

LA RELACION EXTERNA EN EL MANDATO SIN
REPRESENTACION O COMISION

1. El fallo anotado	321
2. Introducción al tema	332
3. El contrato de comisión. Sus vertientes civil y comercial ...	334
4. La relación externa: comitente-tercero	335
4. El conocimiento por el comitente de la persona del tercero: trascendencia	337

LA RELACION EXTERNA EN EL MANDATO SIN REPRESENTACION O COMISION

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. Introducción al tema. 3. El contrato de comisión. Sus vertientes civil y comercial. 4. La relación externa: comitente - tercero. 5. El conocimiento por el comitente de la persona del tercero: trascendencia.

1. EL FALLO ANOTADO

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca.

Tróccoli, Antonio A. c. Balsategui de Rivolta, Marta L.

Bahía Blanca, octubre 16 de 1980.

1ª) ¿Es justa la sentencia de fojas 97?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. El doctor *Cervini* dijo:

Antonio A. Tróccoli demandó en su momento por “cumplimiento de contrato de compraventa de hacienda” y cobro de pesos, a Marta L. Balsategui de Rivolta, fundando su reclamación en el pago indebido, efectuado por esta última, de la última cuota del plan convenido para la amortización total del precio de la hacienda, a la firma consignataria interviniente, “La Agrícola Ganadera, S. A.”, pago efectuado no obstante haberle notificado que se abstuviese de hacerlo, atento al estado de virtual falencia de la firma que actuara como comisionista en la operación.

En auxilio de su derecho alude a las normas del Código Civil que sostiene actuantes respecto de la cesación del contrato de comisión por no existir norma específica que resuelva el caso dentro del régimen comercial; en esa circunstancia, manifiesta, la relación contractual con la comisionista cesó al notificársele se abstuviera de cobrar la cuota pendiente, y con relación a la compradora, desde que se le impusiera, por la misma

vía, dicha situación, haciéndosele saber que el pago debía realizarse derechamente en su persona.

Desde otro ángulo, estima igualmente operable la norma del artículo 152 del régimen concursal, argumentando que si bien la situación del caso no es exactamente idéntica a la descripta por la ley 19.551, ello no empece que dadas sus analogías se aplique su solución por vía de interpretación extensiva. Los fines tenidos en vista por el legislador —es la tesis que subyace en el planteo— son iguales a los que presiden su reclamación: evitar que el dinero caiga innecesariamente en la confusión patrimonial comprometida por la falencia del comisionista.

En virtud de ello, sostiene que el pago efectuado es indebido ya que, como tal, le otorga derecho a petitionar un nuevo pago en satisfacción de su crédito (artículo 735, Código Civil).

La demandada a su tiempo niega el derecho de su contraria. Insiste en que es insostenible la tesis de la aplicación del Código Civil por insuficiencia de normas específicas del derecho comercial; no es un caso de cesación de mandato sino un problema de revocación o resolución de un contrato de comisión que debe resolverse entre comitente y comisionista, al cual es ajena. En otro orden también rechaza la aplicación analógica del artículo 152 de la ley de concursos, manifestando que al tiempo de practicarse el pago no había falencia declarada ni estado de cesación de pagos ni período de sospecha, por lo que la conducta observada se ajustaba a lo convenido, siendo el pago, por ende, liberatorio.

En cuanto a la comunicación cursada, se insiste que no tiene virtud para convertir su cumplimiento en un “pago indebido”, no sólo por el tenor de sus términos, sino porque tampoco alude —como expresa la actora— a la situación de quebranto de la comisionista.

La sentencia acoge las defensas reseñadas y rechaza consecuentemente la acción, con costas a la actora perdedora, lo que motiva su alzamiento ante esta sede.

Los agravios insisten en el planteo originario, reprochando al pronunciamiento un formalismo estrecho que prescinde del sentido funcional de la solución, aportada por el derecho concursal, ignorando que al considerar inaplicable la tesis del artículo 152 de la ley 19.551, se agrava innecesariamente la condición patrimonial de la verdadera vendedora e interesada directa en el pago, no obstante haber advertido ésta a tiempo a la compradora que no debía efectuar los pagos pendientes a la consignataria o comisionista, a quien, por otra parte, se le había notificado se abstuviera de recibir los mismos.

