



COMERCIAL DEL PLATA CONSTRUCCIONES S.A. c/ BAGGINI, Ernesto

C. y otra

(CNCCom., sala "A", marzo 2-1990)

2ª Instancia. – Buenos Aires, marzo 2 de 1990.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Jarazo Veiras* dijo:

En la sentencia dictada a fs. 390/394 se declaró la falta de legitimación pasiva de Altamar, SACIFI y A., en consecuencia se rechazó la demanda instaurada por Comercial del Plata, S.A. contra la mencionada sociedad, y se impusieron las costas a la accionante. Asimismo se rechazó la acción promovida contra Ernesto C. Baggini, absolviéndose a dicha parte y se impusieron las costas a la demandante vencida.

La expresión de agravios corriente a fs. 413/419 que fuera respondida por ambos codemandados a fs. 421/423 y 424/429 respectivamente, mantiene el recurso de apelación deducido a fs. 336 por la accionante.

El primer reproche formulado por la agraviada apunta a la revocatoria de lo decidido por el Magistrado de grado, en cuanto absuelve al codemandado Baggini. A efectos de demostrar la viabilidad de tal pretensión, argumenta que dicho codemandado en todo momento se comportó como propietario del inmueble en cuestión y en tal carácter suscribió la autorización de venta del mismo, procediendo "a posteriori" a ratificar dicha conducta a través de diversos actos, entre ellos la entrega de los planos, permitir la instalación de un cartel de venta, etc., por lo que considera que en tales circunstancias no puede atribuírsele un obrar negligente, por haber omitido requerir las condiciones de dominio del referido bien. También sostiene que el demandado violó la cláusula de exclusividad prevista en la autorización de venta, al negociar con la inmobiliaria Ortiz Pacheco, y que en la anterior instancia se desestimaron y omitieron elementos probatorios de significativa relevancia para arribar a justa decisión, entre otros la confesión ficta de los condenados y los informes proporcionados por las inmobiliarias consultadas, de los cuales resulta que todos respondieron, que conforme con los usos y costumbres, la violación del acuerdo sobre exclusividad para la venta, genera la obligación de abonar la comisión pactada del vendedor y la esperada del comprador, y sostiene el recurrente que ante la falta de previsión de penalidad para el supuesto de infracción lo estipulado, debe interpretarse que las partes se sometían a dichos usos y costumbres.



El segundo agravio radica en que el a quo haya declarado la falta de legitimación pasiva de Altamar, pues a criterio del apelante, esta sociedad y Baggini son una misma persona, y representan los mismos intereses, siendo éste uno de los casos en que se constituyen sociedades familiares con el objeto de morigerar o evadir impuestos, disimular concubinatos, mejorar o postergar herederos y eludir responsabilidades, envolviéndose en el velo de razones sociales.

El tercer reclamo se asienta en que el fallo atacado no reconoció el reintegro de los gastos efectuados con motivo de que éste no fue solicitado en el libelo de inicio. Argumenta el apelante en respaldo de dicha postura, que las erogaciones estaban incluidas en la comisión pactada y que al reclamarse el cobro de las mismas es evidente que se demandó el reembolso de los gastos en cuestión.

Finalmente se queja por la forma en que fueron impuestas las cosas y solicita que aun en el improbable supuesto de que se confirmara la sentencia recurrida en lo atinente al fondo de lo debatido, se la exima de dicha carga, pues pudo creerse con sobradas razones para litigar.

Por evidentes motivos de índole práctico-metodológico, alteraré el orden en la consideración de los agravios propuestos, los que serán examinados de la siguiente manera:

I. Falta de legitimación pasiva de Altamar. Es palmaria la orfandad de los reproches vertidos en relación a esta cuestión, toda vez que la crítica efectuada se circunscribe al mero desarrollo argumental de un razonamiento discrepante, carente de un mínimo aceptable de técnica recursiva como lo exige la preceptiva del art. 265 de la ley de rito y la doctrina y jurisprudencia reinantes sobre el particular en la interpretación de dicha normativa.

