajo considerado en sí mismo y recaía únicamente sobre trabajos manuales y materiales, su objeto era llevar a cabo obras serviles, por tanto la obediencia era mayor.

b. El arrendamiento de obra

Tenía por objeto la obra por realizar o producir, se establecía la obra que debía realizarse, quien la hacía gozaba de una libertad plena para ejecutarla, porque su compromiso era producir la obra, sin tener en consideración para nada la manera o forma de dar cumplimiento a la misma.

3. La Servidumbre

Hizo su aparición en la Edad Media y en Europa, después de la caída del imperio romano, en la época que denomina feudalismo, tiene su origen en el colonato, el colono no era únicamente el hombre vinculado a la tierra sino que disfrutaba de una situación mixta entre la esclavitud y la libertad. El siervo está sujeto a un pacto de prestación y contribuciones, es un individuo anexo a la tierra y sometido a ella más que al propio amo, está unido a su feudo por medio de un contrato tácito o explícito, con derechos y obligaciones recíprocas, dicho pacto limitaba la autonomía personal⁴.

4. El Asalariado

Contrato que en teoría se suscribía en igualdad de condiciones por los contratantes que tenían plena libertad para actuar, por lo general era verbal. El asalariado recibía como retribución al trabajo que ejecutaba de acuerdo a lo ejecutado en dicho contrato, una suma de dinero denominado salario, cambiaba sus servicios por un salario, a la vez que

³ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 21

⁴ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 19

quedaba en completa libertad fuera del tiempo convenido en que debía trabajar. El trabajo generó una división de la sociedad en dos clases: La primera compuesta por quien ofrecía el trabajo y la segunda por quien lo pagaba⁵.

Luego de haber revisado la evolución histórica, lo que nos permite tener claro algunos conceptos y de mencionar al asalariado como la figura predominante en el mundo de hoy, procederemos a referirnos al contrato laboral propiamente, lo que nos permitirá tener claro varios puntos para el desarrollo del trabajo.

1.2. CONTRATO DE TRABAJO PROPIAMENTE DICHO

Daremos cuenta de porqué existe la denominación de contrato de trabajo, luego su definición, para finalizar con los elementos esenciales del contrato, que son los que nos permitirán distinguir cuándo estamos frente a este contrato aunque se le haya dado una denominación diferente.

Si bien toda actividad humana en un sentido general y amplio se puede tomar como trabajo no podemos decir que todas las personas que ejecutan una labor o trabajo, lo hacen en razón de un contrato de trabajo.

Es necesario distinguir entre dos clases de trabajo:

1. El originado en la actividad propia e independiente de cada se
El trabajador autónomo: regido por el derecho civil y comercial.
2. El originado en la prestación de un servicio llamado trabajo a favor de otra persona donde interesa la noción de contrato de trabajo.
El trabajador subordinado: amparado por el derecho laboral.

La expresión contrato de trabajo es jurídica y nació de la fuerza de los hechos, no surgió de manera intempestiva sino que tuvo su origen, su fundamento en la figuras contractuales de arrendamiento de servicios, arrendamiento de industria o compra de obra. El trabajo ha constituido en la gran mayoría de los seres humanos su único bien patrimonial y su única fuente de sustento⁶.

La idea de contrato de trabajo es una denominación del siglo XX, que fue adoptada como oficial, por primera vez en Bélgica, luego en Suiza, la

⁵ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 20

⁶ ORDÓÑEZ DE CARDOZO, Ligia Eugenia: De los contratos de mandato, agencia comercial y preposición con relación al contrato de trabajo. Bogotá. 1982. Pág. 33. Tesis para obtener el título de abogada. Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas

legislación francesa fue apática ya que los redactores estaban del lado de la clase Burguesa⁷.

El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de las segunda y mediante remuneración⁸. Implica un acuerdo de voluntades de carácter sinalagmático, oneroso, con obligaciones de tracto sucesivo y fundamentalmente de medio.

El trabajador y el patrono concurren libre y voluntariamente a expresar su consentimiento, decir que el trabajador individualmente considerado puede pactar libremente con su empleador las condiciones de trabajo es utópico, de ahí que se acerca más al ideal jurídico del que hablamos la contratación colectiva⁹.

El contrato de trabajo no requiere ninguna formalidad específica para su existencia, basta que se presenten los elementos de una relación laboral.

A continuación relacionaremos los elementos esenciales del contrato de trabajo, que son los que se deben analizar ante cualquier contrato para saber si estamos o no frente a un contrato laboral o por el contrario es civil o mercantil.

1.3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

La legislación laboral colombiana describe en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, los elementos que son considerados esenciales, se hace referencia a estos:

1.3.1. Prestación personal de un servicio

El servicio lo tiene que prestar una persona natural a favor de otra que bien puede ser natural o jurídica, se excluye la posibilidad de una relación laboral entre una persona jurídica como trabajadora y otra persona jurídica como empleadora, ya que las personas jurídicas no pueden actuar por sí solas sino a través de sus representantes¹⁰.

⁷ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 29

⁸ Artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo

⁹ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 36

¹⁰ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 36

La relación originada es *intuitus personae* del lado del trabajador, quien no puede delegar en otro la obligación de prestar personalmente un servicio. El trabajador tiene que dar exclusividad de la prestación de su servicio al menos durante el tiempo en que ella se está realizando¹¹.

1.3.2. La subordinación

La subordinación es de hecho, el nexo de dependencia del empleado respecto al empleador, surge en el momento en que el empleado presta un servicio personal a su empleador a cambio de una remuneración.

Tiene una doble connotación: Económica y jurídica.

1. Naturaleza económica; porque permite al trabajador sacar de su labor principal un medio de subsistencia.
2. Relación jurídica, que obedece a un derecho y a una obligación;
 - a. El derecho que asiste al patrono de mandar a su empleado para disponer de su fuerza laboral mediante la expedición de órdenes al fin de conseguir objetivos, debe reflejarse en hecho concretos sobre la fuerza del trabajo, es un elemento regulador u organizador de la fuerza de trabajo que le permite disciplinar su producción o actividad de acuerdo a sus fines¹².
 - b. La obligación imperante que tiene éste de obedecer aquel en las órdenes e instrucciones que reciba acerca de la manera de distribuir su fuerza de trabajo, así como también en las circunstancias de tiempo, modo y lugar fijadas acordadas por las partes en el contrato de trabajo y en el pacto o convención colectiva¹³.

1.3.2.1 Grados de subordinación

El grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador:

1. Subordinación acentuada, ostensible y directa.
2. Subordinación imperceptible: desempeño de labores técnicas o científicas – trabajadores calificados.

¹¹ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 37

¹² ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 38

¹³ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 39

3. Subordinación que casi desaparece: los que prestan su servicio en su propio domicilio.
4. Altos empleados: aquellos que representan al empleador y lo obligan frente a sus trabajadores, como los que ejercen funciones de dirección o administración, tales como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos, capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.

1.3.3. Remuneración

Contraprestación económica que recibe el trabajador de su empleador y con ocasión del contrato de trabajo que los une. El salario es elemento económico del contrato y está constituido por todo aquello considerado por la ley laboral como salario al trabajador y que implique retribución de un servicio.

El salario nunca puede retribuir un resultado ya que las obligaciones del contrato de trabajo no son de resultado sino de medio y tracto sucesivo.

Características del salario:

1. Retributivo y oneroso: corresponden a la prestación de un servicio.
2. No gratuidad o liberalidad: correlativo a la onerosidad.
3. Ingreso personal: que dichas sumas ingresen realmente al patrimonio del trabajador, sirviendo para subvenir sus necesidades.

Constituye salario	No constituye salario
<p>Todo aquello que reciba el trabajador de su patrono con ocasión del contrato de trabajo que los une, siempre y cuando no sea para el desempeño de sus funciones y que tenga relación de causalidad con el servicio prestado es salario, así también pagos en forma voluntaria por liberalidad con característica de habitualidad. Artículo 127 del C.S.T.</p>	<p>Sumas ocasionales y que por mera liberalidad recibe el trabajador, así como las sumas para desempeñar sus funciones. Artículo 128 del C.S.T. V Gr. Gastos de representación, de transporte, alojamiento, elementos de trabajo, alimentación, vestuario u otros semejantes. Tampoco a las primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales o extraordinarias, participación de utilidades, primas extralegales, de vacaciones, o de navidad.</p>

1.4. TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD

Dados los elementos que estructuran el contrato de trabajo, prestación personal, subordinación y remuneración, désele el nombre que se le dé, así aparentemente sea comercial o civil, se regirá por las normas del contrato de trabajo, lo importante para la ley laboral es la realidad y no la formalidad con la que se encuentre revestida una relación jurídica de prestación de servicios¹⁴.

¹⁴ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 44

2. CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

En este capítulo nos referiremos a los contratos de intermediación en especial sobre la representación, figura jurídica típica en este tipo de contratos, trataremos sus características, específicamente del mandato y el contrato de preposición.

2.1. LA REPRESENTACIÓN

La representación es una figura que sustituye a otro, hace sus veces. El representado pone a disposición del representante, su aptitud de querer, es una actividad volitiva determinante de la celebración del negocio. El representante es el que declara su propia voluntad, mientras que el representado no emite ninguna y es también el que recibe las declaraciones de aquel con quien contrata.

Justifican la representación, la imposibilidad física o jurídica del sujeto, la mayor idoneidad del intermediario, el mero capricho del interesado y otras circunstancias propias del desenvolvimiento de las relaciones en el mundo del derecho, tales como los de la contratación en masa, la especialización de actividades, las necesidades de establecer mecanismos eficientes de distribución de bienes y servicios¹⁵.

Hay que distinguir la representación con la actividad humana que signifique actuar por cuenta de otro ya que esta última no es necesariamente una representación desde el punto de vista legal, ejemplo, ofrecer una plegaria, cumplir una promesa por otro, obedecer la orden del padre. Además hay actividades que se realizan por cuenta de otro sin que configuren una representación, como es el cumplimiento de una orden militar, la ejecución de un estudio fotográfico contratado por otra persona¹⁶.

No basta obrar por cuenta de otro que es una relación interna, también es necesario obrar en nombre de otro, esto es traspasar el ámbito de las relaciones internas.

¹⁵ BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de intermediación. Bogota. Librería Profesional. 1999. Pág. 1. 2 Edición. ISBN 958-635-299-4

¹⁶ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 13

Clasificaciones de la representación:

A. Teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas.

1. Directa

Se da la misma cuando el sujeto de la declaración de voluntad al celebrar el negocio con el derecho, emite la declaración en nombre del sujeto del interés haciendo de ese modo conocer a su contratante que los efectos jurídicos del negocio recaerán directamente en su representado, con lo cual dicho negocio produce directa e inmediatamente aquellos efectos entre el tercero contratante y el representado dotándoles de acciones directas y recíprocas para exigirle el cumplimiento de lo pactado o los resarcimientos supletorios.

Se caracteriza por la separación del supuesto de hecho del negocio, que es construido por una persona, el representante, y los efectos jurídicos correspondientes, que se producen exclusivamente para otra diferente al representado. La nueva situación jurídica surgida del negocio realizado se produce directa y exclusivamente en relación con el interesado en nombre del cual se celebró.

2. Indirecta

Se presenta cuando el llamado representante declara una voluntad propia, con la finalidad de conseguir un resultado que concierne al área del interés ajeno, pero sin invocar que lo hace para servir a tales intereses. Los terceros a quienes dirige su propia declaración ignoran tales circunstancias. El declarante declara en nombre propio con la consecuencia de que los efectos jurídicos de su actividad contractual recaen en su propio círculo.

Los efectos jurídicos derivados del negocio se radican exclusivamente en cabeza de quien fue parte en él, quien deberá proceder, mediante una nueva operación, a transferir tales efectos a la orbita contractual del sujeto realmente interesado, en cuyo interés obró.

Esta forma de sustitución suele ir vinculada la figura de cesión de contratos, como instrumento a utilizar para el traslado de los efectos jurídicos del negocio celebrado, de la esfera contractual del intermediario la del tercero interesado por cuya cuenta se celebró. Los efectos jurídicos derivados del negocio se producen para quienes tomaron parte en él, permaneciendo el tercero interesado, al menos en principio, ajeno a tal vínculo.

B. En razón de su fuente

1. Legal

Se funda inmediatamente en la ley, impone a un representante a personas físicas incapaces o imposibilitadas de actuar o a personas jurídicas, así como la que se asigna en distintos supuestos legales.