A este planteo, que como se advierte suscribe la misma línea de pensamiento desarrollada en la presentación, se suma un argumento adicional fincado en este caso en la presunta conducta abusiva de la compradora, que conociendo el estado de compromiso financiero por el que atravesaba la firma comisionista, y pudiendo librarse igualmente con un pago directo, optó sin embargo por ceñirse ciegamente a lo convenido, solución que perjudicaba gratuitamente al dueño —conocido— de las haciendas sin procurarle al propio tiempo ninguna ventaja que justifique objetivamente su proceder. En ese caso —se alega— resulta de actuación la norma del artículo 1071 del Código Civil, que sanciona el abuso de derecho.

Por fin, se agravia eventualmente del régimen de la condena en costas, dejando peticionado, para el caso de rechazarse sus argumentaciones recursivas, se le exima de costas por tratarse de cuestiones opinables de derecho (artículo 68, última parte, Código Procesal).

Adelanto que no obstante la originalidad e inteligente presentación del recurso las impugnaciones al fallo no pueden prosperar.

I. Principio por desechar de plano el argumento asentado en la concurrencia del abuso de derecho.

Surge obvio y claro de la lectura de la causa que dicha defensa fue tardíamente presentada cuando ya la cuestión litigiosa había ganado esta sede de apelación; no fue propuesta al juez de primer grado ni tratada y resuelta por él. Escapa por ende a los poderes de este tribunal, limitado en su competencia propia por la norma del artículo 272 del Código Procesal.

Obiter dictum, dejo dicho, empero, que no encuentro mérito al abuso alegado, y a riesgo de resultar gratuito vuelco mi íntima convicción: la intención del actor no es otra que evitar los perjuicios de cobrar en moneda de quiebra el precio recibido por su comisionista... aunque tal pretensión conlleve a una solución objetivamente mucho más gravosa: que la compradora, pagadora fiel, pague dos veces y luego repita en moneda filtrada lo que se pretende "no debió pagar". Es fácilmente colegible a dónde y en quién radicaría un eventual abuso.

II. Excluido ese planteo defensivo considero los dos argumentos restantes.

Por cierto que a mi juicio no es practicable la tesis de la aplicación supletoria en la especie de las normas del Código Civil por insuficiencia de reglas específicas aplicables al contrato de comisión.

No es el caso de cesación de mandato; lejos de ello nos encontramos frente a un supuesto de revocación unilateral del contrato de comisión cuyos efectos no pueden alcanzar derechamente al tercero contratante con el comisionista. Y para juzgar las consecuencias de este caso es impensable echar mano a las normas que regulan el

mandato civil. La naturaleza especial y específica de uno y otro contrato impiden la aplicación extensiva. A las razones aducidas por la gananciosa en su contestación de agravios, y a las aportadas por el sentenciante, deben sumarse las que provienen de antiguo de la propia ley y la doctrina.

Por cierto que no hay duda de que la raíz del contrato de comisión prefigura la existencia de un mandato. Aquél es una especie de éste; pero una especie muy particular, como que se trata de un mandato sin representación en el cual se encarna histórica y legislativamente una de las formas más antiguas y peculiares de comerciar (v. Pablo González Huebra, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, p. 70, Nros. 73 y sigtes., Madrid, 1867). La característica más particular de esta especie es precisamente la que cabe derivar de esa ausencia de "representación": entre comitente y comisionista la relación es de mandato, pero entre este último y los terceros la relación obligacional es la que cuadra al contrato encarado, siendo indiferente aquel vínculo que, en todo caso, no confiere acción al comitente contra los terceros ni a estos últimos contra el primero. En este último grado el contrato de comisión es simplemente legitimatorio para el comisionista y frente a su principal, siendo *res inter alios acta* respecto de los restantes cocontratantes ajenos al problema por la ausencia ya apuntada de representación (*op. cit.*, N° 156).

De esto se sigue obviamente que la persona del principal —con ser en última instancia la "titular" del interés comprometido en el negocio— no puede, sin embargo, inquietar ni desplazar derechamente a la del comisionista, y sea o no conocida su identidad —que poco importa— la relación obligacional concertada, incluso bajo su invocación, nace, se desarrolla y muere, en principio, con la persona del comisionista.