En efecto, no se controvierten los sólidos fundamentos expuestos por *a quo* en lo concerniente a que Baggini firmó la autorización a nombre propio, sin invocar representación de Altamar, SACIFI y A., y a la inexistencia de vínculo jurídico entre la actora y la aludida sociedad, como así tampoco se rebate lo atinente a la falta de acreditación de los hechos que induzcan a pensar en la aceptación tácita de las actuaciones que pudieron cumplirse a su nombre. Tampoco, desde luego, fue ratificado en el mejor de los casos, por ninguno de los modos indicados por la ley, por aquella contra quien se intenta hacer recaer sus efectos (conf. "Código Civil", libro II sección III, cap. II "De los contratos en general", art. 1161 sptes. y concordantes).

El argumento de que ambos codemandados son una misma persona y que la sociedad se constituyó con la finalidad de eludir responsabilidades, amén de carecer de todo sustento



eficaz que lo apoye, no fue planteado en la etapa pertinente del proceso, va de suyo en la anterior instancia, y naturalmente el tribunal de alzada no puede avocarse al conocimiento de cuestiones no sometidas a consideración *de quo* (conf. doctrina de los arts. 271 y 277, Cód. Procesal Civil; Ed. t, 105, p. 157; t. 105, p. 106; t. 105, p. 357; t. 109, p. 301, etc.), ya que es indudable que de accederse al examen de éstas, se violaría abiertamente el derecho de defensa en juicio que tiene raigambre constitucional (art. 18), lo cual no puede ni debe admitirse, y así lo juzgo.

II. Absolución del codemandado Baggini. La calificación del vínculo contractual constituye el principal punto neurálgico del tema a dilucidar en este acápite, razón por la cual estimo que aun cuando la misma no ha sido materia expresa de agravios, debe precisarse este aspecto, toda vez que en el líbello en examen se hace sanción a la existencia de un mandato o corretaje, mientras que en el escrito de demanda se encuadra a la relación jurídica dentro de las normativas previstas en el Código de Comercio para el mandato o comisión.

Es en virtud del conocido principio del “*jura novit curia*” que es facultad insoslayable de los magistrados, calificar y aplicar técnicamente el derecho, con prescindencia del que las partes asignen a sus actos jurídicos, por lo que las manifestaciones de aquéllas no configuran las normas cuya aplicabilidad pretende, y no pueden por ende, ser alterados los hechos expuestos ni la cosa perdida (cfr. , esta sala, “Cornes, Carlos E. c. Manuel Pallasé e hijos y Compañía S.A.C.I. e I” del 10/12/87; en igual sentido, véase “S.C.B.A.”, en R.E.D. t. 8, p.895; E.D., t. 56, p. 291; t. 63, p. 399; t. 72, p. 454; t. 90, p. 464; t. 89, p. 640, etcétera).

En este orden de ideas, cabe destacar que acorde con doctrina imperante y concordante, el corretaje resulta del acuerdo entre corredor y su comitente por el cual el primero se obliga mediante retribución a buscar la persona o cosa necesaria para la conclusión del negocio proyectado por el segundo, determinando obligaciones para ambos contratantes; es además accesorio, pues constituye el medio de lograr la realización de otro contrato, y no es formal (cfr. Siburu, “Comentario del Código de Comercio Argentino” t. III, núm. 505; Fernández, “Código de Comercio”, t. I, p. 116; Malagarriga, “Tratado...”, t. II, p. 115; Fontanarrosa, “Derecho Comercial Argentino, parte general”, núm. 320). En consecuencia, el corretaje se diferencia del mandato, en tanto y en cuanto el corredor no representa a ninguna de las partes ni concluye el negocio mediando en nombre propio o ajeno, sólo aproxima a los intervinientes para que éstos por sí o por representantes celebren el contrato respectivo. Mientras el mandatario se identifica con una de las partes del negocio y actúa en interés parcial de su representado, el corredor mantiene su autonomía e independencia respecto de los intervinientes en el contrato y se desempeña en interés imparcial de los mismos (cfr. “Código de Comercio y leyes complementarias”, Omeba, t. II, p. 252, núm. 72 y p. 254, núm. 74).



