

**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

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

juez, en su caso, para la subasta).

1.4. En suma, luego de afirmar estas distinciones, basadas en argumentos, que, brevitatis causa, se han reseñado sumariamente - como la aparente razón y fundamento decisorio del fallo - , "se concluye que no ha sido intención del legislador reglamentar la actividad del martillero, como auxiliar" (sic). Sigue su conclusión en el sentido de que "la ley 24441 carece de virtualidad para dejar sin efecto la costumbre, la que continúa plenamente vigente, a tenor de lo dispuesto en el art. 17 del Cód. Civil" (sic).

1.4.1. Falla, dejando sin efecto - por contrato imperio - la comisión determinada (y recurrida); fija, en cambio, la del 3%.

2. Cabe hacer otros distingos, aun más allá de los argumentos que concluyen en el replanteo del supuesto fáctico y legal del problema (sic) que llevan a la decisión del juzgador.

3. En primer lugar, un concepto que estimo de incuestionable consideración para el enfoque previo del problema.

Es el tema del encuadramiento jurídico del derecho procesal en el plano del derecho público, irrenunciable en el orden jurídico constitucional.

3.1. En efecto, las normas de derecho procesal son de orden público, cuya única y exclusiva fuente es la ley, que nos remite al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, es jurídicamente imposible que se rija por la costumbre. No puede existir normativa de derecho público que no esté fundada en ley del derecho positivo. Los jueces deben fallar ordenando sus fundamentos en el orden jurídico de su ámbito y ley aplicable al caso. teniendo como marco de referencia ese orden jurídico, precisamente (arg. art. 18, C. N citado y art. 16, Cód. Civil; arts. 163, incs. 5 y 6 y 34, inc. 4b). Obviamente, el supuesto del art. 17 en su parte final podría ser aplicado en el plano del derecho privado. Nunca en el ordenamiento del derecho público, del cual las leyes procesales son una expresión integrante, irrenunciable y excluyente por su naturaleza jurídica de los intereses e interpretaciones; al margen de ellas, de los particulares, por ser, precisamente, de orden público, pero de existencia sólo fundada en ley del derecho público positivo.

4. Sin embargo, cabe tener en cuenta que el art. 565 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que: "El martillero percibirá la comisión que corresponda conforme al bien subastado, establecida por la ley o, en su caso, la costumbre".

4.1. Pero hete aquí que en el fallo no se hace mérito de esta norma que recoge la "costumbre"; en su caso (debería leerse como un supuesto subsidiario), cuando no se toma la establecida por la ley, mejor dicho, cuando no está establecida por la ley. No obstante, se hace hincapié en que, no estando establecida comisión en el ámbito nacional, corresponde aplicar lo que resulta de la costumbre.

4.1.1. Esta aplicación resulta calificada, en cuanto hace referencia al martillero cuando "actúa en calidad de auxiliar del órgano

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurisdiccional, debiendo ajustar su cometido a las instrucciones impartidas" (en tal ámbito jurisdiccional).

4.1.2. Y es así que de esta calificación se infiere, implícita, una específica distinción entre el martillero designado de oficio de la nómina que el juzgado tiene registrada y los martilleros propuestos en virtud de cláusula del título ejecutivo (ej. hipoteca) por el actor (ejecutante), implicando ello que, en este último supuesto, el martillero tiene que ajustar su cometido a las instrucciones impartidas por el órgano jurisdiccional y a las instrucciones de la parte que lo propone y lo vincula por ello al acuerdo obvio con el proponente, al poder éste y el martillero pactar una comisión inferior a la que resulta de la costumbre, que en el caso quedó fijada en el 3%. Incluso, por un argumento que podría tildarse absurdo, al proponer la designación del martillero - en el supuesto en hipótesis - con la conformidad de éste, se podría pactar una comisión del 1,50%, en base al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1997, Cód. Civil), atento a que no hay legislación local que fije la comisión del martillero.

4.1.2.1 . Ahora bien: el problema suscitado en el fallo lleva a la interpretación de la reforma, en cuanto a la comisión por corretaje introducida por la ley 24441.