III. A estas razones que atienden a uno de los rasgos definitorios del instituto, se agrega el que nuestro Código Civil no incluya a la comisión entre las situaciones a las que se aplican supletoriamente las reglas del mandato. El artículo 1870 enumera los casos enlazados por su normativa, y no obstante referirse a varios supuestos regidos por el Código de Comercio (incisos 3º y 4º) omite significativamente este contrato.

Por tales motivos, a mi juicio no resultan aplicables a la cesación de este tipo de contratos esencialmente comerciales, las reglas de revocación unilateral y los efectos que de tal revocación pretende derivar el quejoso con apoyo en el artículo 1970 del Código Civil. Consecuentemente, desde este ángulo, la comunicación cursada y recibida por la compradora no determina la aplicación de la norma de los artículo 1964 y concordantes del mismo Código, ni desvirtúa por ende el atributo cancelatorio del pago posterior, efectuado en la persona de la entidad con la cual se había formalizado la compra de hacienda (artículo 233, Código de Comercio).

IV. Tampoco reputo acogible la tesis de la aplicación analógica del artículo 152 de la ley 19.551.

Dos razones fundamentales se oponen a la extensión de dicha norma, tan específica, a la situación de autos.

La primera, de índole casi se diría que formal, bastaría por sí sola para repulsar la queja. El recurrente sostiene que la comunicación cursada a la compradora de la hacienda alude al artículo mencionado, reprochándole incluso que frente a la denunciada situación de falencia, o poco menos, de la comisionista, no se haya preocupado como era su deber de indagar sobre tales dificultades económicas, evitando verificar el pago de la cuota pendiente sin perjuicio para su propio interés.

Creo que incurre en una seria inexactitud.

No es verdad que en la comunicación cursada se mencionase la causa por la que solicitaba el cambio en la modalidad de percepción del precio. Es más, en dicho telegrama no se hacía manifestación de ninguna índole ni se apelaba a ley o norma de ningún tipo. Sólo se pedía (“Solicítote” es término textual empleado; y fojas 9) se omitiese el pago de acuerdo a la modalidad que venía siendo observada, y se efectuase la cancelación de la cuota última aún pendiente en un nuevo domicilio, sin expresar el motivo, causa o fundamento por cuya virtud el rogado debía apartarse de lo convenido oportunamente con el vendedor.

En suma, que la tal comunicación, ni por su contenido meramente impetratorio, ni por la ausencia de especificación de los motivos aducidos para variar el régimen de percepción del saldo del precio, pudo tener el efecto de derivar la situación al supuesto definido por el artículo 152 de la ley de concursos, si ese era en rigor el propósito.

V. La segunda razón que se opone al acogimiento de la tesis del apelante, cala más hondo, apunta en verdad a la imposibilidad de aplicar extensivamente la solución prevista por la ley de quiebras.

Dejemos de lado las fundamentales circunstancias de que al tiempo de efectuarse el pago impugnado no había declaración de quiebra, ni cesación de pagos, ni determinación, por ende, de período de sospecha, dejemos digo, de lado esas “nimiedades” y admitamos por un momento, tentados por la mera hipótesis, que la finalidad de la solución concursal tenga una vigencia más amplia que la normada en el estrecho marco de la ley. Aun en este caso, se deberá admitir, a mi juicio, que tal solución no tiene carácter general, ni puede ser adoptada con la libertad que propicia el recurrente.

Adviértase que lo que la ley 19.551 adopta, es una solución “excepcional”, en cuya virtud se determinan reglas de “subrogación” destinadas a que los pagos pendientes que deben efectuarse al comisionista o por el comisionista, en estado de falencia, sean desviados a su principal para eludir su confusión en la masa activa, pero esa solución, repito que excepcional, no se fundamenta ni propone una subrogación nacida de la autoridad de la ley o que pueda decidir el comitente a su propio arbitrio, sino que exige una declaración jurídica que la torne viable, y que debe ser resuelta antes de verificarse el pago o de recibirse el mismo, y con la anuencia de los interesados.

De allí entonces que la propia mecánica de la ley esté denunciando la imposibilidad de que la solución prevista en su artículo 152 sea consagrada como principio general, resultando aplicable por analogía a aquellas situaciones donde el compromiso o las dificultades financieras del comisionista sin llegar a la declaración de quiebra o a la cesación de pagos, hagan peligrar a criterio exclusivo de su comitente, el éxito o al menos el resultado económico del negocio concluido por su gestión.