2. Voluntaria

La que se origina en la voluntad del representado, quien confía en el representante la autorización y poder para que emita declaraciones de voluntad cuyos efectos habrían de recaer en su propio círculo de interés. Se caracteriza por la existencia de una voluntad que contrata otra voluntad para que la segunda manifieste el deseo de la primera, busca la identidad entre dos voluntades para que sea expresada como una sola, de ahí que los efectos se predicen del representado¹⁷.

Características de la representación voluntaria:

- a. La participación en el negocio jurídico de una persona distinta de la que se obliga.
- b. La manifestación de una voluntad capaz de producir efectos independientemente de la voluntad a nombre de la cual se contrata.
- c. La autorización que debe otorgar la voluntad representada a la que no ha de representar.
- d. La publicidad que debe tener la manifestación de la voluntad delegada en otra, frente al tercero contratante.

2.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

En este punto reseñaremos características comunes de este tipo de contratos, teniendo claro que el principal es el mandato y los demás incluidos la preposición son especies, las cuales mencionamos a continuación:

¹⁷ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 14

1. Son contratos de interposición

Consiste en la designación que hace un sujeto al contratar a otro para que éste haga sus veces de acuerdo con unas facultades y limitaciones previamente acordadas o señaladas por el giro ordinario de los negocios, o la costumbre. Son contratos triangulares, implica un vínculo jurídico entre dos contratantes uno de los cuales queda facultado para actuar frente a terceros en el mundo jurídico a nombre de otro.

2. Son contratos bilaterales

Concurre dos voluntades y su celebración origina mutua contraprestación tanto para el representado como para el representante. Las obligaciones que se originan para las partes deben estar estipuladas en el convenio que se celebre y tales acuerdos fijan los límites de actuación y responsabilidad entre las partes.

Hay obligaciones que origina el contrato como tal por la representación y obligaciones surgidas de los actos o negocios jurídicos celebrados con ocasión de la representación otorgada.

Frente a terceros la representación no puede aparecer constituida por dos partes independientes o autónomas, sino que se ha de mirar como una sola voluntad.

3. No requieren de otorgamiento *ad-sustancia actus*

4. Deben gozar de publicidad

El representante frente a terceros debe hacer conocer su condición como tal. La publicidad será en forma general cuando la ley la exija como en la agencia comercial y en la preposición, registro en cámara de comercio o escritura pública y será particular cuando en cada negocio o acto jurídico se enuncie tal calidad o se demuestre el poder o contrato respectivo.

5. Constituyen la prestación de un servicio remunerado

El representante es una persona que profesionalmente, por contar con medios adecuados se dedica a ejecutar, por cuenta de otra actividades mercantiles, esta característica resulta ser la que determina la principal dificultad para determinar cuando se actúa en el lindero del derecho del trabajo y cuando el del mercantil, sobre todo cuando el representante es persona natural.

6. Entre las partes surge para una obligación vinculante

Son la rendición de cuentas al representado y por otra parte y como contraprestación la remuneración de que goza el representante por la ejecución o desarrollo del contrato celebrado.

2.3. CONTRATO DE MANDATO

Como ya indicamos el mandato es el principal contrato de intermediación, es de vital importancia hacer un breve repaso a sus características, estructura, normas, ya que estas nos permitirán tener mayor claridad cuando realicemos el estudio del contrato de preposición.

El mandato responde a la declaración de voluntades, en donde se confiere a una persona el encargo para que por cuenta y en nombre propio realice o lleve a cabo uno o más negocios jurídicos, de tal manera que los efectos producidos por el negocio realizado se enlacen a la persona interesada como si ésta los hubiese ejecutado.

“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.” Artículo 1262 C. de Cio.

El mandato puede otorgarse para la realización de un contrato o negocio jurídico en concreto, en cuyo caso tomará la característica de ser un contrato de ejecución instantánea, efectuado el encargo se extingue los efectos en la relación mandante – mandatario. O bien el encargo se toma en forma general y su desarrollo implica una actividad continuada en la ejecución del encargo general en este caso será de ejecución sucesiva¹⁸.

Tiene doble régimen: civil y mercantil, la diferencia radica por el fin y no por los sujetos. En civil es la realización de acto jurídico; en comercial es la realización de actos de comercio. En el mandato civil se estatuyen las facultades del mandatario, en el mandato mercantil se señalan las limitaciones.

2.3.1 Elementos estructurales

1. Confiar la gestión de uno o varios negocios a otra persona, es un negocio de confianza de negocios ajenos.

¹⁸ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 24

2. El objeto del contrato es la gestión: actos jurídicos (civil) – actos de comercio (comercial). En el mandato comercial, su objeto es la ejecución del mandatario que debe ser comerciante de uno o más actos de comercio por cuenta del mandante. La actividad contratada conlleva en conjunto o en parte, el inicio de un negocio, la formalización, la ejecución o terminación de un negocio o negocios encargados.

3. El mandatario va actuar por cuenta y riesgo del mandante. El mandato siempre es representativo entre el mandante y el mandatario. Frente a terceros debe mirarse el acto de apoderamiento.

2.3.2. Características

1. Naturalmente: bilateral y oneroso

La remuneración no es un elemento esencial, no requiere pactarse, pero quedarse callado frente al tema no implica desconocerlo. En Roma el mandato era gratuito, el Código Civil conservando la tradición romanística conserva la gratuidad como característica normal pero admite que sea remunerado, por el contrario, el mandato comercial siempre es remunerado.

La remuneración del mandatario queda al libre albedrío de las partes, podrá ser fija o consistente en un precio del negocio o utilidad, sin embargo, si la remuneración pactada se haya en manifiesta desproporción, el mandante podrá demandar su reducción, esto aplica para la agencia comercial pero no para la preposición¹⁹.

El Art. 1264 del Co.Cio. en el capítulo del mandato hace referencia a la remuneración; en cuanto a la agencia comercial es mencionado en el Art. 1322 del mismo texto legal, lo que se sumaria a lo referenciado sobre el tema para la preposición es que no tiene norma expresa sobre la remuneración, lo que circunscribe el tema a lo señalado en el mandato.

En este orden de ideas, sería impreciso declarar que no aplica la desproporción en la remuneración al preponente, luego éste podría reclamar por vía judicial dicha desproporción haciendo remisión a la norma por interpretación supletiva recurriendo a las reglas del mandato.

Sin embargo, hemos querido plantear la situación desde otra punto de vista lo cual nos lleva al siguiente análisis; el contrato de agencia mercantil siempre es entre comerciantes, que pueden estar en principio en igualdad de condiciones frente al contrato.

¹⁹ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 24

Mientras que el contrato de preposición puede ser entre un preponente que es comerciante y un factor que puede ser comerciante, auxiliar del comerciante, dependiente o simplemente su empleado, donde es evidente que el principal tiene más poder que el factor, lo que daría a entender que sería improbable que el factor tuviera algún tipo de posición dominante que le hiciese recibir una remuneración mayor a la que resultaría justa.

El contrato de agencia comercial es utilizado con mayor frecuencia respecto al contrato de preposición, por este motivo, sería fácil la determinación de una tarifa por los servicios del agente comercial simplemente comparando la remuneración de un contrato determinado con contratos similares, lo que permitiría por su notoriedad o con la intervención de peritos la disminución de la tarifa, en el contrato de preposición la determinación de la citada tarifa sería muy difícil, puesto que las funciones del factor dependerán en gran medida de cómo se desarrolla el establecimiento de comercio.

2. Accidentalmente: sinalagmático imperfecto y gratuito

3. El mandato siempre es de forma libre, nada obsta para que haya un formalismo voluntario.

4. El mandato es un contrato *intuitu personae*, pero se puede delegar desde que no se prohibía expresamente.

2.3.3. Extinción del mandato

Podemos mencionar las siguientes causales:

1. Por revocación total o parcial del encargo. Si hay justa causa es por incumplimiento del contrato, si no hay justa causa habrá lugar a indemnización pero esta será tasada por el juez. (Artículos 1279 y 1280 C. Cio.)

2. Por ejecución del negocio o negocios encargados.

3. Por expiración del término pactado.

4. Por mutuo acuerdo.

5. Por renuncia del mandatario.

2. 4. CONTRATO DE PREPOSICIÓN

El Código de Comercio en el capítulo VI artículos 1332 al 1339, estipula el contrato de preposición, define las partes y las obligaciones y facultades que las mismas contraen al constituirse este tipo de contrato.

Esta forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio, o de una parte o ramo de la actividad del mismo y en donde las partes se denominan preponente que es el titular del establecimiento de comercio que bien, puede ser persona natural o jurídica y factor que es el administrador²⁰.

El establecimiento de comercio puede ser:

1. Administrado en su totalidad

El administrador queda investido de facultades suficientes que le permite actuar como si fuera el mandante mismo, puede obligar a éste válidamente puesto que frente a los terceros conserva la misma posición del empresario. En este caso el mandatario toma el nombre de factor de comercio. (Artículo 1332 Co. Cio.)

2. Una parte de la o de las operaciones propias de la empresa

El mandatario tiene facultades limitadas debido a que no reemplaza propiamente al empresario o mandante, toda vez que frente a terceros aparece como un simple colaborador en determinado ramo de las actividades del negocio, dirigido de manera inmediata por su mandante, en este caso el mandatario es un dependiente del comercio. (Artículo 1335 Co. Cio.)

2.4.1 Personal del establecimiento de comercio

El establecimiento de comercio es un conjunto de bienes corporales e incorporales, entre los que sobresale el trabajo o los servicios personales. Sin las personas no sería posible la empresa; son ellas la que aportan su trabajo, no sólo material sino intelectual, con el fin de que ellas puedan llenar su cometido u objeto²¹.

El curso vertiginoso de los negocios no permite que una misma persona pueda atender en la práctica toda esa serie de operaciones que la

²⁰ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 29

²¹ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 32

empresa a que se dedica su actividad le impone. Cuando el empresario no administra o no maneja personalmente su negocio, forzosamente necesita de otras personas que se convierten en auxiliares suyos y que integran el personal de la empresa, que es el conjunto de personas adjuntas al empresario, está formado por el empresario, el obrero y todas las demás personas, de distintas categorías, que transitoria o permanentemente están unidas con el empresario, mediante una relación de subordinación o carente de ella, ya sea como representantes del comerciante ante terceros o ya de modo simple aporten su actividad en la marcha o movimiento interno del negocio²².

La legislación mercantil hace la siguiente distinción:

1. Comerciante

Son las personas que profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, tal calidad se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona²³.

Por lo anterior, el Código de Comercio artículo 10 Co. de Cio. determina las cualidades para obtener la calidad de comerciante, como es la ejecución habitual de los actos mercantiles, que lo convierte en un profesional del comercio y la capacidad para actuar como tal.

2. Auxiliares del comercio

Profesionales cuya actividad principal conlleva actos de intermediación sobre intereses ajenos. Trabajan para el comerciante pero en forma independiente, sin estar vinculado por una relación de subordinación, su vinculación con el comerciante mandante obedece a la necesidad que tiene el comercio de utilizar a otros comerciantes para el logro de unos objetivos. Son necesariamente comerciantes especializados en la intermediación de la actividad mercantil, que si bien actúan por cuenta de otro comerciante también lo hacen en su propio beneficio o nombre. No están supeditados a ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que lo solicite, siendo así auxiliares del comercio en general y no de un comerciante en particular.

La Ley Comercial señala quiénes son comerciantes, de manera que estos actores del comercio los vemos participar en los contratos de mandato

²² GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 33

²³ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Óp. cit. Pág 44

como son los comisionistas, los corredores, ejerciendo actos de comercio descritos en la normatividad mercantil.

3. Auxiliares del comerciante

Ejercen destacada función en la colaboración y realización de actos en interés de otra persona, están unidos a su comitente por un lazo permanente de actividad, esto es por un contrato de tracto sucesivo. Ej. los factores, los dependientes.

Dos cosas hay que distinguir en el vínculo jurídico entre el comerciante y sus auxiliares²⁴.

1. Una relación de servicios, calificados por el elemento de empleo en el negocio, la cual se desenvuelve en el orden interno de éste y se desdobra con facultades de mando y deberes de obediencia.
2. Una relación de representación, que mira al exterior del negocio y se concreta en actos jurídicos que el auxiliar, en este caso el representante realiza en nombre del comerciante.

2.4.2 Partes del contrato

1. Preponente

Empresario que tiene a su cargo la organización y creación del establecimiento comercial y jurídicamente es quien absorbe o corre el riesgo del mismo bien sea favorable o adverso a su situación financiera. Quien en este sentido se reputa comerciante viene a constituirse en el empleador del derecho laboral y simultáneamente se convierte en el empresario en términos económicos²⁵.