Desde otro ángulo es dable advertir que existe comisión “cuando la persona que desempeña por otro negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa” (art. 222, apart. 2º, Cód. de Comercio”); el comisionista obra en interés de su comitente, pero queda directamente obligado hacia las personas con quienes contratare, sin que éstas tengan acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas (art. 233, Código citado). Es de toda evidencia que en este último tipo de vinculación jurídica, existen dos tipos de relaciones, la interna por un lado y la externa por el otro, debidamente delimitadas por la ley y distinguidas por la doctrina a la que me adscribo (cfr. Fernández y Gómez Leo “Tratado...”, t. III-A, p. 263, núm. 22), y en ese contexto, el comisionista cuando contrata con el tercero, es un contratante como cualquier otro (CNCom., sala B, L. L. 22075).

A la luz de lo expuesto “ut supra”, y luego de un profundo estudio de las presentes actuaciones, centrado principalmente en la autorización de venta conferida con fecha 5/4/84 que tengo a la vista, a tenor de la cual se pactó una comisión del 3% y de los hechos narrados o marcados por la propia actora, quien afirma que “comenzó su labor de intermediación”, arribo a la plena convicción de que la naturaleza jurídica de la relación comercial, es la de un típico caso de corretaje y no un mandato o comisión. Como hecho coadyuvante de esta adelantada conclusión, asume particular relevancia la circunstancia de que en la especie, se reclama no sólo el 3% de la comisión pactada con el vendedor, sino también el 4% en el mismo concepto que se esperaba percibir del comprador, en la hipótesis de que se concretara el negocio, lo que bajo ningún concepto sería admisible si nos encontráramos frente a un mandato o a una comisión.

En este contexto, debe tenerse presente que el corretaje es un oficio público ejercido bajo el control del Estado (art. 38 y sgtes. Cód. de Comercio, cfr. Siburu `op. cit.`, t. III, p. 29), cuyas normas son de orden público y por consiguiente, tal como lo ha decidido la sala B de este Tribunal, adoptando un criterio que al margen de compartirlo, resulta aplicable al supuesto de autos, una sociedad anónima cuyo objeto, entre otros, fuere el de intermediación, lo que implica un ejercicio inadecuado del corretaje, constituye una violación a la prohibición establecida en el art. 105, inc. 1, del Cód. de Comercio y por ende, son inválidos los actos que sobre premisa sean efectuados por la misma, careciendo de acción para perseguir el cobro de la comisión que da lugar a esas actuaciones, pues de adoptarse otra solución no se configuraría el requisito legal respecto del carácter personal de los corredores, que se exige para asegurar su competencia, honorabilidad e imparcialidad (cfr. sala citada, 23/2/88, “Roberto y Carlos Paredes, S.A. c. Pereyra Laura N. Y otro”, E. D., t. 132, p. 117), a lo que es necesario agregar, como lo sostiene doctrina calificada, que la prohibición de constituir sociedades a los corredores, se refiere precisamente a la sociedad que estos auxiliares del comercio pretendieran formar para ejercer el corretaje, pues el carácter personal e indelegable de la función de corredor, es incompatible con el ejercicio de la función mediante sociedades, siendo



que la doctrina prevaleciente se inclina en este sentido (Fontanarrosa, op. cit., p. 534, y sptes., núm. 397 y nota al pie núm. 27 y p. 521, núm. 380).

Pero cabe añadir algo más, para mí concluyente y decisivo; así, no advierto que mejore la situación el hecho de la suscripción de la autorización invocada por la actora, ya que la inobservancia de la exigencia legal mentada no puede ser dispensada ni siquiera ante la existencia de convención expresa celebrada sobre el punto con apoyo en el principio consagrado por el art. 1197 del Cód. de Comercio, como acontece en esta causa, pues en tal sentido se ha pronunciado expresamente la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. “Caracciolo, Ernesto y otro c. Provincia de San Luis” del 17/3/87, R.E.D., t. 21, p. 216 sumario 1). Si bien la solución pueda aparecer injusta, lo que corresponde en todo caso, es modificar la ley, ya que no cabe admitir su derogación por vía de interpretación judicial (Fontanarrosa, op. cit., p. 523). De modo que no encuentro razones valederas para apartarme de ese criterio sustentado por el más alto tribunal de la Nación.

Lo expresado hasta ahora, resulta suficiente para desestimar los agravios vertidos en relación al aspecto de fondo de la cuestión debatida, esto es, el derecho a la percepción de las comisiones y/o resarcimiento pretendidos. No obstante ello, y sólo como hipótesis, desde luego incapaz de alterar el resultado negativo del recurso que se analiza cuyo resultado se ha ido perfilando, con el único objeto de demostrar que en el mejor de los supuestos tampoco hubiera resultado válida la queja, voy a referirme a tres argumentos sustentados por la actora; a) el recurrente no controvierte los sólidos fundamentos expuestos por el sentenciante avalados por la jurisprudencia que cita, naturalmente dentro de la tesitura conformativa de su fallo –al concluir que la actora no llevó a cabo actividad merecedora de comisión alguna, ya que la misma admitió que no existieron interesados durante su inadecuada e impropia gestión, siendo que tal actividad fue lograda por otra inmobiliaria; b) el a quo ha efectuado una razonable evaluación de los elementos probatorios arimados. En virtud de lo previsto por el art. 417 del Cód. de Proced. Civil la sola constancia de la absolución de posiciones en rebeldía no genera siempre y automáticamente una consecuencia disvaliosa para quien no comparece, pues es preciso que tal conducta renuente sea acompañada por otros medios de persuasión que coadyuven a una conclusión diferente para el confeso en tales condiciones; y c) tampoco resulta relevante el argumento de la prueba informativa respecto de la aplicación de los usos y costumbres.

Si nos atenemos como corresponde, a lo que he expuesto acerca de la inadmisibilidad de la acción por los fundamentos supra indicados, el tratamiento de estas argumentaciones con que se intenta alentar su derecho a la revisión, devienen insustanciales y por ende inatendibles, lo que así juzgo. Por lo tanto corresponde desestimar dichos agravios.



III. Reintegro de los gastos. La queja formulada en lo que respecta a la improcedencia del reembolso de las erogaciones efectuadas, tampoco puede tener favorable acogida; por un lado en virtud de lo hasta aquí decidido, o por el otro, porque como bien lo señaló el sentenciante, al no haber sido dicha cuestión sometida a su consideración, no puede ser objeto de pronunciamiento, pues si así fuera se fallaría extra “petitum”, afectándose la debida congruencia, la que según ha dicho respetable doctrina (ver Guasp “Derecho Procesal Civil”, Ed. Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 1524, b) que consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos elementos definidores del esquema contencioso (pretensión y decisión), existiendo una necesidad de correspondencia entre ambos extremos que funciona como condicionante de un verdadero proceso.

En materia civil los pronunciamientos deben limitarse a lo que ha sido objeto de litigio entre las partes, pues la sentencia que reconozca o acuerde derechos no debatidos, es como principio incompatible con las garantías previstas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. E.D., t. 45, p. 515; t. 47, p. 866, etcétera.).

Por consiguiente no resulta admisible el argumento sustentado en el sentido de que el reintegro de los gastos fue tácitamente reclamado, máxime si se tiene en cuenta que en virtud de lo preceptuado por el art. 330 del Cód. de Proced. Civil, la petición debe hacerse en términos “claros y positivos”.

IV. Costas. Las costas son en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento –arts. 68 y 69, Cód. de Proced. Civil-, se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, los que debe ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena fe con que haya actuado por haberse creído con derecho (cfr. esta sala “Ferrari Hardoy Martín S. c. Plinto, S.A., del 15/6/81 en Rev. La Ley, t. 1981-C, p. 527). En consecuencia estimo que este reproche también debe ser rechazado.

Por todo ello, voto porque se desestime el recurso interpuesto y se confirme la sentencia apelada en todas sus partes. Imponiéndose las costas de alzada a la actora vencida –art. 68, Cód. de Proced. Civil-.

Por análogas razones los doctores *Viale* y *Míguez de Cantore* adhirieron al voto precedente.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se resuelve: confirmar la sentencia apelada de fs. 390/394. Con costas en la alzada a cargo de la actora vencida. *Manuel Jarazo Veiras.* – *Carlos Viale.* – *Isabel Míguez de Cantore.* (Sec.: Miguel G. J. Costa). ♠