VI. Concluyo pues: ni por la naturaleza del contrato de comisión, ni por la índole de la comunicación cursada, ni por la imposibilidad de encuadrar la situación planteada en el supuesto especial del artículo 152 de la ley de quiebras que no admite su interpretación y aplicación analógica, el pago efectuado por la demandada puede ser descalificado.

La compradora pagó y pagó bien.

VII. Las costas fueron bien aplicadas al perdedor.

Reconozco originalidad en su tesis, pero reputo, a tenor de lo dicho, que la cuestión traída no es “dudosa

de derecho" al grado de admitir su exoneración en los gastos provocados por el juicio. Propongo por ende que se mantenga la solución que viene apelada.

Por todo ello, y con los fundamentos que dejo expuestos, doy mi voto por la afirmativa.

El doctor *Plíner* dijo:

No puedo dejar de coincidir con el voto del doctor Cervini, que ha expuesto sus razones hasta con un sentido didáctico que parece haber hecho necesaria la forma en que son expresados los agravios por el apelante, atribuyéndole al *a quo* haberse "aferrado rígida y casi obstinadamente a lo preceptuado por el artículo 233 del Código de Comercio, sin contemplar que por detrás de la actuación del comisionista —aunque éste se maneje exteriormente a título propio— siempre se halla el interés verdadero y cierto del dueño del negocio", para seguir diciendo que avaló "la conducta antifuncional y disvaliosa de la señora de Rivolta", en una "curiosa interpretación" y expresar luego que la decisión del magistrado conduce a un "grave daño que supone la inseguridad del cobro de una rendición de cuentas a un consignatario situado en la antesala de la falencia"; para concluir: "El sentido común, guía valiosa para la solución de las cuestiones de derecho, nos advierte que las cosas no pueden ser tan así".

La queja, como lo demuestra el juez que me precede en el voto, es insostenible. Dos patentes errores campean en su expresión de agravios: suponer que las expresas regulaciones del Código de Comercio sobre el contrato de comisión, en sus aspectos tipificantes de este instituto jurídico puedan ser susceptibles de interpretaciones que lo desvíen de sus características específicas a la luz de las reglas del mandato contenidas en el Código Civil; y que las disposiciones del artículo 152 de la ley de concursos puedan ser aplicables fuera de la

quiebra, y por propia autoridad del comitente con prescindencia de la intervención del juez y del síndico del concurso.

Sobre el primero de los puntos señalados debe recordarse que la ley específica o especial no admite la aplicación de las leyes generales en los puntos que son materia de la legislación particular (*lex specialis...*). El artículo 233 del Código de Comercio —que no oculta que legisla una especie peculiar de mandato, propia del derecho mercantil— establece que el “comisionista queda directamente obligado hacia las personas con quienes contratare, sin que éstas tengan acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas...”, de donde no hay posibilidad de imputar abuso de derecho ni de reprochar desaplicación de la ley, si se decide que el comitente no puede dar órdenes, ni requerir al tercero contratante una forma diferente del cumplimiento del contrato concertado con el comisionista, “a no ser que el comisionista hiciere cesión de sus derechos a favor de una de las partes”. La norma es precisa, clara e incuestionable. La materia mercantil se rige por una escala de valores que difiere en muchos aspectos de la civil. La agilidad de los negocios, la seguridad de las transacciones, y la garantía derivada de la apariencia, imponen al tráfico comercial un sello propio del que está impregnado el Código de Comercio, y que explica el apartamiento tan frecuente de las normas del derecho privado común. Por eso la pretensión de aplicar subsidiariamente los preceptos del Código Civil debe hacerse con sumo cuidado si puede desnaturalizarse el espíritu de las costumbres del comercio, y debe rechazarse decididamente cuando se pretenda desplazar la regla explícita del derecho mercantil por una interpretación —que no sería subsidiaria ni integratoria, sino deformante o derogatoria— de una regla de derecho civil que no está destinada a regir un típico contrato comercial. Si la ley exi-

ge, en el caso de la comisión, que el comitente se haga ceder los derechos del comisionista para poder accionar contra el tercero contratante, y esa cesión no existe, aquél carece de acción frente a este último. Lo demás es un esfuerzo estéril para pasar por encima de la ley.