De manera que la figura de preponente, tiene la calidad de mandante con la capacidad de definir las facultades que les otorgará a sus mandatarios, sin eximirse de la responsabilidad por las extralimitaciones de estos sujetos; de acuerdo a lo determinado en el texto legal comercial en su artículo 1336.

²⁴ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 36

²⁵ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 33

2. Factor

Nuestro ordenamiento mercantil engloba, bajo la denominación genérica de factor, al destinatario del encargo de administrar un establecimiento de comercio o parte de él. Se caracteriza por la permanencia en el negocio y subordinación al empresario, lo que se traduce en un deber de sumisión y obediencia en el terreno del comercio²⁶.

Legislaciones como la española, la Argentina o la italiana y en nuestro antiguo código de comercio terrestre Art. 435, distinguían las figuras del factor y del dependiente, el primero administraba el establecimiento, el segundo se encarga de operaciones relativas a una parte determinada del giro del establecimiento, bajo la inmediata dirección del comitente²⁷.

Nuestra legislación colombiana actual ha definido a la figura de Factor en el artículo 1332 Co.Cio., como el mandatario que está facultado para “administrar un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo”.

a. Factor propiamente dicho

El factor es un mandatario, cuyo nombramiento proviene del dueño del establecimiento, para resolver las cuestiones relacionadas con el negocio, sin intervención del dueño, con sujeción a las normas que trae el código de Comercio para los factores y los mandatarios. Su labor implica una permanencia física estable y de responsabilidad directa frente a su contratante, que le da instrucciones acerca de la manera como debe administrar el establecimiento de comercio²⁸. Los factores tienen un mandato general con representación y que por eso mismo desarrollan una actividad autónoma, obran de tal manera que al celebrar contratos con los terceros lo hacen en nombre de los empresarios, comprometiendo la responsabilidad de estos²⁹.

Entre los doctrinante hay quienes sostienen que los factores no tienen la calidad de comerciantes aunque se dedican al comercio, para Vivante el factor no se hace nunca comerciante, porque no ejerce el comercio en nombre propio, no es comerciante, ni aun cuando esté retribuido con una participación de los beneficios; la representación en negocios mercantiles

²⁶ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 35

²⁷ BONIVENTO JIMÉNEZ. Op cit. Pág. 252

²⁸ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 50

²⁹ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 43

no figura entre los actos de comercio, tesis adoptada en nuestra legislación. Otros doctrinantes como José Gabino Pinzón sostienen que si son comerciantes, inclusive los dependientes ya que se ocupan ordinaria, continuada y profesionalmente en actividades propias de los comerciantes³⁰.

El factor no necesariamente tiene que ser un comerciante, no requiere de una organización propia para el desarrollo de su contrato, no requiere un establecimiento de comercio propio, pues precisamente se le contrata para que administre uno o parte de la actividad del mismo, es un auxiliar del comerciante, inclusive puede ser un quebrado no rehabilitado judicialmente.

Esta cualidad de administradores impone obligaciones para con el mandante, tal como lo expresa en artículo 1338 Co.Cio., estas pueden ser de carácter administrativo quien debe asumir los reglamentos, y directrices del establecimiento de comercio, legales como la orden de llevar el registro contable de la operación comercial, aunque tiene autonomía en la ejecución de los negocios, debe estar sujeto a las prohibiciones que le impone el artículo 1339 Co.Cio.

b. Dependientes

Los dependientes son simples ejecutores de labores determinadas, tienen un mandato especial sin representación, carecen de esa representación y que obran bajo la continuada dependencia del empresario, es sólo para un ramo de las actividades mercantiles del empresario en la que no es necesaria la representación, puesto que hay la inmediata dirección del empleador, como por ejemplo: Los encargados de colocar los productos, de comprar, adquirir las materias primas para la elaboración de otros, los encargados de los almacenes, etc.

No pueden obligar a sus patronos, a menos que estos les confieran expresamente la facultad de ejecutar a su nombre ciertas y determinadas operaciones concernientes al giro que les encomendaren³¹. Entre empresarios y dependientes sus relaciones sólo producen efectos internos, toda vez que sólo llegan hasta terceros cuando el dependiente tiene un título que lo faculta para ello, que necesariamente deberá ser expreso y por escrito, determinará el tipo de negocio que está facultado para realizar y la inscripción de tales facultades en el registro, como

³⁰ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 44

³¹ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 60

requisito de publicidad, so pena de que, frente a terceros, sea inoponible cualquier hipótesis de falta o extralimitación del poder³².

Pueden existir dependientes a quienes se le ha dedicado un lugar determinado como centro de sus actuaciones, por ejemplo un local, una bodega, ocurre entonces que, la facultad que tienen de representar al principal está ligada a lugar donde debe desempeñar sus funciones, no tienen la misma facultad una vez que cesan la misión, si lo hacen pueden incurrir inclusive hasta en infracciones penales³³.

Esta situación se presentaría en casos extremos ya que en principio lo que habría sería un extralimitación del poder conferido, una representación indebida por finalización del poder o un vicio del consentimiento por parte del tercero por error con la persona con la que contrata, eventos estos que se podrían solucionar con las normas civiles o mercantiles, si el hecho fuese tan grave que vulnerara bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, podría tratarse de un delito.

Las eventuales infracciones penales tendrían como sujeto activo el que se hace pasar por dependiente, el bien jurídico tutelado en este caso es el patrimonio económico del tercero o del que había sido preponente.

La acción sería la descrita en el verbo rector, el nexo de causalidad la sumatoria de que la conducta haya creado un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico, sumado a que dicho riesgo queda cobijado dentro del ámbito de protección de la norma, y el sujeto pasivo o víctima podría ser un tercero o el que hubiese sido el preponente; para entrar a analizar los eventuales delitos utilizaremos como criterio esta última división.

A continuación enumeraremos los delitos que podrían presentarse haciendo referencia la situación fáctica que lo generaría, esto para hacer más práctica y clara la explicación.

1. Que el Sujeto pasivo sea un tercero que realice negocios jurídicos con el supuesto dependiente

a. Estafa

El delito de estafa está tipificado en el Art. 246 del Código Penal "El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o

³² GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 62

³³ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 62

engaños, incurrirá en prisión de 2 a 8 años y multa de 50 a 1000 salarios mínimos legales vigentes”. Uno de los elementos definidores de la estafa es el hecho de crear una situación hipotética que no existe para luego tomar ventaja de esta y afectar de cualquier modo a otra persona, este delito implica una sumatoria de circunstancias:

1. Beneficio para el sujeto activo.
2. Perjuicio patrimonial para el tercero.
3. Inducción en error y mantenimiento en error. Utilizando de artificios engañosos, estamos frente a un delito de inteligencia, prima el engaño, que hay que distinguirlo de la simple ingenuidad.

Es preciso señalar, que una vez configurada la estafa es posible que esto implique en principio responsable al preponente frente al tercero, pero si él logra demostrar que hizo pública la finalización del contrato de preposición, que el negocio entre el que era dependiente y el tercero fue con fecha posterior, no tendría injerencia en este contrato, por lo cual el tercero para exigir el pago tendría que iniciar una acción penal por estafa, por la conducta realizada por el dependiente.

b. Falsedad Personal

El delito de falsedad personal, esta dentro del capítulo de la falsedad de documentos, está tipificado en el Art. 296 del Código Penal “El que con fin de obtener provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que puede tener efectos jurídicos incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito”. Este delito puede ser una versión imperfecta de la estafa, podríamos denominarlo como una tentativa de estafa, sin embargo, en este caso el bien jurídico titulado es la fe pública.

Este delito podría presentarse en el evento en que el dependiente se haga pasar por el preponente para efectos de obtener cualquier tipo de provecho defraudando a terceros, de igual forma se podría presentar aun con la autorización del preponente, porque la facultad que se da en el contrato es para la representación de actos jurídicos o de comercio dentro de la administración del establecimiento de comercio, no para suplantar o hacer las veces del otro.

En la parte final de la norma se indica que este delito se da siempre que no se configura otra conducta punible, es decir que este delito podría ser agravante de otro como la estafa, cuando no se logra probar la existencia de otro delito podría intentarse la acción penal de manera residual por falsedad personal, pero la sanción para este caso es la multa mientras en la estafa hay pena privativa de la libertad y multa, por lo tanto se perseguiría en lo posible demostrar que hubo una estafa.

2. Que el Sujeto pasivo sea el Preponente

a. Utilización indebida de información privilegiada

El delito de utilización indebida de información privilegiada, está dentro de capítulo de defraudación, tipificado en el Art. 258 del Código Penal “El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa”. Este delito se da sobre bienes inmateriales.

El delito podría presentarse en el evento en que el dependiente aprovechando sus conocimientos del negocio que administraba, de la contabilidad del mismo, reservas industriales por ejemplo fases de producción o fórmulas para la elaboración de ciertos productos, diera esta información a un tercero para que éste supiera como hacerle competencia desleal o como atacar al preponente, también podría tomar esta información privilegiada para montarle la competencia evento este que ya esta tipificado dentro de las prohibiciones para el factor, este delito podría presentarse en cualquiera de los eventos antes descritos, aunque en principio se podría lograr una protección inicial con la normas civiles y mercantiles.

b. Abuso de confianza

El abuso de confianza está tipificado en el Art. 249 del Código Penal “El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de 1 a 4 años y multa de 10 a 200 salarios mínimos legales vigentes”. Este delito se da sobre bienes muebles. Sujeto pasivo calificado el tenedor o dueño de la cosa, verbo rector es apropiarse, actuar con ánimo de señor y dueño, puede ser por uso o por apropiación.

El delito podría presentarse cuando el dependiente al que ya se le revocó la facultad dada de administrar ciertos actividades como puede ser la administración del establecimiento de comercio, es decir la tenencia sobre la universalidad de bienes que lo conforman, tomará cualquier tipo de bien del establecimiento de comercio para sí, y sacar provecho del mismo, como por ejemplo utilizar una máquina de la producción para un negocio propio, este delito es un poco difícil de tipificar en el caso concreto porque recordemos que en el derecho penal la conducta que se quiere tipificar exactamente a la descripción del tipo no puede sólo parecerse.

2.5. Capacidad del factor

1. Mayor de 18 años, Artículo 1334 del Co. de Cio

2. Al quebrado sancionado penalmente: se habilita para esta actividad específica del comercio a quien por ley es inhábil para ejercerlo (Artículo 14 del Co. de Cio). Se permite el desarrollo de la actividad del factor con exigencias menores a las usualmente requeridas en materia de capacidad y habilidad para el ejercicio del comercio. Esto se fundamenta en la imperativa actuación del factor en representación de su preponente.

2.6. Designación del factor

La facultad de representar se otorga por medio de poder. El factor para comenzar a ejercer su cargo, debe estar provisto de un poder otorgado por el propietario del establecimiento cuya administración se le encomienda. El poder tiene como finalidad principal la de estipular las facultades de las cuales el empresario inviste al factor, no se requiere que estén discriminadas, así mismo estable las limitaciones que por el contrario si deben estar discriminadas.

“Los factores deberán obrar siempre en nombre de sus mandantes y expresar en los documentos que suscriban que lo hacen "por poder"..." Artículo 1336 Co. Cio.

Los factores y dependientes deberán contratar siempre a nombre de sus mandantes y expresar en la antefirma de los documentos que otorgaren, que los suscriben por poder, si no es cumplida se les impone como sanción, la de considerar la contratación como si la hubiesen hecho en su propio nombre.

El poder puede ser tácito, debe ser expreso cuando se limitan las facultades, pero entonces no es por razón del poder mismo sino de sus limitaciones a dichas facultades a fin de que tales limitaciones sean oponibles a terceros, por estar dotadas de alguna publicidad³⁴.

Las facultades que tiene el factor se circunscriben a la administración del establecimiento de comercio y lo que implique relación directa con la misma función en los términos del artículo 1335 del Co. de Cio, ya que esta es la prestación del contrato, por lo que en principio no implicaría ningún tipo de representación judicial.

³⁴ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 48

Sólo se originaría frente a un poder general o un nombramiento especial, si partimos de que en la preposición sólo hay poder para la administración del establecimiento de comercio, no daría lugar a la representación judicial sin embargo, consideramos que es posible que el principal le otorgaré facultades expresas en este sentido, para que asuma facultades de conciliar, desistir, transigir, recibir y nombrar árbitros en todos aquellos casos que estas facultades tengan que ver con la administración del establecimiento y sean expresos mediante poder.