5. Está claro que la venta en pública subasta en remate decretado por el juez no es una operación de corretaje. La doctrina del fallo en este supuesto no ofrece duda. Pero la duda parece insinuada no tanto por el planteo del recurrente, sino por el replanteo del fallo en torno al ámbito de la ley 20266, que regula los derechos del martillero y su eventual conflicto normativo con el régimen del corretaje, que se reconoce que ha variado por la ley 24441 respecto de la comisión a percibir por el corredor. En efecto, la norma del art. 265 del Cód. Procesal está vigente y debió ser aplicada sin ninguna dificultad al decretarse la venta en remate en pública subasta.

5.1. Y es, precisamente, la ley 20266, la que ordena la remisión en este sentido, por el art. 27, que dice: "Las subastas públicas dispuestas por la autoridad judicial se rigen por las disposiciones de las leyes procesales pertinentes y, en lo que no se oponga a ellas, por la presente ley" (sic).

5. 2. Esta remisión es congruente con la necesidad de encuadrarla en el ámbito propio de las leyes procesales y en sus fuentes legítimas del derecho público, donde no puede tener lugar un "Virus de confusión" como efecto no querido, emanado de fuentes y leyes del derecho privado; incluso de reglas de conducta de una comunidad social que puede tener fuerza jurídica en este ámbito, pero nunca en el ámbito del derecho público como es el del derecho procesal.

5. 3. Todo comentario o nota a fallo nos lleva al planteo de un dilema que puede ser genuino o no; si es sincero, valga como un homenaje a nuestros maestros del derecho. Séame permitido proponer el problema con este interrogante: ¿es la costumbre una fuente del derecho procesal?

6. Como conclusión, se puede llegar a una especie de ponencia: El efecto no querido de la ambigüedad normativa impone la necesidad de la debida

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

corrección legislativa, que ponga en su justo término la comisión del martillero en la subasta judicial.

*V. SUCESIÓN. Testamento: formalidades; numeración de sus cláusulas: omisión; irrelevancia. Finalidad de los preceptos de forma: interpretación. Firma: instrucciones para su confección. Lectura en presencia de testigos. Senilidad: diferencias con la demencia senil. Captación o sugestión: requisitos; dolo; multiplicación de atenciones; no configuración.*

DOCTRINA:

- 1) El art 3627 del Cód. Civil no exige ad solemnitatem la existencia de cláusulas numeradas, razón por la cual, resulta improcedente el pedido de nulidad del acto testamentario sobre la base de la ausencia de un numeral en la respectiva escritura que lo convierte; por aplicación de lo prescrito acerca de lo que no es exigido, no por faltar, resulta disvalioso el acto.
- 2) Los preceptos imperativos, en el caso las solemnidades testamentarias, necesitan interpretarse restrictivamente, ya que el fin de los preceptos de forma no es el de restringir ni poner trabas al derecho individual de testar, sino determinar qué declaraciones revelan la voluntad definitiva del testador y su interpretación, como la de toda declaración de voluntad, proceda de un grupo de personas en función del legislador o de un simple particular, no debe olvidar nunca el fin que tales preceptos se proponen.
- 3) Otorgar relevancia decisiva a la ausencia de un numeral en la respectiva escritura que contiene la voluntad testamentaria para revertir la suerte del pronunciamiento del a quo que desestimó la pretensión nulificadora del acto testamentario, equivale a superponer una mera e innecesaria formalidad a la voluntad del testador en lo que constituyera su decisión definitiva póstuma, transformándose tal rigorismo - inexigido legalmente - en inocultable y disvaliosa solución. Lo expresado resulta de aplicación tanto para el testador vidente cuanto para el que carece de tal sentido, porque en ese aspecto la ley no sólo exige, sino que además no distingue.
- 4) Si la nulidizante consistió expresamente la aprobación formal del testamento por el entonces juez interviniente, aunque hubiese no aceptado el legado por retractación, lo cierto es que, en la faz formal, ha existido convalidación irrevocable, sin que ello perjudicase a la actora en cuanto a su derecho a demandar nulidad del acto en cuestión respecto al fondo del mismo, es decir, a través de la alegación de vicios que entendió le alcanzaban a aquél.
- 5) Si al testador no vidente que otorgó testamento por instrumento público le llevaron la mano, o le indicaron con el índice, o le pusieron la lapicera indicándole dónde firmar, etc., nada tiene de extraño a la práctica notarial, que incluso acaece aun con los videntes que suscriben instrumentos públicos.
- 6) Habiéndose probado la presencia de los testigos durante la lectura del testamento, y su postrer signatura, resulta irrelevante que el testador hubiese dictado antes su última disposición, o hubiese dado indicaciones al escribano en tal sentido, porque lo superlativo es que se leyó el documento y lo firmó en presencia de los testigos.
- 7) La senilidad no es sinónimo de demencia senil, ya que ésta, a diferencia de aquélla, implica un menoscabo intelectual global o selectivo que produce déficit en las actividades intelectuales del sujeto.
- 8) La adulación, el cariño - aunque fuese falso - , los cuidados excesivos con el ánimo de atraerse la voluntad del testador, no bastan para concluir que hay captación o sugestión. Es necesario probar que las maniobras se hayan presentado bajo las formas de engaño, la intriga, el artificio; que sean graves, y que esa gama de acciones