En cuanto a la aplicación pretendida del artículo 152 del ordenamiento concursal (ley 19.551), todo argumento jurídico es inválido si no existe el presupuesto fundamental de una quiebra decretada. La norma regula los efectos del “contrato de comisión de compra-venta”, en la quiebra del comisionista, y procura, como lo expresa el doctor Cervini, que no se confunda en la masa activa del fallido el dinero perteneciente a terceros, asegurando una especie de “privilegio de dominio”, como se decía en la ley de quiebras derogada. Desde luego, que para el funcionamiento de ese precepto es preciso que haya quiebra, que se haga la petición al juez, el que “previa vista al síndico” puede autorizar el pago directo al comitente. Evidentemente, el caso que presenta el quejoso nada tiene de común con el supuesto mentado en el artículo 152 invocado.

Por ello, y las demás razones del estimado colega preopinante, voto también por la afirmativa.

El doctor *Lombardi* dijo:

Por los fundamentos dados por los doctores Cervini y Plíner, los que comparto, voto como ellos por la afirmativa.

2ª cuestión. El doctor *Cervini* dijo:

De acuerdo a la precedente votación corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, con costas al actor perdidoso (artículo 69 Código Procesal).

Los doctores *Plíner* y *Lombardi*, por los mismos motivos votaron en igual sentido.

Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que es justa la sentencia apelada de fojas 97 (artículos 1870, Código Civil; 152, ley 19.551; 233, Código de Comercio; y 272, Código Procesal).

Por ello se la confirma. Las costas al actor (artículo 69, Código Procesal). *Adolfo Plíner. Francisco J. Cervini. César A. Lombardi* (Sec.: Hilda S. Vázquez).

2. INTRODUCCION AL TEMA

La Cámara Primera de Apelación Civil y Comercial de Bahía Blanca, gracias a la dedicación, probidad y sabiduría de sus integrantes, constituye un tribunal ejemplar; lo hemos dicho antes de ahora, al destacar la personalidad de uno de sus miembros, el juez Plíner, y lo repetimos, poniendo de resalto los méritos de sus demás componentes: los jueces Cervini y Lombardi.

La cuestión resuelta, objeto de nuestro comentario, tiene una apariencia sencilla; en lo fáctico nos muestra a un adquirente de hacienda que desoyendo las instrucciones de quien se titula como consignante o dueño originario de los animales, paga el saldo de precio a la firma consignatario - vendedora, originando los perjuicios que se siguen de un estado de insolvencia sobreviniente; en lo jurídico, plantea el tema de la comisión o mandato sin representación, tanto en la relación interna, comitente - comisionista, como en la externa, comitente - tercero. Y, muy en especial, la disyuntiva acerca de si puede o no el dueño del negocio entrar en relación personal con el tercero, que no contrató con él.

Son oportunas algunas precisiones liminares.

En primer lugar, reafirmar que la representación no es elemento esencial del mandato, ni del civil ni del

comercial. La tesis que afirma de que no hay mandato sin representación, proviene de una antigua doctrina, hoy superada por completo (1).

La tesis contraria, que se busca apoyar en el artículo 1869, y que se pretende, por tanto, respaldar en el derecho positivo y en la autoridad del Codificador, olvida:

- 1º) Que se trata de una posición doctrinaria, y
- 2º) que si bien ella aparece manifiesta en la definición, es abandonada en el artículo 1929 y concordantes, al regular el mandato sin representación, denominado en otros tiempos como "oculto".

Las Segundas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en 1965, receptaron la problemática

(1) MOSSET ITURRASPE, J., *Mandatos*, ps. 78 y sigtes., ed. Ediar, Buenos Aires, 1979. Decimos allí que: "...los criterios de identificación, sobre la base de sostener que siempre hay representación, en todo mandato, aunque directa en un caso e indirecta en el otro, no resisten la crítica y se afanan en una tarea destinada al fracaso. Parecen ignorar que la interposición gestorial es querida por las partes, así como que es real y no simulada; que de ella se siguen, y ello la hace atractiva, innegables ventajas prácticas: la posibilidad ofrecida al efectivo titular del interés en no injerirse en la formación del negocio, poder conservar una posición ignorada por los terceros, de incógnito..." Puede consultarse la opinión contraria de Ravá en la doctrina italiana. *La circulación y la representación indirecta*, 1952, apoyada en tres principios generales: a) el de la causalidad, que se sostiene en la identidad de resultados económicos; b) del efecto real o de la adquisición automática, reconocida para algunos supuestos y negado para otros en el Código italiano, y c) el de la prevalencia del efecto económico sobre el jurídico. En la doctrina nacional es muy interesante, por la jerarquía de su expositor, el criterio postulado por BORDA. *Tratado... Contratos*, t. II, p. 394, Ed. Perrot, Buenos Aires; si bien admite el distingo conceptual entre representación y mandato, agrega que "quizás haya alguna exageración en la insistencia con que hoy se destaca la diferencia"; a su juicio "el mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación". Es evidente que adscribe a un criterio que si bien no niega el distingo, reduce al máximo las diferencias, recurriendo a ideas tales como la *contemplatio domini* atenuada, la "titularidad potencial", etc., ampliamente conocidas y debatidas por la doctrina italiana.

y coincidiendo con la crítica a la postura equívoca del Código, “recomendaron” la conveniencia de “proceder a la reforma del Código Civil en lo relativo a la representación y el mandato” (2).

En ese sentido se habían manifestado, con anterioridad, Bibiloni y el Anteproyecto de Código Civil de 1954 (3).

Y, en segundo lugar, destacar que coexisten en nuestro Derecho dos especies de mandatos o encargos para la realización de actos jurídicos por cuenta de otro:

- a) El representativo, que es el definido en el artículo 1869 del Código Civil y el 222, primera parte del Código de Comercio; y,
- b) El no representativo o mandato - comisión o, simplemente, comisión, aludido en los artículos 1929 del Código Civil y 222, segunda parte, 232 y siguientes del Código de Comercio.

3. EL CONTRATO DE COMISION. SUS VERTIENTES CIVIL Y COMERCIAL

De donde se desprende que el contrato de comisión tiene, en nuestro Derecho Privado, dos vertientes: la civil y la comercial. Y, además de ello, que las diferen-

(2) Declaración I) que puede leerse en la publicación de dichas *Segundas Jornadas*, Universidad del Nordeste, p. 195, Corrientes, 1965.

(3) En este último, obra del eminente Llambías, se lee: “La eliminación de este concepto —alude al de Vélez— sustrae el artículo de un debate doctrinario —aunque, agregamos, con importantes connotaciones como puede observarse— cuya incorporación al Código no reporta sino inconvenientes, y, por otra parte, la definición no pierde exactitud ni modifica la esencia del contrato que no exige la idea de representación, sino la de actuación por cuenta de otro, con prescindencia de que sea a nombre del mandante”, nota al artículo 1318.

cias entre una y otra regulación son mínimas o de detalle (4).

En el artículo 1929, párrafo segundo, se lee que “si contrata en su propio nombre (el mandatario - comisionista) no obliga al mandante, respecto de terceros”; y en el Código de Comercio, luego de destacar el artículo 232 que en la relación interna, comitente - comisionista, median los mismos derechos y obligaciones que entre el mandante y el mandatario, sin perjuicio de ampliaciones y limitaciones menores, el artículo 233 precisa lo fundamental de la relación externa: “El comisionista queda directamente obligado hacia las personas con quienes contratare, sin que éstas tengan acción contra el comitente, ni éste con aquéllas, a no ser que el comisionista hiciere cesión de sus derechos a favor de una de las partes”.

4. LA RELACION EXTERNA: COMITENTE-TERCERO

Es en esta relación externa y en sus consecuencias que se ubica el caso y la sentencia que comentamos.

Mientras la actora pretende que la relación entre el tercero y el comitente, y viceversa, está abierta o expedita, por lo cual el demandado (tercero) debió se-

(4) Por ello, nos parece inconveniente su tratamiento por separado, como acontece en el Código de Comercio argentino y en algunos cuerpos extranjeros. Cabe citar al reciente *Proyecto de Código de Derecho Privado*, redactado para Colombia por Arturo Valencia Zea, en el cual se incluyen “reglas especiales aplicables a la comisión”, distintas de las dedicadas al mandato; son los artículos 1019 a 1033, mientras el mandato se ubica entre el 985 y el 1013; en la definición de mandato, pese a que sólo se alude al actuar “por cuenta”, se dice que el mandatario se llama también “apoderado - procurador”.

guir sus instrucciones (en el carácter de comitente) y no pagar al comisionista; la demandada se aferra a la idea del comitente tercero - extraño y, por ende, a la de una relación única o exclusiva entre el contratante y el comisionista, que deja afuera al titular del interés.

Es la reedición, a nivel nacional y de Palacio, de la disputa doctrinaria entre Carraro, por una parte, y Pugliatti y Ravá, por la otra, en la doctrina italiana⁽⁵⁾.

Pugliatti quiere ver, en casos como el de autos, una *contemplatio domini* atenuada, sobre la base de que el actuar en interés ajeno entra dentro de esa *contemplatio* y que si bien no da lugar a una relación de sujetos, sí origina una relación entre "esferas jurídicas subjetivas"⁽⁶⁾. Carraro niega que se dé tal situación y niega, asimismo, la idea de la "titularidad potencial" del *dominus*, remarcando que nunca es parte en el negocio concluido por el mandatario en su propio nombre; no existiría a su juicio tal "titularidad potencial", sino "un derecho a la retransmisión de los efectos del negocio". La alienabilidad, para Carraro, "no se puede buscar en un elemento puramente económico, como es el interés del sujeto, sino debe buscarse en un elemento jurídico como es la incidencia de los efectos del negocio en la esfera jurídica del *dominus*"⁽⁷⁾.

(5) El debate italiano es a su vez, reiteración, para un derecho distinto, claro está, del habido en Alemania; Brins, Enneccerus y Lehmann, entre otros, niegan, en aquel país, la eficacia directa en la actuación del mandatario en su propio nombre; Schlosmann, Grunhut, Rumpg y otros, por su lado, juzgan que lo decisivo es la alienabilidad del negocio y la actuación en interés ajeno, que es su consecuencia.

(6) Puede consultarse de PUGLIATTI, L., *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, en *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965.

(7) CARRARO, L., *Il mandato ad alienare*, 1947.

5. EL CONOCIMIENTO POR EL COMITENTE DE LA PERSONA DEL TERCERO: TRASCENDENCIA

En el caso fallado se agrega un ingrediente que es la circunstancia de que el tercero sepa que trata con un comisionista, sea porque éste se lo hubiera revelado, sea porque lo hubiere hecho el comitente. Y conozca, obviamente, el nombre del titular del interés, de la persona "a cuenta" de quien se ha contratado.

¿Es el caso preguntarnos si este ingrediente altera la solución del problema? ¿Si abre la vía o alcanza para vincular al contratante (no hablamos de "tercero" para evitar confusiones) con el comitente?

La cuestión planteada ha sido resuelta desde bastante tiempo atrás por los comercialistas nacionales en sentido negativo (°). Los civilistas, en cambio, han expresado algunas dudas y discrepancias, sea en torno a esa temática bien concreta, sea en lo relativo a la existencia o no de una simulación (°).

(°) SIBURU, *Derecho Comercial*, t. IV, Nº 933; MALAGARRIGA, D. C., t. I, Nº 438; CASTILLO, D. C., t. I, Nº 286; FERNÁNDEZ, R., *Código de Comercio, comentado*, t. I, vol. 1, p. 352, etcétera, etcétera.

(°) En nuestra obra sobre la materia —*Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, ed. Ediar, t. I, p. 89, Nº 22, Buenos Aires, 1974— expresamos que "en el mandato sin representación, del artículo 1929, no media simulación relativa subjetiva". Ello es así, dijimos, por cuanto el mandatario oculto o testafierro adquiere los derechos para sí, pues es la parte en sentido formal o sujeto del negocio, sin perjuicio de su posterior obligación de transferir al mandante todo lo recibido en virtud del mandato, artículo 1911. "Hay en la especie una interposición real de persona". Esta doctrina fue expuesta por la mayoría de la Sala A, de la Cámara Nacional Civil, con el voto de los jueces Llambías y de Abelleyra, con el voto en contra de Borda, CNCiv., Sala A, abril 30-962, Rev. La Ley, t. 108, p. 65. La acción, se dijo en el fallo, que tiene el mandante contra el mandatario infiel es la que nace del contrato de mandato y no la propia de una simulación, promovida contra los intervinientes en el acto. Empero, en opinión de Llambías, se configura simulación cuando el tercero conoce la interposición, la existencia de un mandato. Disentimos con esta afirmación, pensamos que ese conocimiento no cambia la situa-

Se discute, por un sector, la naturaleza jurídica de la acción que el artículo 1929 acuerda al mandante contra los terceros y, recíprocamente, a los terceros contra el mandante, como resultas del negocio cumplido por el mandatario en su nombre, pero en interés ajeno. Recordemos que esa acción es calificada por Vélez, en seguimiento de Aubry y Rau, como “acción subrogatoria”. Lo mismo ocurre con la doctrina italiana, pese a la claridad del segundo párrafo del artículo 1705, destinado al “mandato sin representación”: “Los terceros no tienen ninguna relación con el mandante. Sin embargo, el mandante, sustituyéndose al mandatario, puede ejercer los derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato, salvo que éste pueda perjudicar los derechos atribuidos al mandatario por las disposiciones de los artículos que siguen”.

Es conocida en Italia la corriente de opinión que afirma que la acción es “directa”, no obstante el texto citado ⁽¹⁰⁾; y otro sector que prefiere hablar de una “genérica legitimación para obrar” por el mandatario, que es concedida al mandante y no, claro está, a título de “acción subrogatoria” ⁽¹¹⁾.

En nuestra doctrina sobresale el criterio divergente de Borda, quien luego de negar que la acción pueda calificarse como subrogatoria, puesto que “el mandatario no es acreedor del mandante”, así como tampoco es verdad que “el mandante sea acreedor del mandatario” y, por ende, “falta el requisito esencial de la acción oblicua”, predica que, pese a la calificación del Código,

ción: quien adquiere es el mandatario y él se obliga frente al tercero. En cambio, si además del conocimiento demuestran que se les ocultó el mandato para causarles un perjuicio ilegítimo, queda expedita la acción por simulación.

⁽¹⁰⁾ Russo, en *Commentario* a la obra de BARBERA, *Obbligazioni*, t. II, 2, 451.

⁽¹¹⁾ MESSINEO, *Manual*, t. VI, N° 155, 5, p. 42.

se trata “de una acción indirecta y establecida a través de una persona interpuesta”, para cuyo ejercicio es preciso “probar el mandato oculto” (12). La conclusión del jurista capitalino apunta a reforzar su tesis a favor de la existencia de “representación” en el mandato oculto o “mandato sin representación” o con representación indirecta.

En *Mandatos* expresamos nuestro parecer en el sentido que la calificación que corresponde a la acción es verdaderamente la subrogatoria; que ninguna acción o relación directa se establece entre dicho tercero y el mandante, que no hay simulación sino interposición real de persona; que la ley, al calificarla como subrogatoria, no ha pretendido negar ni alterar los requisitos para que dicha acción sea procedente, de donde la subrogación podrá o no ser procedente según las circunstancias. Empero, afirmamos que el mandatario puede ser acreedor del mandante; por ejemplo en el mandato para vender un bien mueble o inmueble, es acreedor a la transmisión del dominio, puesto que recién cuando la cosa esté en su poder podrá transmitirla al tercero en su propio nombre. También pensamos que el mandante puede ser acreedor del mandatario y éste del tercero, en virtud del contrato gestatorio o de gestión; si el mandatario compra para el mandante se vuelve titular de derechos y el mandante es, a su vez, acreedor al traspaso de esos derechos, en su calidad de titular del in-

(12) BORDA, *ob. cit.*, Nº 1754, p. 464, “Todo este mecanismo de acciones —agrega el jurista citado— se explica fácilmente aplicando al mandato oculto las reglas de la simulación ...a) el mandante tiene acción contra el mandatario... y tiene además acción indirecta contra el tercero por cumplimiento del contrato; b) el mandatario tiene acción contra el mandante... y contra el tercero por cumplimiento del contrato; c) el tercero tiene acción directa por cumplimiento del contrato contra el mandatario y probado el mandato oculto contra el mandante”.

terés; de ahí que pueda subrogarse en los derechos constituidos en cabeza del mandatario y accionar contra el tercero.

Pero semejantes desarrollos nos alejan de nuestro tema central...

En síntesis, una sentencia que con claridad y precisión extremas arriba a una solución que es, a la vez, justa y conforme con el derecho vigente y con la mejor, a nuestro juicio, interpretación doctrinaria.