Creeríamos oportunas estas facultades siempre y cuando se den para casos específicamente señalados, se presentan algunas situaciones hipotéticas, el establecimiento de comercio como se ha señalado necesita del recurso humano para el desarrollo de sus actividades, como producto de las relaciones contractuales se puede llegar a generar controversias con algún empleado contratado, que posteriormente daría lugar a interponer según sea el caso una demanda de tipo laboral o comercial frente al que aparece como titular del establecimiento de comercio. Si se tiene el poder para conciliar o transigir en términos que le sean favorables o que sean menos gravosos a lo que serían en un futuro podría conciliar por las facultadas otorgadas al factor.

En otra situación, se genera la compra de mercancías como materias primas para los productos que se hacen en el establecimiento o para la reventa y éstas salen de mala calidad, el factor como responsable realiza la reclamación sin obtener respuesta favorable o ningún tipo de respuesta en pro de reclamar éste puede iniciar alguna acción en derecho o recibir algún tipo de compensación en virtud del poder otorgado. Como podemos ver serían variados los casos en que podría ser útil la representación, esta implicaría mayores calidades y responsabilidades para el factor.

Nuestra legislación comercial se limita a consagrar la existencia de un poder otorgado por el empresario al factor pasando por alto las formalidades que debe llevar dicho poder, quedando así los terceros sin ninguna protección, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en casación de 30 de agosto de 1921 “los factores del comercio no necesitan de poder escrito para desempeñar el cargo. Este poder es una formalidad no indispensable que tendría por objeto especificar el radio de acción del factor; pero la falta del instrumento no desnaturaliza el encargo, ni convierte al factor en dependiente”.

2.7. Facultades del factor

El factor tiene una doble condición³⁵.

1. Subordinado a la organización del negocio donde indefectiblemente hay un principal.
2. Apoderado para lo relativo al movimiento de la empresa.

Se faculta al factor para celebrar todos los actos propios e indispensables de la administración del establecimiento, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los elementos del establecimiento (actos de disposición), siempre que el proponente no limite expresamente dichas facultades.

Esta facultad no se circunscribe únicamente a los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios encomendados a él en virtud del mandato sino a todos aquellos que puedan surgir de manera accidental, como representar en juicio al principal si la causa del pleito surge de las actividades del establecimiento y demás actos que tengan relación con el comercio³⁶.

Las limitaciones no deben ser de tal magnitud que desnaturalicen un normal y adecuado desarrollo del encargo. (Artículo 1335 Co. Cio.)

2.8. Derechos de factor

1. A la remuneración estipulada
2. A la indemnización de las pérdidas y gastos extraordinarios que hicieren por consecuencia inmediata del servicio que prestaren.

2.9. Obligaciones del factor

El factor debe cumplir las obligaciones del mandatario con la diligencia y cuidado que su calidad le impone. Tiene las siguientes obligaciones.

1. General: administrar el establecimiento de comercio al encomendado.
2. Específica: cumplimiento de disposiciones legales de carácter fiscal o administrativo que apliquen a los establecimientos de comercio, los mismos que las concernientes a contabilidad de tales negocios, so pena

³⁵ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 50

³⁶ GUZMÁN DE ALTAMAR, Op cit. Pág. 52

de indemnizar al preponente por los perjuicios que se le sigan por el incumplimiento de tales obligaciones.

Norma de carácter supletivo, por lo que puede pactarse en contrario, válidamente, que sea el mandante quien cumpla esas funciones o algunas de ellas. Estas obligaciones, cuando las cumpla el factor, son derivadas de la relación mercantil, y no pueden implicar, por sí solas, existencia de subordinación, para efectos de la determinación de un eventual contrato de trabajo.

2.10. Prohibiciones al factor

Podemos mencionar las siguientes:

1. Factor no puede delegar sus funciones.
2. Infringir la ley, cuando el factor o dependiente hacen o incurrir en una prohibición legal, jurídicamente han cometido una grave falta, porque han violado la norma, quebrantando lo pactado con el empresario, faltando a la obligación de serle leal en las negociaciones³⁷.
3. Una de las prohibiciones se refiere a la competencia desleal, conducta que consiste en ocuparse por su cuenta o a cuenta de una persona diferente de su principal en negocios de la misma clase, aprovechándose de los conocimientos en el negocio, sólo se justificaría ese comportamiento del factor si estuviera autorizado expresamente por el mandante. Se quiere evitar cualquier situación de deslealtad o mala fe del mandatario, en detrimento del mandante, hasta el punto que en caso de incurrir el factor en incumplimiento de esta obligación, el preponente tendrá derecho a las utilidades que de los negocios celebrados obtenga ese factor, sin obligación de soportar pérdida alguna³⁸.

Esta incompatibilidad no puede compararse con la cláusula de exclusividad prevista para la agencia o el mandato por ser totalmente distinta³⁹.

4. Además de las limitaciones establecidas en el poder.

³⁷ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 55

³⁸ BONIVENTO JIMÉNEZ. Op cit. Pág. 262

³⁹ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 32

2.11. Factor frente a terceros

Los factores deben obrar siempre en nombre de sus mandantes y expresar en los documentos que suscriban que lo hacen por su poder. El factor obra por cuenta y en nombre del preponente y si lo hace dentro del marco de sus facultades, obliga a éste directamente, aunque viole las instrucciones recibidas, se apropie del resultado de las negociaciones o incurra en abuso de confianza. Estas circunstancias son relevantes para la relación interna preponente-factor, intrascendente para terceros.

Hay que separar los efectos propios de una extralimitación de facultades, de una violación de instrucciones dentro del marco de los poderes conferido.

Puntos que pudieran tener especial importancia para terceros:

1. Limitación de facultades del factor
2. Inscripción de la revocación del encargo

Al factor se le aplican todas las normas en materia de representación, excepto en materia de efectos de la revocación frente a terceros.

2.12. Casos excepcionales en que obrando el factor en nombre propio, vincula a su mandante frente a los terceros con quienes contrató.

Los factores siempre que actúen deberán aclarar que lo hacen por poder, a fin de que sus actuaciones obliguen directamente al preponente, sin embargo, la ley mercantil trae los casos en los cuales los actos ejecutados por el factor en su propio nombre obligan al preponente, son estos los consagrados en el Art. 1337 del Co. Cio⁴⁰.

Los casos son:

1. Cuando el acto o contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento administrado y sea notoria la calidad de factor de la persona que obra.

La calidad notoria del factor se puede determinar de dos formas, la primera de ellas con la inscripción del contrato en la Cámara de Comercio lo que hace el contrato público y oponible para terceros, esta sería la forma ideal y en la que habrían más garantías para todas la partes.

⁴⁰ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 31

Otra manera de establecer la personalidad del factor es por la ejecución misma del contrato, el evento que da por ser perceptible o demostrable ya que el factor esta actuando en nombre del tercero, lo que se conoce en la teoría de la representación como representación aparente, si el factor es el que está a cargo de manera permanente del establecimiento de comercio, dirige a los demás empleados o colaboradores suyos en la administración y empieza a tener contacto con proveedores, cliente y demás, va a ser evidente para estos terceros su posición de administrador en el establecimiento de comercio, sin la necesidad de manifestar que lo está haciendo en nombre de otro.

2. Cuando el resultado del negocio redunde en provecho del preponente aunque no se reúna las condiciones requeridas en el ordinal anterior.

Estas actuaciones no crean solidaridad entre el preponente y el factor frente al tercero por la actuación, sino que esté podrá ejercitar la acción en forma directa y actuar o bien contra el preponente o contra el factor, nunca contra ambos. Si el factor hubiera obrado en nombre del preponente, sólo contra este podría dirigirse; o si lo hubiera hecho en nombre propio y no existiera la disposición de excepción señalada, sólo contra este factor procedería la acción.

2.13. Publicidad del contrato

El contrato de preposición no es un contrato solemne, es decir que de esa inscripción no depende la existencia ni la validez del contrato, es consensual esto es porque se da por el acuerdo entre las partes, en este caso el preponente y el factor. Pero deben inscribirse en el registro público mercantil el contrato de preposición, para que sea oponible a terceros y surta el efecto frente a terceros la publicidad. *“La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil”* Artículo 1333 del Co. Cio.

Su importancia radica en que es el medio de inoponibilidad a terceros; el registrarlos da lugar a interpretar que el factor tiene todas las facultades suficientes, para la realización del giro ordinario del negocio; retomamos la definición de inoponibilidad del Art. 901 del Co. Cio “Inoponibilidad. Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

El omitir el requisito de publicidad daría lugar a que la negociación fuera viciada por un vicio del consentimiento, el cual es el de error con la persona con la que se contrata sin embargo, una de las cargas que tiene el factor al celebra contratos es presentarse como tal, lo que evitaría en la teoría estos errores.

No inscribir el contrato de preposición podría tener las siguientes implicaciones, si hacemos analogía de que sucede cuando no se inscribe la contabilidad:

1. Sanciones administrativas para el preponente. Estas sanciones no están expresamente reguladas en el Código de Comercio, pero consideramos que se debe tratar de multas fijadas por la Cámara de Comercio para estos casos.
2. Se pierde el valor probatorio del contrato, lo que implicaría que el juez se basaría en otras pruebas para la determinación de la existencia del mismo.

El procedimiento para realizar el registro ante la Cámara de Comercio del domicilio del establecimiento de comercio esta regulado por esta misma entidad la cual requiere que el contrato contenga:

1. La identificación tanto del preponente como del factor;
2. Las facultades del factor y límites a su gestión;
3. y finalmente Identificación del establecimiento de comercio sobre el cual recae el contrato.

Luego para su registro necesariamente debe adjuntar copia auténtica de la escritura pública o del documento privado que contenga el contrato, suscrito tanto por el preponente y el factor; el documento privado debe ser reconocido ante Notario y acreditar el pago de los respectivos impuestos de registro y los derechos de inscripción.

2.14. Terminación del contrato de preposición

La ley mercantil guarda silencio en cuanto al tema. En consecuencia habrá que aplicar las normas generales de extinción del mandato comercial, siempre que no contraríen la naturaleza misma del contrato, y sin perjuicio de los efectos que pudieran ocasionar en el evento de presentarse que concurra el contrato mercantil con un contrato de trabajo.

Podemos mencionar las siguientes:

1. Muerte tanto del factor como del preponente siempre que ambos sean personas naturales.
2. Por su absoluta inhabilitación para el servicio estipulado.
3. Puede vencerse el plazo o cumplirse una condición que determine su terminación.

4. Por la enajenación del establecimiento que sirviesen. El factor es el administrador del establecimiento de comercio, no consideramos que haga parte de la universalidad de bienes que conforman el establecimiento, sin embargo, para este punto sería importante revisar si en el caso concreto se previó en el contrato que pasaría con el factor ante una eventual enajenación del establecimiento, si no se hizo esta previsión consideraríamos que se extinga el contrato por la enajenación haga las veces de una revocación del poder conferido mediante el contrato.

El procedimiento para la publicidad de la terminación del contrato o la revocación también se surte ante la Cámara de Comercio de igual manera toda modificación al contrato.

Frente a este tema se pueden presentar distintos panoramas, los cuales pueden ser por terminación por mutuo acuerdo entre las partes, para lo cual se debe inscribir y requiere que el documento que las contenga, esté suscrito y reconocido por el preponente y el factor.

Cualquiera de las partes podría finalizar el contrato sin la necesidad del consentimiento de la otra por las causales señaladas en la ley comercial o en el texto del contrato.

De otra parte en el art. 1279 de Co. Cio consagra: "El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conocido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa." En este evento si el preponente ha pactado la irrevocabilidad del mandato este sólo lo podrá dar por terminado previa indemnización al factor, si así se ha estipula en el contrato de preposición. De igual manera, admite la revocación si existe justa causa.

La terminación del contrato se puede dar por decisión unilateral por parte del factor, ante la Cámara de comercio teniendo en cuenta que el contrato de preposición, sus modificaciones y revocación, deben constar en documentos privados, para efectos del registro mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Co. de Cio, se requiere que el escrito se encuentre reconocido ante notario o juez por los otorgantes o en su defecto debe ser presentado personalmente ante el secretario de la respectiva cámara de comercio.

A su vez, para proceder a la inscripción de estos documentos, de acuerdo con las facultades asignadas a las cámaras de comercio, debe observarse que el documento no reúna vicios de inexistencia, ineficacia o que expresamente la ley no determine requisitos especiales que deban ser verificados por la Cámara de Comercio, tal y como lo prevé el inciso

primero del numeral 1.4.1, capítulo primero del título VIII de la Circular Única proferida por la Cámara de Comercio.

En este sentido, analizada la normatividad referente al contrato de preposición, no se advierte ningún requisito adicional que deban ejercer las cámaras de comercio para proceder a su registro, por consiguiente, simplemente revisarán que en el contrato, modificación o revocación conste la identificación de las partes que suscriben el documento, descripción del establecimiento de comercio objeto del negocio, facultades y limitaciones que se otorgan al administrador o la expresión de voluntad del otorgante de modificar o revocar el contrato inicial. Así las cosas, las demás cláusulas que se estipulen en el documento no son objeto de estudio, ni de control por parte de las cámaras de comercio, a menos que las mismas constituyan vicios de ineficacia o inexistencia.⁴¹

⁴¹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución No. 18972 2003-07-02 Ref. Expediente No. 03036919

3. DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN Y EL CONTRATO LABORAL

En este capítulo haremos una distinción del derecho laboral con el derecho mercantil, indicaremos cómo se determina la norma aplicables a una situación de hecho específica, luego distinguiremos el mandato del contrato laboral y la preposición del contrato laboral, donde presentaremos tres posibles soluciones a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato. Contaremos con el apoyo de una revisión jurisprudencial sobre la materia, lo que nos permitirá al final fijar nuestra posición sobre el tema.

3.1. CONTEXTUALIZACIÓN

El derecho mercantil es propio de la sociedad capitalista, que sus actores son los que pertenecen a la clase social denominada capitalista y que los intereses que regula son esencialmente individuales. Es el derecho de una clase. Acontece al contrario con el derecho laboral el cual es regulador de clases sociales en abierta y continuada contradicción, la clase capitalista y la proletaria, es el marco u ordenamiento jurídico entre el dinero y la mano de obra, sus normas son consideradas de orden público⁴².

El comerciante se encontraba protegido por la ley frente a los de su propia clase, el trabajador era tenido como un bien más del capital. Cuando la actividad laboral se separa del derecho civil para convertirse en una rama autónoma, partiendo de que se originan en actividades distintas sus efectos muchas veces son absorbidos y regulados íntegramente por una de estas ramas del derecho⁴³.

El punto de convergencia entre el derecho laboral y el mercantil, se encuentra en la tendencia humana de ejecutar actos por cuenta de otro, allí encontramos la figura de la representación. No tiene su origen en las instituciones del derecho romano por la rigidez en la distinción entre el ciudadano y el no ciudadano aparece con el derecho canónico Siglos XIV y XV por la multiplicidad de relaciones mercantiles entre plazas lejanas, el impulso del comercio marítimo, que trajo consigo el ensanche de la industria mercantil⁴⁴.

⁴² ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 7

⁴³ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 8

⁴⁴ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. pag 9

Es preciso distinguir cuando en una relación jurídica hay carácter mandatario y cuando no lo hay:

El comisionista y el agente de cambio tienen el carácter de mandatario porque su misión es celebrar actos jurídicos por cuenta de otra persona que los faculta para ellos.

El electricista, el mecánico, el médico, el pintor no son mandatarios. El abogado cuando su labor consiste en dar instrucciones a las partes, no las representa no es mandatario.

Los empleados que estén vinculados a su empleador por una relación de subordinación no están investidos del carácter de mandatarios, pero no están exentas de que el empleador pueda llegar a investirlos de su mandato, el cual surge una vez que estos facultan a aquellos para celebrar por su cuenta actos jurídicos, por ejemplo:⁴⁵

- Cuando un empleado del servicio doméstico está facultado por su empleador para la venta o compra de animales o para que lleve la administración general de una finca.
- Empleados del comercio a quienes sus empleadores autorizan o encargan para efectuar cobros y pagos.
- Un ejemplo de contrato laboral en que generalmente hay que cumplir un mandato es de cobrador.

En los representantes de comercio la presencia de un mandato otorgado a ellos no excluye en modo alguno la existencia de un contrato laboral. El hecho de la presencia de mandato no es motivo para impedir el que se apliquen las disposiciones sociales que hacen referencia al contrato de trabajo, pues esta legislación busca asegurar y proteger al trabajador, defender sus derechos contra las injusticias patronales.

Los jueces laborales estudian situaciones jurídicas que en veces son o aparentan ser mercantiles o que siendo laborales se pretenden desconocer en razón de su encubrimiento a través de la ley mercantil. Los anteriores litigios nacen en virtud de que la ley laboral consagra prerrogativas económicas para los trabajadores como cesantías, intereses de cesantía, primas, vacaciones, indemnizaciones por la terminación injustificada del contrato que no está previsto para los comerciantes⁴⁶.

⁴⁵ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 27

⁴⁶ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 46

Esta coexistencia de contratos ha generado dos posiciones:⁴⁷

- Los tribunales se han pronunciado aceptando la presencia de dos contratos que se hallan combinados, es decir hay una coexistencia entre ellos.
- Pasa por desapercibido o no tiene presente que hay una coexistencia de contratos y llegado el momento de aplicar las normas respectivas dan prelación a un solo contrato, de tal manera que queda como si el otro contrato no existiera.

3.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS LABORALES Y LAS NORMAS MERCANTILES.

Criterio diferenciador	Normas laborales	Normas mercantiles
Sujetos	Excluye la posibilidad de la existencia de un contrato de trabajo entre dos personas jurídicas o entre una persona natural como empleador y otra persona jurídica en su calidad de trabajador.	No limita específicamente la actividad mercantil en razón de la calidad de las personas ya que estas pueden ser naturales o jurídicas.
Presunciones	Que toda relación de trabajo personal, está regida por un contrato de trabajo, es una presunción legal que admite prueba en contrario.	Que una persona ejerce el comercio cuando se haya inscrita en el registro mercantil, cuando tenga establecimiento de comercio y cuando se anuncia al público como comerciante en cualquier medio.
Coexistencia de contratos	Prevé que el contrato de trabajo así se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros contratos, no pierde su naturaleza y le son aplicables sus normas.	Prevé que si el acto fuera mercantil para una de las partes se regirá por la ley mercantil. Sin embargo en caso de conflicto entre las leyes del trabajador y cualquier otra, prefiere ella.
Carácter de las normas	Son de orden público, es decir producen efecto general inmediato, en razón del interés social y comunitario que protege.	Son de carácter supletorio y excepcionalmente de orden público.

⁴⁷ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 25

3.3. CRITERIOS PARA APLICAR LA LEY A UN CONTRATO.

Cuando se presenta el caso de que el contrato de mandato aparezca en combinación con otro es preciso observar algunos principios, los cuales resumimos a continuación⁴⁸:

1.	Si existe conciliación entre las normas de dos contratos combinados deben aplicarse respectivamente.	<p>Esta es la regla que debe ponerse en práctica en el caso del cobrador que investido del carácter de mandatario está facultado para cobrar y recibir dineros, a la vez que es un arrendador de servicios en sus relaciones generales que ligan al empleador del cual depende.</p> <p>Una concurrencia de contratos donde, a pesar de su existencia y ejecución paralelas o concomitantes en el tiempo, cada contrato conserva su propia naturaleza jurídica y su propia individualidad, sin que la suerte de uno de ellos afecte necesariamente la del otro y sin que la expiración o el incumplimiento de uno o de ambos contratos tengan las mismas consecuencias ante la ley, por ser distintos los regímenes normativos aplicables a cada una de aquellas especies de contratación.⁴⁹</p>
2.	Si los principios que se refieren a uno de los contratos coexistentes son realmente inconciliables con las del otro contrato predominan la normas que son de orden público.	<p>Por ejemplo; el empleado que arrienda sus servicios por tiempo indefinido, pero que al mismo tiempo es mandatario de su empleador, los contratos que se refieren a ese mandato en ningún caso puede enervar el primer contrato porque está gobernado o regido por normas que son de orden público.</p>
3.	Cuando el conflicto se presenta entre las reglas de los dos contratos combinados y ninguna de ellas es de orden público.	<p>Corresponde al juez estar a la intención que tuvieron las partes al contratar, averiguando o investigando cual de los dos contratos combinados tiene el carácter de principal, deben prevalecer las reglas del contrato que reúna tal requisito, esto se hará sobre aquellos puntos en que los principios de los dos contratos no se concilien siempre que las partes hayan querido establecer una indivisibilidad entre el mandato y el contrato combinado con él, pues de lo contrario no habría conflicto, no se presentaría ninguna oposición a la respectiva aplicación de las reglas de uno y otro. Sin perjuicio de procurar, en lo relativo a las prestaciones subordinadas, que son las que participan de la naturaleza de otro contrato, la aplicación en lo pertinente a título complementario, de las normas que lo regulan, siempre que con ello no se desvíe el objetivo principal querido por los contratantes en el negocio global.</p>

⁴⁸ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 25

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, sentencia de 10 de septiembre de 1986

3.4. RELACION DEL MANDATO CON EL CONTRATO DE TRABAJO

Vivante distingue entre mandato, arrendamiento de servicios y representación. El mandato dice, contiene el encargo de administrar uno o más negocios del principal, la representación el de estipularles en nombre del principal, el arrendamiento de servicios supone el encargo de ejecutarlas, de tal manera que el derecho italiano casi se ha abolido la doctrina que identificaba el mandato con la representación⁵⁰.

-Principales diferencias entre mandato y contrato de trabajo⁵¹.

Criterio diferenciador	Contrato de Mandato	Contrato de Trabajo
Figura Jurídica. Causa	Hay representación. Se contrata con un comerciante para que haga las veces del otro.	Hay Subordinación. Se contrata un trabajador para que preste sus servicios ⁵² .
Objeto	Implica la gestión de negocios jurídicos, primando la inteligencia.	Actividad técnico, prevalece el trabajo material.
Onerosidad	Puede ser gratuito o remunerado.	Es de la esencia ser remunerado.
Ejecución	Cuando el mandatario ejecuta los negocios jurídicos es como si lo hiciera el mismo mandante: en el ejercicio de sus funciones tiene autonomía.	Es personal; el trabajador se hace responsable de su actuación, pues no hay nada más claro que indique dependencia que la continuada vigilancia del empleador.
Delegación	El mandatario puede delegar el encargo cuando el mandante no lo ha prohibido.	No.
Duración del contrato	Es por regla general revocable y renunciante.	Está sometido a término fijo o a plazo presuntivo.
Jurisdicción	Ordinaria; solo por excepción en el caso de reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios de carácter privado, conoce la jurisdicción laboral.	Laboral.
Terminación	Si. Por la muerte del mandante.	No termina con la muerte del empleador.

El mandato con representación excluye cualquier posibilidad de una relación laboral, la figura de la representación es ajena en su esencia a cualquier relación laboral.

⁵⁰ GUZMÁN DE ALTAMAR, Op cit. Pág. 35

⁵¹ GUZMÁN DE ALTAMAR. Op cit. Pág. 30

⁵² ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pag 46

Si se contrata a un mandatario para que en razón de sus calidades mercantiles, ejecute varios actos de comercio o sea mandatario general de otro, el mandante no puede establecerle un horario, quitarle autonomía en sus decisiones, pagarle por su actividad personal más que por los negocios porque esto podría forzar la naturaleza del contrato mercantil y convertirlo en laboral⁵³.

Cuando el contrato de mandato no prevé la representación, la distinción si estamos frente a una relación mercantil o laboral se hace más difícil, el criterio distintivo será la realidad del contrato, el estudio de los hechos, se comparan los elementos de un contrato frente al otro, a través de un criterio de exclusión.

3.5. RELACIÓN DE LA PREPOSICIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO

La actividad del factor se asemeja mucho al empleado que administra un establecimiento de comercio. Encontramos, entonces en el factor del comercio que en ocasiones la ausencia del elemento independencia y por contrario brota con facilidad la subordinación y dependencia a la que por disposición legal está sometido el factor a su mandante, se manifiesta en la obligación de acatar los reglamentos administrativos relativos a la empresa.

El elemento determinante para calificar la concurrencia o no concurrencia de estas figuras, es la existencia o inexistencia de subordinación, en términos de relación laboral, del factor al preponente en desarrollo de sus funciones.

Subordinación	Consiste en la posibilidad jurídica que tiene el empleador para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento. No es necesario que esa facultad sea constante, aunque el empleador puede ejercerla en cualquier tiempo.
Subordinación imperceptible	Se da en lo que se denomina altos empleados, aquellos que representan al empleador y lo obligan frente a sus trabajadores, como los que ejercen funciones de dirección o administración, tales como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos, capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.

⁵³ ORDÓÑEZ DE CARDOZO. Op cit. Pág. 47

No es subordinación	La vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solas, pruebas de dependencia o subordinación jurídica pues son elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esa característica especial del trabajo. Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyos imperios cumplimiento no signo de la continuada dependencia o subordinación ⁵⁴ de una parte a otra, que es lo que diferencia el laboral de los similares.
----------------------------	--

La definición del contrato dependerá del desenvolvimiento de la situación jurídica concreta, y no de la denominación con que la rotulen las partes.

Lo anterior nos permite plantear las siguientes hipótesis:

1. Contrato de preposición no tiene nada que ver con el contrato laboral: no hay subordinación.

El empresario y su factor quedan ligados por una relación jurídica de naturaleza contractual de mandato con representación, de tracto sucesivo. El factor ejecuta el encargo sin sujeción o dependencia de los términos señalados, es independiente en la ejecución del contrato.

El preponente puede, por regla general, terminar unilateralmente el contrato sin lugar a indemnización alguna, por ser este esencialmente revocable; es natural la revocación por el principio de confianza que rige este tipo de negocios, sin embargo, si el contrato de preposición se pacta a un plazo determinado, el preponente no lo podrá acabar sino al vencimiento del término.

Dará lugar a indemnización de perjuicios por parte del principal puesto que el factor ya tenía una legítimas y concretas expectativas sobre el negocio, el factor puede demostrar que habría sacrificado otros negocios por encargarse del contrato de preposición o con base a la previsión de los ingresos futuros aquí obtenidos ya habría iniciado otros negocios y había adquirido otras obligaciones, podrá exigir indemnización siempre que pruebe que los perjuicios son ciertos, directos y que lo afectan por la finalización del contrato, para lo cual no bastará su sola manifestación sino tendrá la carga de la prueba para demostrar esta situación, situación esta que en la práctica consideraríamos de difícil prueba, la mayoría de los perjuicios resultarán siendo indirectos pues sería complejo determinar el nexo de causalidad.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, sentencia de 14 de junio de 1973

2. Contrato de preposición en realidad es un contrato laboral: Hay subordinación.

Porque se presenta los elementos esenciales para que haya un contrato de trabajo: prestación personal, subordinación y remuneración.

Implicaciones de calificar el contrato de preposición como laboral:

- Prestaciones consagradas a favor del trabajador
 - Obligaciones patronales para con el ICBF
 - Obligaciones propias de la seguridad social obligatoria
 - Indemnización moratoria o de salarios caídos
 - Indemnizaciones legales en caso de terminación unilateral injustificada del contrato
3. Contrato de preposición concurre con el contrato laboral: hay subordinación al tiempo que hay representación.

Sí además de la prestación del servicio personal del factor y la remuneración por parte del preponente, aquel está obligado a obedecer instrucciones de éste en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar para realizar la labor, existirá al lado del mandato, un contrato de trabajo.

Que exista la concurrencia entre el mandato de los factores y el contrato de trabajo no nos permite establecer que el primero sea principal y que el segundo tenga el carácter de accesorio, debido a que la naturaleza jurídica de estas figuras son en sí mismas distintas.

En este caso los dos contratos son igual de importantes, porque ciertamente están diseñados para relaciones y objetos diferentes, al momento de una disputa jurídica entre el factor y el preponente se tendrá en cuenta los criterios señalados en el numeral 3.3. del capítulo tercero del presente texto.

Que tratamientos se le daría a los ingresos que tenga el factor frente al tema laboral? Cómo se diferencia el uno del otro?.

Al celebrarse el contrato entre el factor y el preponente se pacta la remuneración que tendrá el factor, que podrá ser un porcentaje de las utilidades del negocio, un valor periódico determinado, o una combinación de las dos formas.

Sí se trata de contrato de trabajo esta remuneración sería un sueldo un ingreso que podrá ser mensual, quincenal, etc, esta relación contractual a su vez genera para el empleador una carga prestacional por tanto habría

que agregarle otros conceptos como la seguridad social, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y demás beneficios legales establecidos para un contrato laboral.

Sí por el contrario lo tomamos como un contrato mercantil esa remuneración sería la contraprestación por su obligación de administrar el establecimiento de comercio y no hablaríamos de los beneficios antes señalados exclusivos de los contratos laborales.

Ciertamente para el factor es más oneroso que su vínculo sea tratado como laboral porque tendrá mayores beneficios mientras que para el preponente resulta más beneficioso como contrato mercantil porque la relación mercantil es autónoma e independiente frente al factor en cuanto a la administración del establecimiento de comercio.

Es preciso que en la elaboración del contrato de preposición definir bien la naturaleza del contrato para lo cual es primordial identificar primero que es el factor, si es comerciante ciertamente es un contrato comercial partiendo del criterio de subjetividad para definir si un acto es de comercio, es comercial el acto que se realiza entre dos comerciante, en este caso el preponente y el factor.

Pero si es un auxiliar del comerciante o un simple dependiente del comerciante, no estaría claro si lo deberíamos tratar para efecto del contrato como un comerciante o un tercero que realiza una prestación de servicios en un contrato o sí por el contrario, lo tratamos como un empleado del comerciante, por eso los doctrinantes han definido que en el contrato de preposición hay unas relaciones externas que es la actividad del factor con terceros en la que ciertamente hay una intermediación mercantil por lo cual es un contrato mercantil, pero en la relación interna factor-preponente no se tiene criterios unificados, para unos doctrinantes es una relación mercantil para otros es laboral, de acuerdo a lo señalado dependerá de la calidad que se le asigne al factor.

La calidad del factor ha sido tema de discusión por los doctrinantes como lo hemos señalado en apartes anteriores unos consideran que tienen la connotación de comerciante para otros son auxiliares del comerciante por lo tanto son simples colaboradores, distinto es que la administración de un establecimiento de comercio de un todo o parte sea considerado acto de comercio y por lo tanto está sujeto a registro mercantil, consideramos que el factor es un administrador que ejecuta tareas propias de su función y por lo tanto no es entendido como comerciante luego no debe estar en el registro mercantil.

Sin embargo, existe la posibilidad de que el factor sea registrado cuando se inscribe el contrato de preposición o cuando se hace anotaciones referentes al establecimiento de comercio, en ese sentido el factor

quedara inscrito como tal, pero no como comerciante. Si partimos del extremo de que el factor es un empleado se puede inscribir pero no por eso deja ser empleado o se vuelve comerciante, porque como decimos el registro no es constitutivo, sino simplemente para efectos de publicidad como lo es por ejemplo, cuando se inscribe un representante legal, o cuando se notifica a la superfinanciera el nombramiento de un presidente de un banco.

Otro punto es establecer la relación factor-preponente la existencia de subordinación o un simple encargo por ejecutar bajo ciertas directrices. Entendamos la subordinación como la facultad que tiene el empleador de impartir órdenes y del empleado de acatarlas y realizarlas, si determinamos que hay subordinación ciertamente estaremos frente a un contrato laboral, si no la hay estaremos frente a un contrato comercial.

Definir la existencia o no de la subordinación es difícil en el abstracto pero el estudio del caso concreto se puede tener elementos o criterios de juicio que permitirán definir su existencia, por lo tanto consideramos que puede haber un contrato de preposición exclusivamente mercantil en el que no haya ningún tipo de subordinación o puede haber un contrato mercantil con un contrato laboral por una clara subordinación del factor al preponente, en ese orden de ideas resulta de suma importancia definir bien los límites de la dirección del contrato para que no se incurra en subordinación.

Creemos esta posición la más correcta puesto que es un contrato mercantil en esencia, si se quisiera tener empleados se contratarían como tales, y ya se tendría presente los costos que podrían implicar.

Es cierto que en la realidad de los negocios el comerciante busca siempre la mayor eficiencia, ganar más con los menores costos posible, de hecho al comerciante lo mueve su ánimo de lucro pero también es cierto que en virtud del principio general de la buena fe en todos los contratos se debe tener presente una carga de las partes con las que se busca no pasar por encima de la contraparte, hacer las cosas lo más cercano a derecho posible, y en el caso específico de este contrato de preposición con relación a las personas que le ayudan al comerciante, no explotarlas y darles lo que es justo, por ese motivo consideramos importantísimo tener claros todas esas situaciones eventuales que se puedan presentar para encontrar una solución anticipada o una forma de manejarla adecuadamente cuando se presente.

Como profesionales del derecho es deber darle a conocer a los empresarios los riesgos en los que puede incurrir al desconocer y desnaturalizar las obligaciones contractuales tanto en el contrato mercantil como el contrato laboral, principalmente en el tema del derecho laboral por el hecho de ser normas encaminadas a proteger los derechos del

trabajador adicional a esto a las sanciones administrativas que dan lugar por no acatar la ley y darle la utilización indebida a figuras como las Empresas de Servicios Temporales y los contratos de prestación de servicios, mecanismos alternos para que los empresarios puedan tener personal sin las cargas que implican una relación laboral.

Frente al caso hipotético que un empresario decidiera celebrar un contrato de preposición, con la finalidad de evitar una futura relación laboral la clausula cubriría a dicho empresario, se considera que hay un aspecto en el mandato aplicable al contrato en estudio y es establecer un mandato con representación, es decir que el factor actúe en nombre del principal.

3.5.1. Análisis Jurisprudencial

Hemos realizado una revisión jurisprudencial frente al tema de los contratos discutidos en este trabajo, citamos dos sentencias que son de hecho antecedentes frente al tema de concurrencia de contratos.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 Septiembre 1986, M.P. Dr. Juan Hernández Sáenz.

Hechos

Se hace una breve descripción de los hechos para contextualizar el tema. La controversia se origina por la sustitución del gerente de una empresa transportadora por la Asamblea General de Accionistas al elegir como gerente a otra persona.

El anterior gerente tenía un mandato representativo que finaliza por la expiración del periodo estatutario y nuevo acto de elección realizado por la Asamblea General. A su vez existía un contrato de trabajo lo cual no significó la terminación del mismo.

El periodo estatutario del gerente de la transportadora vino a transformar el contrato de trabajo del gerente de contrato a plazo indefinido en contrato por plazo fijo, por la sola aceptación de la gerencia. Aunque de acuerdo al artículo 4 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 exige que la duración determinada se pacte por escrito en el contrato de trabajo y no en acto o documento distinto.

Pretensiones del Demandante

Acudiendo que había sido despedido injustamente, solicitaba una indemnización de perjuicios y pensión especial de jubilación.

Fundamentos de Derecho

La personería de un ente colectivo, como gestor, representante legal o Gerente, se rigen por lo previsto en los estatutos del dicho ente o, en forma supletoria por la ley civil o por mandato comercial, con la obligación de respetar y cumplir los estatutos y de velar por su observancia plena y permanente por el poder otorgado.

De esta relación comercial nace paralelamente una relación laboral donde el demandante tiene el deber de acatar y cumplir las determinaciones, órdenes o instrucciones que le imparta la Asamblea General de Asociados, la Junta Directiva o la Junta de Socios y demás organismos de dirección suprema del ente moral de que se trate, tales labores subordinadas del personero colectivo quedan regidas por un contrato de trabajo distinto e independiente del mandato, a que se aludió e igualmente amparadas por lo prescrito en la ley laboral.

Concluye la Corte suprema

1. Una concurrencia de trabajos donde, a pesar de su existencia y ejecución paralelas o concomitantes en el tiempo, cada contrato conserva su propia naturaleza jurídica y su propia individualidad, sin que la suerte de uno de ellos afecte necesariamente la del otro y sin que la expiración o el incumplimiento de uno o de ambos contratos tengan las mismas consecuencias ante la ley, por ser distintos los regímenes normativos aplicables a cada una de aquellas especies de contratación.
 2. En el campo laboral, quien exija un resarcimiento de perjuicios derivados de un despido que juzgue contrario a la ley, debe comprobar que judicialmente la existencia de ese despido, para colocar a si a su contraparte en la necesidad jurídica de acreditar que tuvo una justa causa para despedir pues, de lo contrario, quedará obligada a repararle los daños a la víctima en la forma prevista por la ley, la convención colectiva de trabajo o las propias estipulaciones del contrato incumplido, siempre que todas estas últimas amplíen o superen los dictados legales.
- Corte suprema de justicia. Sala de Casación Laboral, sentencia de 2 de septiembre de 1994, M.P Dr. Manuel Enrique Daza Álvarez.

Hechos

Las partes celebraron el contrato de preposición con el objeto de que el trabajador pudiera cumplir en mejores términos su cargo de administrador de un establecimiento de propiedad de la empleadora. Tenían un contrato laboral anterior.

En el contrato comercial dispusieron que la remuneración con que se comprenda la administración a la que se obligan los factores se pague por el preponente de acuerdo a los convenios que estuvieran rigiendo las partes de tiempo atrás.

Fundamentos de Derecho

1. Es notorio que en este caso el elemento de la subordinación jurídica propio del contrato de trabajo predominó en los servicios personales tanto de orden laboral como de naturaleza comercial convenidos entre el actor y la empresa demandada, puesto que en principio no era determinable en que asuntos el accionante actuaba en cumplimiento de un mandato comercial o cuando en atención de sus obligaciones de carácter laboral.

Pretensiones del Demandante

Delimitar las funciones propias de contrato de trabajo y del contrato de preposición, en razón a que este último se celebró con el fin de que el trabajador cumpliera en mejores términos su cargo de administrador.

Concluye la Corte Suprema

Es difícil poner límites a los contratos concurrentes en el evento que en la situación contractual común presenta variados elementos jurídicos y de hecho que permiten conjunta o separadamente establecer la existencia de contratos de diversa índole, entre ellos el de trabajo, en razón a que la dinámica de los servicios prestados hace que simultáneamente se empleen las mismas facultades y atribuciones convenidas, constituyendo una dificultad conocer hasta donde se ejercita un contrato y donde inicia el cumplimiento del otro, situación que se advierte es de usual ocurrencia en los cargos que comúnmente se denominan altos empleos; gerentes, administradores generales, socios administradores, etc, donde el aspecto predominante es la subordinación propia de las relaciones labores.

CONCLUSION

Resulta válida la concurrencia de contratos así lo ha expresado la Corte Suprema en las sentencias antes analizadas.

Lo que nos permite concluir que ante la posible coexistencia contractual es importante precisar aspectos propios de cada uno, los límites que tiene el factor, su remuneración, y determinar que éste goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de las funciones que le son encomendadas, que tales actuaciones son en cumpliendo al poder otorgado por el preponente.

Al celebrarse concomitante en el tiempo un contrato laboral es claro definir circunstancias de tiempo, modo y lugar, tipo de contrato, remuneración, y que cumplirá con la obligación acatar las órdenes, reglamentos y directrices de la organización para que al final no resulte para el trabajador que esta inmerso en otro tipo de contrato distinto al laboral.

Por lo anterior y atendiendo a los antecedentes consideramos muy importante evitar al máximo la citada concurrencia o coexistencia, y que el contrato sea tratado sólo como comercial, en nuestra investigación nos hemos inclinado por la concurrencia, pero como abogados comercialistas y como empresarios debemos garantizar que el contrato sea sólo comercial.

CONCLUSIONES

Luego de haber revisado en detalle el contrato laboral y los contratos de intermediación a modo general, y en particular el contrato de preposición, principal en el estudio de la presente monografía, pasamos en el desarrollo del trabajo hacer un análisis de la relación entre las normas mercantiles y laborales de acuerdo a unos criterios de distinción, específicamente en el tema de los contratos, luego hicimos mención de los criterios a tener en cuenta para aplicar unas normas a un contrato cuando coexisten o no se tiene certeza de si se está en uno o en el otro, para finalmente de esta forma haber determinado la naturaleza jurídica del contrato de preposición.

A partir de ese estudio presentamos tres posibles soluciones a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de preposición, una que es un contrato mercantil, otra que es un contrato laboral, y una tercera que coexiste el contrato mercantil con el laboral.

Teniendo como referente que esto dependerá del grado de independencia del factor o dependiente, de la naturaleza de las obligaciones, y en parte también de si el contrato es para un factor o para un dependiente, ya que aunque nuestra legislación no hace la distinción, para efectos prácticos ésta sí es de vital importancia, porque es evidente que el factor al administrar la totalidad del establecimiento de comerciante tiene mayor independencia que el dependiente que sólo administra una parte.

- a) Los argumentos a favor de que el contrato es mercantil tienden a determinar que lo más importante de este contrato es la representación que hace el factor del comerciante principal, en la administración del establecimiento de comercio, el factor contrata a nombre y a favor de su mandante, de ahí que sea correcto ubicarlo dentro de los contratos mercantiles de intermediación. También es preciso anotar que si bien el comerciante le direcciona cómo debe ejecutarse el contrato, esto no es subordinación en los términos del derecho laboral, ya que él tiene independencia, no está sujeto a un reglamento de trabajo y no le debe una obediencia o dependencia al comerciante, esta independencia se garantiza siempre y cuando persiga el mayor beneficio para el establecimiento de comercio y para el comerciante que representa.
- b) En cuanto a los argumentos a favor de que es un contrato laboral tienden a determinar que el grado de independencia del factor es nulo y que realmente el direccionamiento del contrato es una subordinación, que sumándose a que es una prestación personal y que hay una remuneración constituyen un contrato laboral, aun más cuando la legislación laboral tiene consagrada la figura del

contrato realidad, y esto es que cualquier contrato donde se presenten los elementos de un contrato de trabajo sin importar la denominación que las partes le den es un contrato laboral, figura que se estableció de manera garantista porque muchos empleadores querían simular otros tipos de contratos civiles o mercantiles que no le implicara las cargas adicionales que genera el contrato de trabajo lo cual en términos económicos le resulta más provechoso.

- c) Una tercera posición determina que coexiste el contrato mercantil con el contrato laboral, ya que el factor está representando ante terceros al comerciante, al tiempo que en las relaciones internas entre el factor y el comerciante hay subordinación, porque el factor obedece instrucciones del comerciante. Esta posición tiene dos hipótesis, que los contratos coexisten de manera independiente siendo posible distinguir las obligaciones de uno y otro y la otra que al ser imposible distinguir las obligaciones de los contratos coexistentes por que las mismas recaen sobre un mismo objeto, no coexisten de manera independiente.

Con el ánimo de ilustrar cuales serían las obligaciones en el contrato de preposición en el capítulo anexos se publicará dos modelos de contratos y de esta manera hacer un acercamiento a la realidad frente a la forma y fondo del contrato. (Ver anexo 1 y 2).

En cuanto al contrato de trabajo el trabajador tiene la obligación a poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo en forma exclusiva, en el desempeño de las funciones propias del cargo de o en las labores conexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta directamente el empleador o sus representantes claro esta que no sean contrarias a la constitución y a la ley, el cumplimiento de reglamentos, de horario, lugar de prestación de servicios, y el empleador se obliga al pago de su remuneración, el brindarle las herramientas para el correcto desarrollo de sus funciones.

Teniendo clara las posiciones fijadas para nosotros lo importante para distinguir si el contrato de preposición es mercantil o laboral es la existencia o no de subordinación en la relación entre las partes la cual parecería no haber en el factor y si en el dependiente.

El elemento de la Representación es una de los elementos esenciales del contrato de preposición, por lo tanto y para concluir la solución más acertada es decir que si no hay subordinación es un contrato exclusivamente mercantil.

Sin excluir que de esta relación se constituya una relación laboral de ahí la importancia de delimitar las funciones lo cual por la experiencia comercial no es fácil este discernimiento, para lo cual es necesario analizar del caso bajo los criterios descritos en el numeral 3.4. "Relación del mandato con el contrato de trabajo" analizados en el presente trabajo se resumen estos criterios: Figura Jurídica. Causa, Objeto, Onerosidad, Ejecución, Delegación, Duración del contrato, Jurisdicción.

ANEXOS

Ejemplo 1. CONTRATO DE PREPOSICIÓN⁵⁵

Yo....., mayor de edad y vecino (a) de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía.....expedida en....., atentamente y por medio del presente documento, me dirijo a ustedes para informarles, que confiero poderes que más adelante se determinan al (a) señor (a).....identificado con cédula de ciudadanía, facultades que son:

PRIMERA: Administrar en todos los aspectos el establecimiento comercial denominado....ubicado en la....de la ciudad de

SEGUNDA: Nombrar, remover los empleados al servicio del establecimiento con facultades para fijar sueldos, atribuciones y funciones.

TERCERA: Manejar la cuenta corriente del citado establecimiento, con facultades para girar, recibir, endosar cheques y toda clase de documentos necesarios para el buen funcionamiento de la misma.

CUARTA: Representar el establecimiento de comercio ante toda clase de autoridades de cualquier orden y jerarquía que ellas sean, puede otorgar poderes a los abogados que representan los intereses del (a) señor (a), en aquellos casos que sea necesario, determinando las facultades a los apoderados y pudiendo revocar los mandatos a ellos conferidos.

QUINTA: Comprar materias primas que sean necesarias para el normal funcionamiento del establecimiento, antes mencionado.

SEXTA: En fin, representar mis intereses en todos los casos y todo momento de tal manera que siempre tenga alguna representación que me defienda.

SEPTIMA: Las partes aceptan solucionar sus diferencias por trámite conciliatorio en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. En el evento que la conciliación resulte fallida, se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral el cual fallará en derecho, renunciando a hacer sus pretensiones ante los jueces ordinarios, este tribunal se conformara conforme a las reglas del centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá quien designara los árbitros requeridos conforme a la cuantía de las pretensiones del conflicto sometido a su conocimiento.

⁵⁵ <http://foro.seificol.com/index.php?topic=34.0>

Ejemplo 2. PODER ESPECIAL PARA ADMINISTRACION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO⁵⁶

..... autoriza a.....para que en su nombre y representación, actuando en forma conjunta, separada o alternativa, administren el Establecimiento de Comercio denominado, situado en, conforme a las estipulaciones del Contrato de Administración celebrado en el, entre..... y....., facultando a tales efectos el poderdante a sus mandatarios para que realicen:

- I.- Toda clase de operaciones relacionadas con la administración del establecimiento de comercio. Para ello deberán adoptar las medidas que consideren de mayor beneficio.
- II.- Elaboración y mejor uso de inventarios de todos los bienes que conforman la universalidad del establecimiento de comercio.
- III.- Contratar o despedir personal, fijando las remuneraciones a percibir por estos.
- IV.- Celebrar cualquier contrato que guarde relación con el establecimiento de comercio, suscribiendo los mismos y procurando obtener las condiciones que considere de mayor conveniencia para los intereses del Mandante.
- V.- Comprar y vender productos y subproductos derivados de la explotación del Establecimiento.
- VI.- Abrir y operar cuentas corrientes bancarias y comerciales.
- VII.- Efectuar toda clase de gestiones que considere pertinentes realizar frente a la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.
- VIII.- Presentarse ante los jueces y tribunales nacionales, provinciales, e incluso la justicia de faltas; en defensa de los derechos del Mandante que surjan como consecuencia de este mandato.
- IX.- Podrá valerse para ello de todo tipo de pruebas, escritos, documentos, testigos, con facultad de iniciar, contestar, transar, desistir, reconvenir demandas; oponer excepciones; producir pruebas; absolver posiciones y articularlas; celebrar arreglos judiciales o extrajudiciales, asistir a juicios orales; declinar y prorrogar jurisdicción.
- X.- Asimismo podrá interponer recursos administrativos; nombrar peritos y consultores técnicos; pedir citaciones, requerimientos, emplazamientos; solicitar y ofrecer embargos, e inhibiciones; solicitar lanzamientos y desalojos, venta y remate de bienes.
- XI.- Finalmente se lo autoriza a renunciar al derecho de apelar y pedir medidas de no innovar, así como también a intentar, oponer y deducir la mayor cantidad de acciones, derechos y recursos que hagan al mejor desempeño del presente mandato, que podrán sustituir total o parcialmente.