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

haya sido determinante del acto de disposición que se impugna, sin cuya concurrencia la persona víctima del artificio hubiera procedido con otro criterio.

9) Para que la captación haga nulas las disposiciones testamentarias - o algunas de ellas - , es menester ineludible que exista artificio constitutivo de dolo, pero no como vicio autónomo de la voluntad, sino sobre la base de la manifestación de fehaciente maquinación o argucia que dominen la voluntad de quien dicta su última voluntad, demostrándose además de ello que, sin tales proceder y consiguiente dominio, el causante en vida, hubiera dispuesto de otra manera.

10) La sola posibilidad de comunicarse con terceros prácticamente imposibilita la existencia de la captación de la voluntad del causante y la procedibilidad de la maniobra captatoria en cuestión.

11) La multiplicación de las atenciones por parte de quienes se acercaron al testador, debilitado físicamente para lograr su afecto y su reconocimiento, y de ese modo obtener, aunque más no sea en forma de conjura, una ventaja testamentaria, no son causa de nulidad, aun cuando tales cuidados que se le pudieron prodigar no hayan respondido a un auténtico, firme y constante cariño, y aun cuando haya tenido la finalidad de aprehender la voluntad final del testador.

12) Si el testamento no se encuentra revestido de las formalidades prescritas por la ley, no produce ningún efecto jurídico por más que sea auténtico, y la omisión de alguna de ellas da lugar a la nulidad de aquél (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

13) El testamento por acto público debe ser realizado ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar, asentándolo en el protocolo de aquél conforme con las normas de las escrituras públicas, y mediante las solemnidades propias de aquéllas y las específicas que, para el acto testamentario, enuncia el Código Civil (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

14) El hecho de la omisión o alteración de un numeral en el listado de cláusulas testamentarias, no es elemento suficiente como para fulminar de nulidad la disposición testamentaria (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

15) De la interpretación del art. 3606 del Cód. Civil surge que, para poder testar, basta considerar los principios generales sobre la capacidad de obrar, aplicables a todos los actos jurídicos, aunque las normas referidas a la capacidad de testar no siempre coinciden con las relativas a aquéllas (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

16) Pesa en cabeza del impugnante la obligación de demostrar que el testador carece de completa razón o de perfecta razón como lo señala el art. 3615 del Cód Civil (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

17) Además del demente declarado tal en juicio, al que le está expresamente prohibido testar mientras se halle vigente tal declaración, carecen también de tal facultad todos aquellos cuyos espíritus se encuentran perturbados y oscurecidos por distintas causas, como la embriaguez, el abuso de drogas, ciertas enfermedades o la vejez. Tal amplitud de conceptos permite al juzgador actuar con criterio elástico a efectos de determinar, con la mayor seguridad posible, el estado mental y físico del testador a la época de otorgar el acto de testar. Sin embargo, actualmente el art. 152 bis del Cód Civil interpretado a contrario sensu, autoriza tácitamente a los inhabilitados a testar, al preceptuar que no podrán disponer de sus bienes por acto entre vivos, lo cual, claro está, no significa que en los estados fronterizos con la insania, dejen de jugar y aplicarse los principios antes enunciados (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).

18) La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario y, en la duda, debe estarse por la validez del acto. En consecuencia, quien pide la nulidad del testamento deberá probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA).