

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sentencia recurrida y rechazando, en consecuencia, la excepción de prescripción opuesta a la demanda. Así voto.

Sobre la misma cuestión, los doctores Romano y Moyano adhieren al voto que antecede.

3ª Cuestión. - La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Atento como han sido resueltas las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a la parte recurrida que resulta vencida (arts. 36 y 148. Cód. Procesal). Así voto.

Sobre la misma cuestión, los doctores Romano y Moyano adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 16 vta./19, revocando en todas sus partes la sentencia de fs. 47 de los autos N° 33.402, "Carrió, Carlos c/Ginés Rodríguez s/transf.". En su lugar, se admite la apelación de fs. 1, rechazando la excepción de prescripción opuesta a fs 1. debiendo continuar la causa según su estado. 2. Imponer las costas de todas las instancias al demandado. 3. Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de \$ 18, con imputación a la boleta de depósito de fs. 4. - Aída Kemelmajer de Carlucci. - Carlos E. Moyano. - Fernando Romano.

Nota a fallo(*) (365)

RICARDO J. BLANCO LARA Y LILIANA GARBARINI

SUMARIO

I. El caso. II. El fallo.

I. EL CASO

El actor, C. C., demanda a G. R. por transferencia de automotor. Alega que en 1977 celebró con el demandado un contrato privado de permuta de automotores, en virtud del cual éste le entregó un automotor. Posteriormente, le requirió reiteradas veces, en forma verbal, la formalización de la transferencia. Ante el resultado negativo de sus requerimientos, en 1984 formaliza denuncia de venta ante el Registro de la Propiedad Automotor. En 1991 emplaza al adquirente por el pago de patentes y la realización de los trámites de transferencia. Dado el fracaso del emplazamiento, lo demanda para "otorgar transferencia en favor del comprador", acompañando instrumento privado en donde consta la toma de posesión del vehículo, en 1977. Comparece el demandado, reconociendo la documentación acompañada y no negando hecho alguno de los expuestos; opone excepción de prescripción alegando que desde la celebración del negocio - en 1977 - hasta la fecha, se cumple con exceso la prescripción prevista en el art. 4023 del Cód. Civil. La actora se opone a la prescripción deducida, expresando que la obligación de la demandada constituye una "obligación de hacer", no tratándose de una acción personal sino de una acción constitutiva, por lo cual debería aplicársele la prescripción veinteañal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En la instancia se hizo lugar a la excepción de prescripción planteada, apelando dicha resolución el actor, argumentando, entre otras cosas, que: 1) el contrato es válido entre partes, y conforme a jurisprudencia - aplicando los extremos de posesión para bienes inmuebles - , si el comprador se encuentra en posesión del bien, la prescripción no corre; 2) con idéntico criterio, la obligación de transferir de cada parte es imprescriptible.

La Cámara de Apelaciones confirma el fallo de la instancia. Insiste en los fundamentos del a quo, expresando que la obligación de transferir tiene carácter personal, y la acción para exigir su cumplimiento prescribe a los 10 años; además agrega que, en el caso, no ha existido ningún acto interruptivo de la prescripción.

Contra esta decisión, recurre el actor.

II. EL FALLO

Pareciera reiterativo abundar en mayores explicaciones sobre los fundamentos del superior tribunal mendocino, que revoca las sentencias de la instancia y de Cámara, máxime si advertimos los claros argumentos expuestos por la doctora Kemelmajer de Carlucci en los considerandos. Nos resta, entonces, un breve comentario acerca de esta asimilación novedosa entre la obligación de escriturar y la de suscribir el formulario 08 de transferencia de automotores, que no es otra que aplicar el mismo criterio de los inmuebles a los bienes muebles registrables, no sólo en materia de interrupción de la prescripción liberatoria o extintiva.

El decreto regulatorio de la transferencia en materia de automotores (6582/58, t. o. según ley 22977) exige una serie de formalidades que deben observarse para la realización y perfeccionamiento de dicha transferencia. A pesar de que en el fallo comentado se resta importancia al carácter constitutivo de esta inscripción, cabe destacar que, del mismo modo que sucede con los bienes inmuebles, los automotores (muebles registrables) tienen una especial forma de transferirse (requieren del "título"), no bastando el simple instrumento privado. Por ello, a la obligación de efectuar la transferencia puede aplicársele iguales extremos que a la de escriturar inmuebles.

Debemos destacar que, si bien en caso de bienes inmuebles la obligación de escriturar pesa sobre el transmitente (pues el comprador, en la mayoría de los casos, ha pagado todo el precio y recibido la posesión), en el caso de los automotores dicha obligación es compartida por vendedor y comprador; pero puede exigirla el primero cuando, habiendo suscrito el formulario de transferencia y entregado el bien, se han agotado las obligaciones a su cargo. Esto es entendible, ya que la inoperancia del adquirente para perfeccionar la transferencia puede acarrearle innumerables perjuicios al vendedor.

Además, en cuanto a la asimilación que hace el tribunal, podrían también aplicarse al caso los arts. 1185 y 1187 del Cód. Civil engendrando también la "obligación de hacer" que cita el actor y refrenda la jueza. Asimismo, en materia de prescripción funcionará la prevista por el art. 4023, Cód. Civil (10 años desde que la obligación se hizo exigible), según unánime doctrina y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisprudencia.

En materia de inmuebles, la posesión pública y pacífica ejercida por el comprador en función del contrato de compraventa (boleto) opera como un reconocimiento continuado de la obligación de escriturar por parte del vendedor, con efecto interruptivo de la prescripción. Esta circunstancia es la que se ha dado en llamar "interrupción continua de la prescripción por posesión continuada", ya que la posesión del bien ejercida en forma continua interrumpe constantemente la prescripción, pues implica una actividad renovada de quien adquiere en materia de actos posesorios. La jurisprudencia ha exigido una serie de requisitos, entre otros, para que esto opere: a) la posesión requiere haber sido otorgada por "tradición", es decir, con la intervención activa del vendedor; b) en caso de haberse pagado íntegramente el precio del inmueble y entregada la posesión, gozada ésta en forma pacífica por largo tiempo, debe entenderse interrumpida la prescripción que pudiera oponer el vendedor a la acción de escrituración (tal vez, fundado en este argumento, el recurrente afirmó que su acción para demandar la obligación de transferir es imprescriptible).

Finalmente, las conclusiones hacen expresa referencia al art. 3989 del Cód. Civil ("La prescripción es interrumpida por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribía"), ya que las sentencias de grado dejaron de aplicarlo.

En el caso comentado, existen todos los extremos que hacen aplicables estos fundamentos: contrato de compraventa (permuta), pago total del precio, tradición del bien, comprador que reconoce estar en posesión del mismo.

Lo resuelto por el supremo tribunal mendocino, con el voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci y las adhesiones de los doctores Moyano y Romano, constituye un caso de aplicación analógica entre el sistema de transferencia de automotores y el sistema inmobiliario - en materia de prescripción extintiva, posesión y obligación de escriturar - , ya que expresamente reconoce que de las circunstancias fácticas del mismo surge la aplicación de este criterio.

IV. MARTILLERO. Subasta judicial: comisión, inaplicabilidad de la ley 24441; costumbre: art. 17 del Código Civil; aplicación. Diferencias con los corredores

DOCTRINA:

- 1) Entre los derechos del martillero, la ley 20266 incluye el de cobrar una comisión conforme a los aranceles aplicables a la jurisdicción; pero como en el orden nacional dicha comisión no ha sido establecida, el martillero tiene derecho a percibir una remuneración por los trabajos realizados que debe ser pagada de acuerdo con la costumbre (art. 17 del Código Civil).
- 2) El martillero es un comerciante y según actúe de conformidad a lo preceptuado por el art. 121 del Código de Comercio o en nombre y representación de un tercero, asumirá el carácter de comisionista o mandatario.
- 3) Si lo que se efectúa es un remate privado, como acto de comercio se registrará por el Código de Comercio, leyes complementarias y, supletoriamente, por los usos y costumbres; mientras que si el remate es judicial, se registrará por el Código Procesal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil y Comercial, por las instrucciones impartidas del juez y, supletoriamente, por el Código de Comercio.

4) Mientras que el corredor intermedia por profesión, entre dos partes, con la finalidad de facilitar la conclusión de un negocio - ya sea comercial o civil - , la función del martillero radica en la venta pública y al mejor postor de cosas que, con tal objeto, se le han encargado.

5) No ha sido la intención del legislador reglamentar la actividad del martillero, como auxiliar del órgano jurisdiccional, mediante el dictado de la ley 24441; por lo tanto, dicha normativa carece de virtualidad para dejar sin efecto la costumbre (art 17 del Cód. Civil), que continúa plenamente vigente. C. M. H.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 11.

Autos: "Peluffo, Vicente Martín y otros c/Lombardi, Roberto Oscar s/ejecución hipotecaria"(*) (366)

Buenos Aires, mayo 2 de 1995. - Autos y Vistos: I. El martillero designado, tras aceptar el cargo, cuestiona la comisión que fuera oficiosamente fijada en el decreto de subasta.

Sabido es que en las subastas judiciales el martillero actúa en calidad de auxiliar del órgano jurisdiccional, debiendo ajustar su cometido a las instrucciones impartidas (Bergel, "Aceptación de ofertas". ED, 12 - 50; Falcón Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. III, pág. 756; Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. VII, pág. 576, N° 1130).

Entre los derechos del martillero, la ley 20266 [ED, 51 - 1074] incluye el de cobrar una comisión conforme a los aranceles aplicables a la jurisdicción (art. 11, inc. a). Como en el orden nacional dicha comisión no ha sido establecida, dicho auxiliar tiene derecho a percibir una remuneración por los trabajos realizados que debe ser pagada de acuerdo con la costumbre (art. 17, Cód. Civil y apartado 5°, título preliminar del Código de Comercio).

Tradicionalmente se ha definido a la costumbre como la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica (conf. Belluscio, Código Civil y leyes complementarias, t. I, pág. 91 y cita 6; Llambías, Jorge J., Código Civil anotado, t. I, pág. 46 y sigtes.).

En el art. 17 del Cód. Civil se establece que los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. Luego de la reforma de la ley 17711 [ED, 21 - 961], debe tenerse a la costumbre como fuente autónoma de derecho, con jerarquía únicamente inferior a la ley, a la que debe recurrirse antes que a la analogía y los principios generales (conf. Belluscio, ob. cit.).

II. Es cierto lo sostenido por el recurrente en cuanto a que la ley 24441 [EDL, A, 1995, Bol. 4 - 3] varió - exclusivamente - el régimen del corretaje, no introduciendo reformas en punto al régimen aplicable a los martilleros. Por lo tanto, la viabilidad del planteo que se examina se encuentra supeditada a la diferencia de régimen que existe entre una y otra categoría profesional.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde esta perspectiva debe señalarse que la esfera de competencia entre una y otra ha sido distinguida legalmente, encargándose la doctrina y la jurisprudencia de precisar los alcances.

Sabido es que el art. 8° del Cód. de Comercio enuncia entre los actos de comercio, en su inc. 3°, a toda operación de remate. Se ha sostenido, haciendo jugar el contenido del referido inc. 3° del art. 8° con el art. 1° del Código, que el martillero es un comerciante. Sin entrar a discutir su calidad profesional, se ha señalado que, según actúe de conformidad a lo preceptuado por el art. 121 del Cód. de Comercio, o en nombre y representación de un tercero, asumirá el carácter de comisionista o mandatario. Todo lo expresado es de aplicación al martillero que actúa en remate simple, ejerciendo la modalidad de una compraventa. El martillero designado por el juez para realizar la venta de un bien o de un conjunto de bienes de un deudor, no cumple ninguna de las funciones mencionadas: es un simple auxiliar externo del juez. Es por tal razón que el remate privado, acto de comercio, se rige por el Código de Comercio, leyes complementarias y, supletoriamente, por los usos y costumbres. El remate judicial se rige por el Código Procesal Civil y Comercial, por las instrucciones impartidas por el juez y, supletoriamente, por el Código de Comercio. Esto se relaciona con la diversa finalidad perseguida por ambas especies de subasta (Bergel, "Aceptación de ofertas", ED, 12 - 50; Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. III, pág. 756).

En síntesis, el corredor intermedia por profesión, entre dos partes, con la finalidad de facilitar la conclusión de un negocio, ya sea comercial, ya civil, es decir, buscando un interesado para el contrato que su comitente le ha encargado, autorizándolo la ley, desde luego, previo cumplimiento del requisito de matriculación, a percibir la comisión de práctica de ambos contratantes si el negocio se efectiviza. En cambio, la función del martillero es notoriamente diferente, pues radica en la venta pública y al mejor postor, de cosas que con tal objeto se le han encargado (conf. CNCom., Sala A, del 9 de octubre de 1990, ED, 141 - 255 y sigtes., y sus citas).

De lo expuesto se concluye que no ha sido intención del legislador reglamentar la actividad del martillero, como auxiliar. Por ello, y tras un replanteo del supuesto fáctico y legal del problema, concluyo que la ley 24441 carece de virtualidad para cejar sin efecto la costumbre, la que continúa plenamente vigente, a tenor de lo dispuesto en el art. 17 del Cód. Civil.

Por lo tanto, y por contrario imperio, dejo sin efecto la comisión determinada a fs. 273, fijando, en cambio, la del 3%. Así lo resuelvo. Hágase saber a las partes y, oportunamente, consígnese en los edictos. - Inés Mónica Weinberg de Roca (Sec.: Hugo D. Acuña).

UN FALLO QUE VUELVE A REPLANTEAR UN INTERROGANTE: ¿ES LA COSTUMBRE UNA FUENTE DEL DERECHO PROCESAL?(*)(367)

EDGAR RAMÓN MORALES

I. El efecto no querido de la ambigüedad normativa, en torno a la comisión del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

martillero en subasta judicial, impone necesidad de corrección legislativa. II. Confusión en fuentes de leyes del derecho público versus fuentes del derecho privado.

1. La doctrina que puede aparecer como implícita en el fallo que lleva a sostener la costumbre como base para fijar la comisión del martillero en la subasta judicial, no puede ser generalizada en su aplicación, sin más ni más. Algunas distinciones y precisiones que se formulan más adelante llevan a este enfoque, que no debe tomarse como crítico, sino más bien como inquietud suscitada por la reflexión objetiva que demanda el método de interpretación y la aplicación de la ley al caso, en fallo que es materia de este comentario. Sin embargo, es posible que se descubra, aquí, una cierta crítica a la norma del derecho procesal (art. 565) que admite la aplicación de "la costumbre", que puede ser fuente de derecho en el ámbito del derecho privado (sobre todo en el comercial, costumbres de mercado, etc.), como es tradición, pero hoy por hoy nos resulta razonablemente admisible en normas de derecho público positivo, particularmente en el ámbito de la administración de justicia.

1.1. Por lo pronto se advierte, en sentido lato, que la costumbre aparece incorporada a la letra del art. 565 del Cód. Procesal y Civil y Comercial de la Nación. Hela ahí, como base establecida "en su caso" (sic), para la comisión que "corresponda conforme al bien subastado", a percibir por el martillero.

1.1.1. Y en este sentido hay coincidencia con la conclusión del fallo que, adviértese, no se fundamenta, por lo menos explícitamente, en la norma que se acaba de citar.

1.1.1.1. Pero, se remite, sí, al art. 17 del Cód. Civil que cita, como argumento y básicamente, en la conclusión final. Efectivamente, esta norma establece: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente".

1.1.1.2. Y es así que argumenta: "Entre los derechos del martillero la ley 20266 incluye el de cobrar una comisión... Como en el orden nacional dicha comisión no ha sido establecida, dicho auxiliar (del órgano jurisdiccional en la subasta judicial, como categoriza) tiene derecho a percibir una remuneración por los trabajos realizados que debe ser pagada de acuerdo con la costumbre (art. 17, Cód. Civil y apartado 5°, título preliminar del Código de Comercio)".

1.1.1.3. Pero ya en el párrafo segundo del art. 565 la ley establece excepción a la regla de la costumbre. Así, dice: "Si el remate se suspendiere o fracasare sin culpa del martillero, el monto de la comisión será fijado por el juez, de acuerdo con la importancia del trabajo realizado; si se anulare, también sin su culpa, tendrá derecho a la comisión que correspondiere. Si el mismo martillero vendiere el bien en un remate posterior, su retribución será determinada atendiendo al efectivo trabajo que le hubiere demandado esa tarea".

1.1.1.3.1. Esto significa estar ante cuatro eventuales hipótesis: en la primera, o sea la que surge del párrafo primero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 565, la comisión puede ser según costumbre; en la segunda, será fijada por el juez; en la tercera, la comisión que correspondiere; en la cuarta, será determinada (por el juez) atendiendo al efectivo trabajo que le hubiere demandado esa tarea al martillero.

1.2. Ahora bien: en el caso del fallo, "el martillero designado tras aceptar el cargo, cuestiona la comisión que fuera oficiosamente fijada en el decreto de subasta" (sic).

Como es sabido, la ley 24441, Título VII, Modificaciones al régimen de corretaje, establece que: "En los casos de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente... En las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder el 1,1/2 % del valor de compra".

Ahora bien: si no se da el supuesto de la primera parte, quedan las "restantes operaciones". Y éstas pueden consistir en remates privados. Pero también podrían estar comprendidas aquí las subastas judiciales, y entonces no sería ilógico pensar en la eventual aplicación de la segunda parte de la reciente norma que fija la comisión, que no podrá exceder del 1,1/2 %. Sin duda que la modificación introducida tiene una buena carga de ambigüedad. Si la "costumbre" viene respaldada por el ámbito comercial (apartado 5°, título preliminar del Código de Comercio), ¿cómo es posible que la encontremos en el ámbito del derecho procesal (derecho público por su naturaleza), instalada con "jerarquía únicamente inferior a la ley" (como se le reconoce en el fallo)? Valga esta reflexión, dicha como un toque de atención a la oportuna corrección legislativa.

1.2.1. Y en el punto II de los Considerandos, se adelanta el pronunciamiento favorable a la tesis del martillero. Así se expresa, en el párrafo primero: "Es cierto lo sostenido por el recurrente en cuanto a que la ley 24441 (EDLA, 1995, Bol. 4 - 3) varió - exclusivamente - el régimen del corretaje, no introduciendo reformas en cuanto al régimen aplicable a los martilleros".

1.2.1.1. "Por lo tanto - argumenta el juzgador - la viabilidad del planteo que se examina se encuentra supeditada a la diferencia de régimen que existe entre una y otra categoría profesional".

1.3. Con citas del Código de Comercio (art. 8°, inc. 3°, entre otros), como de aplicación al martillero que actúa en remate simple, ejerciendo la modalidad de una compraventa, resalta la distinción con el martillero designado por el juez para realizar la venta de un bien o de un conjunto de bienes de un deudor, calificando al martillero - en este supuesto - como "un simple auxiliar externo del juez". Y señala que el remate judicial se rige por el Código Procesal Civil y Comercial, por las instrucciones impartidas por el juez y, supletoriamente, por el Código de Comercio.

1.3.1. "En síntesis, el corredor intermedia por profesión, entre dos partes, con la finalidad de facilitar la conclusión de un negocio..."

1.3.1.1. "En cambio, la función del martillero es notoriamente diferente pues radica en la venta pública y al mejor postor, de cosas que con tal objeto se le han encargado". Se refiere al martillero que califica como "auxiliar del órgano jurisdiccional" (por estar designado por el