⁵⁶ www.uniderecho.com/leer_modelo_minuta_Derecho-Notarial_25_1255.html

Ejemplo 3. CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN (GENERAL PARA EMPRESAS)⁵⁷

En la ciudad de..... a los.....días del mes de.....del año....., entre los suscritos y mayores vecinos de y identificados con las cédulas de ciudadanía N°.....y expedidas en y, denominados en adelante como EL ADMINISTRADO y EL ADMINISTRADOR, respectivamente, acuerdan celebrar un contrato de Administración, conforme a las siguientes cláusulas: Primera. EL ADMINISTRADOR tomará a su cargo la administración de ubicado en obligándose a poner todo su empeño y dedicación al logro de su cometido, velando por los intereses del ADMINISTRADO. Segunda. EL ADMINISTRADOR se obliga a prestar dedicación exclusiva y jornadas completas en la presente administración. Tercera. EL ADMINISTRADOR ejercerá amplio y minucioso control de Dispondrá a su criterio con respecto al personal a ocupar, el que quedará a sus exclusivas órdenes. Regirá el mismo criterio con respecto al personal que se ocupa actualmente en las distintas funciones de la explotación. Informará periódicamente al ADMINISTRADO con respecto a la situación y marcha de la empresa. Cuarta. EL ADMINISTRADOR deberá contar en todo momento con los medios necesarios para cubrir los gastos que demanda la empresa, ya sea por compra de implementos, pago de salarios, gastos de manutención ,conservación, etc., no cargándose en concepto de gastos de explotación los intereses que correspondan a créditos de cualquier índole que fueran, los cuales naturalmente se computaran al igual que los intereses para la confección del balance general, pero no estos últimos para la determinación de los resultados de la explotación que servirá de base para la liquidación de los honorarios de administración. Quinta. El señor..... identificado con la cédula de ciudadanía número expedida en con domicilio en propietario del bien ubicado en se constituye en Fiador Principal Pagador, con expresa renuncia de los beneficios de excusión hasta la suma de pesos (\$.....) por las responsabilidades que pudieran surgir a cargo del ADMINISTRADOR y hasta su total desvinculación con el ADMINISTRADO con motivo del presente. (También puede prestarse caución a través de póliza de manejo, o depósitos, etc.).Sexta. Durante el tiempo que duraren los servicios del ADMINISTRADOR las utilidades de..... serán determinadas tomando los valores de inventarios que surjan por la aplicación uniforme del método de evaluación y sistema de desafectación de inventarios que se implantan en el primer ejercicio de administración de común acuerdo. Séptima. EL ADMINISTRADOR cobrará en concepto

⁵⁷ www.inmueblesynegocios.com/asesoramiento/documento.asp?idmode=268

de honorarios de administración, por la administración de..... y a partir del año comercial que comienza el..... es decir, desde el inicio del ejercicio, el por ciento de la utilidad neta de explotación que surja del balance general confeccionado de acuerdo con normas de contabilidad generalmente aceptadas. Se determinará la utilidad neta de la explotación deduciendo de la utilidad bruta de explotación..... y cualquier otro ingreso producido por la explotación, todos los gastos realizados en la explotación estrechamente vinculados a la misma, como así también los impuestos y contribuciones que graven la propiedad inmueble, amortizaciones, gastos de administración, de contabilidad, de auditoria de viajes de inspección, etc., no computándose como beneficios ni ganancias, los ingresos producidos por rentas, intereses cobrados, etc. y que no provengan del rendimiento de la explotación en sí .Octava. Son por cuenta exclusiva del administrador los impuestos nacionales, directos o personales y que no tuviesen relación con la explotación, tales como el impuesto a las ganancias, a los capitales y patrimonios, etc. Novena. Los pagos de intereses y comisiones que se abonen por las deudas contraídas o a contraer, aunque sean para la financiación de la explotación, serán a cargo exclusivo del ADMINISTRADO y no se computarán en los resultados de la explotación para la determinación de los honorarios de la administración pero sí para la confección del balance general. Décima. Será también cargo a la cuenta particular toda erogación de carácter particular que el ADMINISTRADO efectuare para recreo o las de cualquier otra naturaleza que no beneficia a la explotación. Todos los gastos enunciados precedentemente y los hechos con el mismo fin no serán deducidos dela explotación, no tenidos en cuenta en consecuencia, para la determinación de los honorarios de administración correspondientes. Décima primera. El presente contrato de administración regirá por el término de..... años oejercicios, pudiendo ser denunciado por cualquiera de las partes con una anticipación de mes al vencimiento del convenio. No existiendo preaviso de disentimiento el contrato quedará de hecho prorrogado por..... años más y así sucesivamente. El presente contrato podrá ser rescindido por cualquiera de las partes, pero únicamente mediante un preaviso de..... meses de anticipación y comunicado por medio fehaciente. Décima segunda. En el caso que se realizara alguna venta parcial de..... el administrador resolverá si sigue o no ejerciendo sus funciones de tal. Décima tercera. Si a los..... días de recibido el balance general y la liquidación de los honorarios de administración por parte del ADMINISTRADO, éste no hiciera observación al mismo se los dará por aprobados acreditándose EL ADMINISTRADOR los honorarios correspondientes. EL ADMINISTRADO constituye domicilio en y EL ADMINISTRADOR ensometiéndose a los efectos contractual esa de, haciendo renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción. En prueba de conformidad se firmanejemplares del mismo tenor y aun solo efecto.

Ejemplo 4. CONTRATO DE ADMINISTRACION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO⁵⁸

Entre el Establecimiento ... , representado por ... , con documento ... , y domicilio en ... , que se acredita con ... , designado en adelante "El Mandante" por una parte, y el Sr. ... , con documento ... , y domicilio en ... , designado en adelante "El Administrador" por la otra parte; se conviene celebrar el presente Contrato sujeto a las siguientes condiciones y cláusulas :

PRIMERA: Entrega el Mandante el "Establecimiento.", para que por medio de su organización y bajo su responsabilidad, conforme a las condiciones previstas en el presente contrato, administre y gobierne el Establecimiento. SEGUNDA: A los efectos precedentemente mencionados, el Mandante otorgará dentro de los ... días por ante Notario Público ... poder especial de la administración, en el cual se especificarán las facultades requeridas a efectos de que el Administrador pueda cumplir satisfactoriamente, por sí o por intermedio de su personal debidamente autorizado, los fines y objetos fijados para esta administración. TERCERA: Con fecha... se hará cargo el Administrador del Establecimiento, bajo inventario de existencias y mejoras fijas de lo dedicado a la explotación. CUARTA: Debe proceder el Administrador del Establecimiento, bajo su exclusiva dirección e iniciativa a la dirección y organización, así como también a la explotación del Establecimiento, que considere rentables, así como de todos los subproductos y derivados. QUINTA: Cuando el Administrador lo considere conveniente, podrá orientar las operaciones, efectuándolas cuando considere pertinentes para comercializar los productos que se obtengan. SEXTA: No forma parte integrante de esta administración el sector del Establecimiento identificado como Casco de la Estancia el cual constituye la residencia transitoria o permanente del Mandante o de su familia. Dicho sector será dirigido por un Encargado designado por el Mandante, de quién dependerá todo el personal de servicio existente. SEPTIMA: Los gastos de mantenimiento, compras, sueldos y jornales, reparaciones, etc. serán especificados en planillas mensuales de caja, las cuales una vez conformadas por el Mandante serán pagadas por el Administrador, con cargo a la cuenta particular del Mandante. OCTAVA: El Administrador mensualmente entregará al Mandante un extracto de su cuenta corriente, en el cual se deben señalar los cobros y pagos realizados, llevándose a tal fin una contabilidad de tipo comercial, en la cual se registrarán las operaciones que afecten exclusivamente a la explotación del Establecimiento.

⁵⁸ www.inmueblesynegocios.com/asesoramiento/documento.asp?idmode=36 Nota: Este Contrato de Establecimiento de Administración de Establecimiento Agropecuario fue adaptado como un Contrato de Establecimiento de Comercio, por los aportes que hace a la investigación sus cláusulas especifican facultades, solución de conflictos, remuneración, entre otros.

NOVENA: El Administrador pasará al cierre de cada Ejercicio al Mandante, copia del Balance General y Cuadro de Ganancias y Pérdidas, al cual adjuntará planillas demostrativas del movimiento del giro ordinario del negocio y demás frutos y productos, iniciadas con las existencias anteriores, aumentadas con las compras, cambios de categoría, traslados, etc., y disminuidas con las ventas, producidas por los cambios de categorías, traslados, etc. estableciendo conforme al recuento realizado y a los detalles del Inventario el saldo en existencia al cierre del Ejercicio.

DECIMA: Precederá al Balance General señalando los hechos más salientes del Ejercicio y los Proyectos para el próximo, una breve Memoria o Informe ilustrativo.

UNDECIMA: Las partes se someterán al arbitraje de... frente a cualquier diferencia que surja en la interpretación y aplicación de este Contrato.

DUODECIMA: El arbitro designado deberá expedirse exclusivamente sobre lo que las partes le planteen, y su fallo será inapelable y obligatorio.

DECIMATERCERA: El presente Contrato de Administración tendrá una duración de... años, a partir del... plazo de ...finalizando el ...

DECIMACUARTA: Se considerará que una vez cumplido dicho plazo, este se renovará por períodos anuales mientras no hubiese manifestación en contrario de modo fehaciente por cualquiera de las partes, con un preaviso de... días respecto de la fecha de finalización.

DECIMAQUINTA: El Administrador cobrará en concepto de honorarios por la administración, el... por ciento sobre las utilidades líquidas que produjese la explotación. Dicho honorario no podrá ser inferior a \$... indexados según...

DECIMASEXTA: El importe mencionado precedentemente se fija como honorario mínimo anual, representativo de los gastos correspondientes a sueldos de empleados, alquileres, correspondencia, etc., de las oficinas del Administrador originados por la administración a que se refiere el presente Contrato.

DECIMASEPTIMA: Se imputarán a Gastos generales del Establecimiento de Comercio los gastos de viajes por negociaciones.

DECIMAOCTAVA: Se establece que de resultar necesaria la participación de profesionales, se deberán requerir prioritariamente los servicios de los que a continuación se detallan: a) Contador ...b) Abogado...

DECIMANOVENA: Solamente en impedimento de los citados profesionales, y ante situaciones de máxima urgencia, se podrá recurrir al servicio de terceros.

VIGESIMA: El Administrador en caso de producirse impedimento permanente de cualquiera de los enumerados, inmediatamente deberá comunicar dicha situación al Mandante a efectos de proceder a su sustitución.

VIGESIMAPRIMERA: Los adelantos en dinero que el Administrador hiciese, a efectos de satisfacer las necesidades que surjan como consecuencia de la explotación, gozarán del interés bancario corriente, capitalizados en forma mensual.

VIGESIMASEGUNDA: Tanto los intereses precedentemente mencionados, como todos aquéllos que abone el Mandante a Bancos o particulares por préstamos destinados a financiar las necesidades del Establecimiento de Comercio respecto de la compra de materia prima y bienes que implican aportes de capital atribuibles a la explotación, así como el importe de las contribuciones inmobiliarias, fiscales, actuales o futuras, que graven el establecimiento administrado, así como también cualquier otro gasto particular del Mandante, no serán considerados a los efectos de establecer el beneficio sobre el cual se calculará el honorario del Administrador.

VIGESIMATERCERA: El Mandante con la colaboración del Administrador, anualmente y en cualquier oportunidad, hará realizar con cargo al Establecimiento de Comercio una Auditoría Contable Externa.

VIGESIMACUARTA: El Sr. ..., Documento ... N° ..., domiciliado en ..., firma el presente Contrato en carácter de Fiador Principal Pagador, frente a todas las obligaciones actuales o futuras inclusive por hechos ilícitos del Administrador renunciando expresamente a los beneficios de excusión y división, hasta la suma de \$... (Son Pesos ... y por un plazo de ... años.

VIGESIMAQUINTA: El Administrador tiene la obligación de mantener el Establecimiento de Comercio y el personal asegurado contra los riesgos de...en la Compañía de Seguros..., contratando pólizas por... años renovables.

VIGESIMASEXTA: Se establece expresamente que tanto el Administrador como su personal, no se encontrarán bajo relación de dependencia alguna respecto del Establecimiento de Comercio o el Mandante.

VIGESIMASEPTIMA: Las partes constituyen los siguientes domicilios especiales, a efectos de cualquier notificación judicial o extrajudicial: a) Mandante...; b) Administrador...; c) Fiador...

VIGESIMANOVENA: Para cuestiones judiciales las partes se someterán a los Tribunales Ordinarios de... con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción.

TRIGESIMA: De conformidad se firman... ejemplares de un mismo tenor y a igual efecto

TRIGESIMAPRIMERA: Dado en... a los... días del mes de... de.

BIBLIOGRAFIA

BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de intermediación. Bogota. Librería Profesional. 1999. 2 Edición. ISBN 958-635-299-4.

GUZMÁN DE ALTAMAR, Francia Elena. La preposición como forma de mandato comercial. Bogota. 1964. Tesis para obtener el título de abogada. Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas.

ORDÓÑEZ DE CARDOZO, Ligia Eugenia: De los contratos de mandato, agencia comercial y preposición con relación al contrato de trabajo. Bogota. 1982. Tesis para obtener el título de abogada. Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas.

Listado de Jurisprudencia Consultada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación laboral, Sentencia de 14 de junio de 1973.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación laboral, Sentencia de febrero 21 de 1984.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación laboral, Sentencia de 10 septiembre 1986.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación laboral, Sentencia de 2 de septiembre de 1994.

Listado de Doctrina Consultada

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución No. 18972 2003-07-02 Ref. Expediente No. 03036919

Sitios de Internet

- <http://foro.seificol.com/index>
- <http://www.uniderecho.com>
- <http://www.inmueblesynegocios.com>